

**FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA
PROCESSUAL PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

SINARA MARIA DE CASTRO

SÃO MATEUS-ES

2016

SINARA MARIA DE CASTRO

**A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA
PROCESSUAL PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

**Monografia apresentada como pré-requisito
para obtenção do título de bacharel em Direito,
pela Faculdade Vale do Cricaré, elaborada sob
a orientação do Professor Orientador Samuel
Davi Garcia Mendonça.**

SÃO MATEUS-ES

SINARA MARIA DE CASTRO

**A IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA
PROCESSUAL PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação da Faculdade Vale do Cricaré como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em de de .

BANCA EXAMINADORA

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

ORIENTADOR

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Dedico este trabalho à minha família que sempre esteve comigo ao longo de toda a minha caminhada, estimulando-me, auxiliando-me, encorajando-me, transmitindo-me fé, amor, alegria, determinação, paciência e coragem, fazendo de minha difícil jornada um passeio tranquilo e feliz.

Agradeço em primeiro lugar a Deus, que sempre esteve comigo durante toda a minha vida, a quem tributo toda glória por mais esta vitória alcançada, por tudo o que sou e já consegui até hoje. À minha família, que sempre me encorajou, incentivando-me a prosseguir, torcendo por mim, proporcionando-me momentos de descontração e alegria; e aos mestres pela dedicação e compromisso. Ao meu orientador, que me apoiou sempre que precisei, pela paciência e grandes ensinamentos. Obrigada por tudo.

RESUMO

Esta pesquisa busca abordar pontos de interpretação orientado para uma visão de instrumentalidade e efetividade do processo. Nessa ordem de ideias foram traçados alguns aspectos da interpretação, bem como um paradoxo entre a impotência e onipotência da norma jurídica. Também, neste estudo, aborda-se a questão da instrumentalidade substancial do processo voltada para a realização do direito material, levando-se em consideração o papel do intérprete na atualidade, desaguando na necessidade de um processo efetivo que garanta tanto o acesso, quanto a satisfação daqueles que buscam a prestação jurisdicional do Estado.

Palavras chave: Interpretação, Norma, Efetividade.

ABSTRACT

This research seeks to address points of interpretation aimed at an instrumentality of vision and effectiveness of the process. In this vein were traced some aspects of interpretation as well as a paradox between impotence and omnipotence of the rule of law. Also, this study addresses the question of substantial instrumentality of dedicated process for the realization of the right stuff, taking into account the interpreter's role today, emptying the need for an effective process that ensures both access, as the satisfaction of those who seek adjudication of the State.

Keywords: Interpretation, Norma, Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A INTERPRETAÇÃO: breves notas.....	14
2 NOVA HERMENÊUTICA: paradigmas e desafios.....	18
2.1 PRINCÍPIOS E PÓS-POSITIVISMO	18
2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS	19
2.3 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO	21
2.4 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO	23
2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	24
2.5.1 Princípios Instrumentais de Interpretação Constitucional	24
2.5.1.1 Princípio da supremacia da constituição	24
2.5.1.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público	24
2.5.1.3 Princípio da interpretação conforme a constituição	24
2.5.1.4 Princípio da unidade da constituição	25
2.5.1.5 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade	25
2.5.1.6 Princípio da efetividade	25
2.5.2 Princípios Constitucionais Materiais	25
2.5.3 Princípios Fundamentais	26
2.5.4 Princípios Gerais	26
2.5.5 Princípios Setoriais	26

2.6 MODALIDADES DE EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS	26
2.6.1 Eficácia Positiva ou Simétrica	27
2.6.2 Eficácia Interpretativa	27
2.6.3 Eficácia Negativa	27
2.6.4 Eficácia Vedativa do Retrocesso	28
2.7 ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DOS PRINCÍPIOS MATERIAIS	28
3 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: aspectos gerais	30
3.1 A NORMA JURÍDICA PROCESSUAL	33
3.2 A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL E NORMAS DE DIREITO MATERIAL	35
3.3 A INTERPRETAÇÃO E O LIMITE TRAÇADO PELA NORMA JURÍDICA.....	37
3.4 A OPOSIÇÃO ENTRE A IMPOTÊNCIA E A ONIPOTÊNCIA DA NORMA JURÍDICA	38
3.5 O OBJETIVO DA TÉCNICA PROCESSUAL.....	40
4 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO	42
4.1 O INTÉRPRETE NA SOCIEDADE ATUAL.....	43
4.2 O JUIZ, A EVOLUÇÃO CULTURAL E A JUSTIÇA.....	44
5 O ANSEIO POR UM PROCESSO EFETIVO.....	46
5.1 ACESSO À JUSTIÇA.....	47

5.2 AS TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA.....	51
5.3 O PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO (MODO DE SER DO PROCESSO)	56
5.4 APEGO EXAGERADO À LEI E ÀS FORMALIDADES LEGAIS	59
CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO

A interpretação, pelo seu amplo alcance, está presente em todos os aspectos da vida humana e não se restringe, sua aplicação, à ciência jurídica. Nas ciências físicas interpretam-se dados colhidos nas observações diretas e as suas causas. Na psicologia interpretação as verdades e valores segundo suas representações mentais e cerebrais. Na economia interpreta-se dados estatísticos e oscilações de mercado, e assim por diante.

Interpretar, pois, é o processo mental pelo qual se desvenda o sentido de algo, revelando o seu conteúdo mediante decodificação. Decodifica-se determinada obra de arte, literária etc., lançando mão o intérprete dos mais variados recursos e utilizando vários elementos, entre os quais o lógico-gramatical, sistemático, psicológico, ideológico, histórico e assim sucessivamente.

No sentido jurídico, interpretar é ato de desvendar o sentido e o alcance exato da norma jurídica de modo a possibilitar sua correta aplicação. Só tem sentido falar-se em interpretação com vistas à aplicabilidade da norma jurídica, já que a interpretação é pressuposto da aplicação.

Não se pretende no presente trabalho, uma abordagem dos chamados métodos de interpretação, matéria por demais já tratada por juristas de escora, mas apenas tangenciar pontos de interpretação orientado para uma visão de instrumentalidade e efetividade do processo.

Nessa ordem de ideias, primeiro traçam-se alguns aspectos da interpretação da norma jurídica, pondo em relevo a seguir a norma jurídica processual e fazendo-se o paralelo com a norma de direito material, acenando-se inclusive quanto ao limite da interpretação a qual não pode, a pretexto disso, criar a norma, substituindo o trabalho do intérprete pelo do legislador.

Enfoca-se ainda, sem a pretensão de originalidade quanto a ideia, o paradoxo entre a crença na impotência e onipotência da norma jurídica, como solução simplista para solução dos conflitos de interesses, passando-se pela análise objetiva da necessidade do aprimoramento da técnica processual, como forma de satisfação efetiva dos direitos tutelados.

Aborda-se num segundo momento a questão da instrumentalidade substancial do processo e os critérios e as características que a orientam, sempre voltados para a realização do direito material, colocando o processo como instrumento a serviço deste, desde que observadas as formalidades essenciais mínimas, sem as quais não se pode verdadeiramente falar em processo.

Nesse contexto criva-se a análise do papel do intérprete na sociedade atual frente aos conflitos de interesses que se avolumam e exige do intérprete uma postura mais flexível e preocupado com as realidades do seu tempo e sensível às oscilações sociais.

A seguir envereda-se pelo exame de um dos maiores dilemas da ciência processual moderna, qual seja, a necessidade de um processo efetivo, que seja capaz de garantir a realização do direito reconhecido no comando judicial, de modo a satisfazer as necessidades daquelas que buscam a tutela jurisdicional e os meios que garantem o acesso a prestação jurisdicional.

Tudo isso passa por uma procura de soluções ideais com tutelas jurisdicionais diferenciadas e procedimentos próprios, com a necessidade do desapego às formalidades excessivas que servem tão somente para causar entraves atroz aos que buscam uma prestação jurisdicional efetiva.

Em um mundo tão complexo e cheio de diversidade é comum que as pessoas tenham dificuldades em sua vida diária, dentre as quais encontram-se, especificamente, as que precisam da tutela jurisdicional do Estado para por fim a uma controvérsia.

Ante a necessidade de ser tutelado juridicamente para composição de uma lide, surge também, a necessidade de acesso à justiça e garantia ao devido processo legal.

Sempre que volta-se os olhos para as normas processuais, haver-se-á de vê-las como instrumento a serviço do direito.

Nesse contexto, a interpretação adequada da norma processual é ferramenta importante para a efetividade do processo. Claro que não vislumbra-se a interpretação da norma como única solução para se garantir um processo efetivo, mas pode-se, repensando os paradigmas de interpretação, adotar-se posturas diferenciadas.

Assim, é necessário que o operador do direito esteja preparado juridicamente e culturalmente, para que possa interpretar a regra jurídica e aplicá-la ao caso concreto.

À guisa de delimitação, o presente estudo busca a importância da interpretação da norma processual para a efetividade do processo.

O problema da pesquisa consiste em perquirir quais as dificuldades encontradas para o aprimoramento das normas jurídicas para que o Estado possa prestar a tutela jurisdicional de maneira célere e efetiva.

Nesta ordem de ideias a hipótese poderia ser sintetizada em duas vertentes:

- A interpretação como ato de desvendar o sentido e o alcance exato da norma jurídica de modo a possibilitar a sua correta aplicação.
- Necessidade do aprimoramento da técnica processual, como forma de satisfação efetiva dos direitos tutelados.

Como objetivo geral tem-se: Tangenciar pontos de interpretação orientado para uma visão de instrumentalidade e efetividade do processo.

Neste diapasão, os objetivos específicos poderiam ser resumidos em:

- Perquirir a impotência da interpretação da norma jurídica.
- Enfatizar a importância da distinção da norma de direito processual e norma de direito material.
- Preconizar a importância da garantia de um processo efetivo.

1 A INTERPRETAÇÃO: breves notas

A importância da interpretação como método científico é por assim dizer, recente¹, tendo em vista que entre os romanos, conquanto se preocupassem com o aspecto sistemático do direito enquanto regra, não se preocuparam com estudo da hermenêutica, ou seja, com um sistema de interpretação, o que só veio a aparecer no final do século XVIII e início do século XIX com escola histórica do Direito, cujo maior expoente foi Savigny, como menciona Bobbio, quando assim proclama:

Se tomarmos os traços básicos do historicismo, que foram enunciados no parágrafo anterior, e os aplicarmos ao estudo dos problemas jurídicos, poderemos fazer uma idéia bastante exata da doutrina da escola histórica do direito, da qual o maior expoente foi Carlos Frederico von Savigny.²

Com efeito, os romanos se destacaram pela sua preocupação com o estudo sistemático do direito, mas não enquanto interpretação, uma vez que os pretores e jurisconsultos, conforme nos ensina Margarida Lacombe³ “diziam o direito para cada caso concreto, sem qualquer pretensão de generalidade”.

No modelo romanístico havia uma preocupação do intérprete, não com o sentido da lei, mas, sobretudo pela sua força, principalmente em função da crença de que a lei emanava da vontade divina, o que conferia, sob a égide do espírito teológico de então, um caráter de imutabilidade e sacramentalidade aos textos legislativos romanos. Ainda assim, há notícia de registros exegéticos nos textos de Ulpiano e Paulo.

Como assinala Margarida Maria Lacombe Camargo, a hermenêutica “alcançou notável proeminência no campo religioso”, uma vez que havia uma preocupação na época entre judeus e cristãos, estes com o novo; aqueles, com o velho testamento, no sentido de desvelar a vontade divina que deu origem a teologia⁴.

Radbruch já mencionava que fora a escolástica quem primeiro transformara em método científico a interpretação, com vistas a desvendar os pensamentos pensados, não pelo autor das escrituras sagradas, mas do próprio Deus. Por pertinente importa a transcrição:

Foi a Escolástica quem primeiro transformou num método científico esta forma de interpretação que visa a captar o sentido supra-consciente dos textos e é conhecida a

1 São de Tércio Sampaio as seguintes palavras: “Direito como ciência hermenêutica é relativamente recente. Isto nos conduz ao século XIX como o período em que a interpretação deixa de ser uma questão técnica da atividade do jurista para ser objeto de reflexão, tendo em vista a constituição de uma teoria” (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, p. 68/69)

2 BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito*, p. 51.

3 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, p. 25.

4 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*, p. 25/26.

sua doutrina acerca do quádruplo sentido que estes encerram: “Littera gesta docet; quid credas allegoria; Moralis quid agas; quo temdas, anagogia.”⁵

Prossegue depois no parágrafo seguinte:

Pois bem: admitindo deste modo, a existência, por detrás do sentido literal, dum sentido alegórico, dum sentido moral e dum outro analógico, e fundando-se na doutrina da inspiração, foi que a Escolástica julgou, com efeito, poder descobrir na Sagrada Escritura os pensamentos realmente pensados, não pelo seu autor humano, mas sim pelo próprio Deus.

Contudo, foram os glosadores que faziam suas notas ou glosas na legislação justiniânea (*Corpus Juris Civilis*) nos séculos XII e XIII, enquanto os assim chamados pós-glosadores, que dominaram os estudos jurídicos dos fins do século XIII até fins do século XVI, não se limitavam a fazer notas, mas também verdadeiros comentários⁶.

Foi somente no início do século XIX que surgiu na França, quando da codificação napoleônica, a escola exegetica, iniciando-se assim, uma fase de preocupação da interpretação como sistema e como teoria. Esta fase marca também um primado de que a única fonte do direito é a lei e que todo direito está previsto pelo legislador. A escola exegetica é, portanto positivista.

A escola histórica do direito surgiu como reação ao jusnaturalismo⁷ reinante e, por assim dizer, propiciou o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha, muito embora não se pudesse dizer que Savigny fosse um positivista propriamente dito, mormente pelo fato de ser contrário a codificação.

Exatamente pela sua falta de sistematicidade é que o jusnaturalismo se irrompeu em sua crise com oposição ferrenha da escola histórica, muito embora já houvesse um sopro de sistematização nesse sentido, repita-se, entre os glosadores.

Como a escola exegetica parte do princípio de que a única e exclusiva fonte do direito era a lei e que todo direito estava previsto pelo legislador, não havendo lacunas e desprezando o costume como fonte, a interpretação jurídica deveria orientar-se somente no sentido de

5 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 163.

6 PEIXOTO, J. C. Carlos. *Curso de Direito Romano*. Vol. I, p. 127/133.

7 É de Larenz a afirmação que vai adiante, ao comentar a oposição da escola histórica ao jusnaturalismo: “Quem se acostumou a ver a Escola Histórica do Direito, que SAVIGNY ajudou a fundar, sobretudo na sua oposição às escolas “filosóficas” do jusnaturalismo tardio ficará decerto surpreendido ao ler nas sua lições de inverno de 1802 (1) que a “ciência da legislação” – como aí se designa a ciência do Direito – é “primeiro uma ciência histórica, e depois, também, uma ciência filosófica” e que ambas as coisas se devem unificar porque a ciência do Direito tem de ser “a um tempo e integralmente, histórica e filosófica”.(LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 9).

descobrir a vontade do legislador (*mens legislatoris*), originando, destarte a teoria subjetiva da interpretação, contando, entre outros tantos, com os seguintes adeptos: Windscheid, Regelsberger, Enneccerus, Bierling, Heck, Stammler e, naturalmente Savigny, o qual chegou a afirmar, como menciona Tércio Sampaio⁸ que “*interpretar é compreender o pensamento do legislador manifestado no texto da lei*”.

Larenz também registra o apego de Savigny a teoria subjetiva, como se depreende de sua transcrição cujo excerto segue adiante:

Como objeto da interpretação aponta ele “a reconstrução do pensamento que é expresso na lei, na medida em que seja cognoscível a partir da lei”. O intérprete precisa de “se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames.”⁹

Como reação a teoria subjetiva surgiu, no final do século XIX a teoria objetiva, a qual preconiza que a interpretação deve se orientar não pela vontade do legislador, mas pela vontade da lei (*mens legis*). Entre seus adeptos estão, dentre outros, primeiramente Kohler, Binding e Wach e, posteriormente, Sauer, Binder e Radbruch, este o qual em sua obra *Filosofia do Direito*¹⁰, de 1.940, ao se referir a interpretação filológica e além dela, assim preleciona que “A interpretação jurídica é, porém, algo de muito diferente disto. Visa a fixar, não um facto, mas o sentido objetivamente válido dum preceito ou disposição jurídica”.

Presentemente, as duas teorias não se repelem, antes ao contrário, se completam posto que, no dizer da Larenz¹¹, cada uma delas tem parte de verdade. Deveras, modernamente a vontade do legislador e vontade constituem-se em elementos importante para desvendar o alcance de um texto legal.

A propósito, antes de se tratar da interpretação da norma jurídica infraconstitucional, necessário se faz enfatizar que, no dizer de Barroso¹², os primórdios da vida política e constitucional do Brasil relata uma história de quase duzentos anos de ilegitimidade do poder (dominação de uma elite de visão restrita e tendenciosa¹³), de falta de efetividade das diversas Constituições (texto constitucional sem força normativa e sem aplicabilidade direta¹⁴) e de incontáveis violações da legalidade constitucional (dissolução da primeira Assembleia

8 FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*, p. 70.

9 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 10.

10 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, p. 160.

11 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 446.

12 BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional*, 2008, p. 23.

13 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, 2000.

14 Sobre o conceito de “força normativa” v. SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998 e BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2002.

Constituinte, rebeliões, golpe do Estado Novo, golpe militar, Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição).

A Constituição de 1988 marcou o início de uma nova era, um novo recomeço, um tempo em que, quanto à ilegitimidade ancestral é de se dizer com toda a franqueza que a elite já não conserva a onipotência e a insensibilidade de outrora, enquanto que a legalidade constitucional, a despeito de tantas emendas constitucionais, vive um momento de elevação e, por fim, a efetividade da Constituição tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada¹⁵.

Nesta nova fase, as normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas *jurídicas*, dotadas de imperatividade e aptidão para tutelar diretamente as situações que contemplam³, conjunto de benesses esse que acabou por dar um novo sentido a todos os demais ramos jurídicos¹⁶.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2002.

¹⁶ O direito civil, em especial, tem desenvolvido toda uma nova perspectiva de estudo a partir da Constituição.

2 NOVA HERMENÊUTICA: PARADIGMAS E DESAFIOS

De acordo com Barroso¹⁷, sem se dar ao luxo de desprezar o método clássico, a saber o *subsuntivo*¹⁸ (aplicação de regras), nem os elementos hermenêuticos tradicionais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), que continuam possuindo significativo valor na busca do sentido das normas¹⁹, em verdade, a evolução de algumas fórmulas originais de realização do querer constitucional está íntima e intrinsecamente vinculada à ideia de uma nova hermenêutica constitucional.

O ponto nodal da chamada nova hermenêutica constitucional consiste no fato de que as normas constitucionais, notoriamente de conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido invariável e direto defendido pela exegese tradicional, porquanto à vista do caso concreto, dos princípios a serem sopesados e dos fins a serem perpetrados é que se obterá o eficaz sentido da norma.

Com efeito, situações há nas quais a interpretação constitucional implicará mera subsunção do fato à norma.

Quando se fala, pois, em uma nova hermenêutica constitucional, não se está relegando ao desterro a subsunção, pelo contrário, aquela resulta de uma evolução seletiva que preserva alguns conceitos tradicionais, remodelados (é verdade), por força da mesma evolução.

Neste passo, tem-se que, com os ventos da modernidade, enquanto a *norma*, na sua dicção abstrata, perdeu destaque, os fatos e o intérprete (de a muito presentes), ganharam especial relevância na hermenêutica constitucional.

2.1 PRINCÍPIOS²⁰ E PÓS-POSITIVISMO

A filosofia do Direito, a partir do século XVI, passou a ser dominada pelo jusnaturalismo moderno. Ao longo do século XIX o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente,

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto, A nova interpretação constitucional, 2008, p. 34.

¹⁸ Nessa perspectiva, a interpretação jurídica consiste em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma: a lei é a premissa maior, os fatos são a premissa menor e a sentença é a conclusão. O papel do juiz consiste em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer parcela de criação do Direito para o caso concreto.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2004.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Tomo II, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)”, p. 3 e ss.

tem início a sua superação histórica, sendo empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final século XIX²¹.

Uma confiança exagerada, sem igual, sem parâmetros, no poder do conhecimento científico provocou o nascimento do positivismo filosófico, cuja decadência tem início somente nas primeiras décadas do século XX²². A ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, ao fim da Segunda Guerra Mundial já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido²³.

O descrédito do jusnaturalismo e a bancarrota política do positivismo deram gênese ao *pós-positivismo*, que é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais²⁴, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

2.2 PRINCÍPIOS E REGRAS

A dogmática moderna autentica o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Entrementes, ultimamente, tem ganhado ênfase uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas²⁵. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin²⁶ e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy²⁷. A

²¹ Barcellos, Ana Paula de, As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, Revista Forense, 351/10;

²² Como por exemplo, a *jurisprudência dos interesses*, iniciada por Ihering, e o *movimento pelo direito livre*, no qual se destacou Ehrlich.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia, 1995, p. 6 e ss.

²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, 1991.

²⁵ VIGO, Rodolfo L. Os princípios jurídicos – perspectiva jurisprudencial, 2000, p. 9/20. O autor apresenta um interessante panorama dos critérios distintivos entre princípios e regras já propostos pela doutrina.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, 1997. O texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi “The model of rules”, University of Chicago Law Review, 35/14 (1967).

²⁷ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, 1997 (a 1a. ed. do original *Theorie der Grundrechte* é de 1986).

conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria²⁸.

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. A regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Opera-se na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato²⁹.

É de proveito aprofundar o tema da distinção entre princípios e regras, com a ressalva de que há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Dos múltiplos critérios distintivos possíveis³⁰, três deles são aqui destacados: o conteúdo; a estrutura normativa; e as particularidades da aplicação.

Quanto ao *conteúdo*, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados. Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. Daí ser possível afirmar-se que regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.

Com relação à *estrutura* normativa, tem-se que o relato de uma regra especifica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado. Já os princípios indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados. Como a norma não detalha a conduta a ser seguida para sua realização, a atividade do intérprete será mais complexa, pois a ele caberá definir a ação a tomar.

Quanto ao modo ou particularidades de sua *aplicação*, tem-se observado as premissas teóricas de Dworkin e Alexy, de modo que regras são proposições normativas aplicáveis sob a

²⁸ O consenso vem sendo, todavia, progressivamente rompido pelo surgimento de trabalhos críticos de qualidade. V. ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, 1997.

²⁹ ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, 1997, p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas.”

³⁰ LARENZ, Karl, Metodologia da ciência do direito, 1997.

forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*, enquanto princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*³¹.

É certo que, mais recentemente, já se discute tanto a aplicação do esquema *tudo ou nada* aos princípios como a possibilidade de também as regras serem ponderadas.

2.3 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO³²

Durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Contudo, ultimamente, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes.

Em decorrência direta do narrado no parágrafo anterior, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão.

A técnica da ponderação consiste em uma técnica de decisão jurídica³³ aplicável a casos difíceis³⁴, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas³⁵. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de

³¹ Partindo da ideia original de Dworkin, o autor alemão Robert Alexy (Teoria dos direitos fundamentais, 1997, p. 81 e ss.) deu novos desenvolvimentos analíticos ao tema, nos termos a seguir resumidos. As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

³² ALEXY, Robert, Teoria dos direitos fundamentais, 1997.

³³ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de Santiago, A ponderação dos bens e interesses no direito administrativo, 2000.

³⁴ Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade.

³⁵ A ponderação também tem sido empregada em outras circunstâncias, como na definição do conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados (a definição dos que sejam os “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, referidos no art. 221, IV, da Constituição, envolverá por certo um raciocínio do tipo ponderativo) ou na aplicação da equidade a casos concretos, embora este último caso possa ser reconduzido a um confronto de princípios, já que a equidade tem como fundamento normativo específico o princípio constitucional da justiça.

interesses, bens, valores ou normas. Destarte, sinteticamente, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, relatadas a seguir.

Na *primeira* etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação³⁶.

Na *segunda* etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

É na *terceira* etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* (v. *infra*).

É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências³⁷.

A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da *argumentação* desenvolvida.

2.4 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO³⁸

³⁶ É bem de ver que algumas vezes o conflito se estabelece mais claramente entre interesses que se opõem, quando então será preciso verificar se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas (normas que, por sua vez, podem ter como fundamento regras e/ou princípios, explícitos ou implícitos).

³⁷ BARROSO, Luís Roberto Barroso, Temas de direito constitucional, 2002.

³⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação, p. 34/35.

A principal questão formulada pela chamada *teoria da argumentação*³⁹ pode ser: se há diversas possibilidades interpretativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, mais humildemente, ainda que não se possa falar de *uma* decisão correta⁴⁰, qual (ou quais) delas é (são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se uma determinada argumentação é melhor do que outra?

É possível sistematizar três parâmetros elementares de controle da argumentação que serão especialmente úteis quando a técnica da ponderação esteja sendo utilizada.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos *normativos* (implícitos que sejam) que a apoiem e lhe deem sustentação. A argumentação jurídica deve preservar exatamente seu caráter *jurídico* – não se trata apenas de uma argumentação lógica ou moral⁴¹.

Um segundo parâmetro útil para o controle da argumentação jurídica, em especial quando ela envolva a ponderação, diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão. Por força do imperativo de isonomia, espera-se que os critérios empregados para a solução de um determinado caso concreto possam ser transformados em regra geral para situações semelhantes.

Por fim, um último parâmetro capaz de balizar de alguma forma a argumentação jurídica, especialmente a constitucional, é formado por dois conjuntos de princípios: o primeiro, composto de princípios instrumentais ou específicos de interpretação constitucional; o segundo, por princípios materiais propriamente ditos, que trazem em si a carga ideológica, axiológica e finalística da ordem constitucional. Ambas as categorias de princípios orientam a atividade do intérprete, de tal maneira que, diante de várias soluções igualmente plausíveis, deverá ele percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais.

No caso da interpretação constitucional, a argumentação assume, muitas vezes, um papel decisivo: é que o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição de conduta deixado pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida⁴².

³⁹ Na verdade, há várias teorias sobre a argumentação, mas suas preocupações concentram-se em elementos comuns, de modo que se estará fazendo referência a elas de forma unificada.

⁴⁰ Com efeito, praticamente todas as teorias que se têm desenvolvido acerca dos parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida reconhecem que, muitas vezes, não haverá *uma* resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. V. ATIENZA, Manuel, *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*, 2002, p. 40 e ss.

⁴¹ ÁVILA, Humberto, *Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico*, Revista de Direito Tributário 79/178 e ss.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS⁴³:

2.5.1 Princípios Instrumentais de Interpretação Constitucional

Os *princípios instrumentais* de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.

2.5.1.1 Princípio da supremacia da constituição

O traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional.

2.5.1.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

O princípio da presunção de constitucionalidade funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deverá ser declarado inconstitucional quando a invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

2.5.1.3 Princípio da interpretação conforme a constituição

A interpretação conforme a Constituição pode ser vista por dois prismas: como princípio de interpretação, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição; como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2004.

2.5.1.4 Princípio da unidade da constituição

Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

2.5.1.5 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade⁴⁴

O da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (*adequação*); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (*necessidade/vedação do excesso*); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (*proporcionalidade em sentido estrito*).

2.5.1.6 Princípio da efetividade

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

2.5.2 Princípios Constitucionais Materiais

Uma classificação que tem se mostrado útil é a que procura singularizar os princípios – princípios materiais, note-se, e não mais instrumentais – de acordo com o seu destaque no âmbito do sistema e a sua abrangência⁴⁵. Os princípios variam na amplitude de seus efeitos e

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 213 e ss.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*, 2008.

mesmo no seu grau de influência. Por essa razão, podem ser agrupados em três categorias diversas, que identificam os princípios como fundamentais, gerais e setoriais.

2.5.3 Princípios Fundamentais

Os princípios fundamentais determinam a estrutura essencial do Estado, veiculando a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado.

2.5.4 Princípios Gerais

Os princípios constitucionais gerais têm menor grau de abstração que os fundamentais, prestando-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam.

2.5.5 Princípios Setoriais

Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos.

2.6 MODALIDADES DE EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS⁴⁶

A percepção de que também aos princípios constitucionais deve ser reconhecida eficácia jurídica é fenômeno relativamente recente, em comparação com as regras. A doutrina tem procurado expandir a capacidade normativa dos princípios através de dois movimentos: aplicando, com as adaptações necessárias, a modalidade convencional de eficácia jurídica das regras também aos princípios – é a eficácia positiva ou simétrica referida abaixo – e

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 59 e ss.

desenvolvendo modalidades diferenciadas, adaptadas às características próprias dos princípios – de que são exemplo as três outras modalidades de eficácia apresentadas na sequência⁴⁷.

2.6.1 Eficácia Positiva ou Simétrica

Eficácia jurídica positiva ou simétrica é a associada à maioria das regras, e, quando aplicada aos princípios, tem como objetivo reconhecer àquele que seria beneficiado pelo princípio, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal.

2.6.2 Eficácia Interpretativa

A *eficácia interpretativa* significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.

2.6.3 Eficácia Negativa

A *eficácia negativa*⁴⁸, por sua vez, autoriza que sejam declaradas inválidas todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma⁴⁹. Os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto, que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa.

2.6.4 Eficácia Vedativa do Retrocesso

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo, Curso de direito constitucional, 1999, p. 254; BARROSO, Luís Roberto, Interpretação e aplicação da Constituição, 2000, p. 146.

⁴⁸ José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, p. 158 e ss.

⁴⁹ No caso das normas, elas poderão ser consideradas revogadas ou não recepcionadas, caso anteriores à promulgação da Constituição.

A *vedação do retrocesso*⁵⁰ propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

2.7 ALGUMAS APLICAÇÕES CONCRETAS DOS PRINCÍPIOS MATERIAIS

Antes do desfecho das ideias desenvolvidas, faz-se o destaque da aplicação concreta dos princípios da dignidade humana⁵¹ e do devido processo legal⁵², concluindo com breve apreciação do papel desempenhado pelo princípio da razoabilidade no âmbito do sistema.

O *princípio da dignidade da pessoa humana* identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. O mínimo existencial é o núcleo de tal princípio⁵³, havendo razoável consenso de que ele inclui pelo menos os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça⁵⁴.

A percepção da centralidade do princípio chegou à jurisprudência dos tribunais superiores, onde já se assentou que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado democrático de direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”⁵⁵.

Quanto ao *princípio do devido processo legal*, embora seus corolários mais diretos já estejam analiticamente previstos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, tem sido aplicado de modo a gerar a exigibilidade de outros comportamentos não explicitados. Exemplo: O princípio foi invocado para considerar, com base nele, inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial⁵⁶.

Por fim, merece uma nota especial o princípio da *razoabilidade*, que, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (v. *supra*), é por vezes utilizado

⁵⁰ A vedação do retrocesso enfrenta ainda alguma controvérsia, especialmente quanto à sua extensão. Para uma visão crítica dessa construção, confira-se José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 1998, p. 307/311.

⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002.

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria geral do processo, 1998, p. 56.

⁵³ Como, por exemplo, a que inclui no mínimo existencial o atendimento às necessidades que deveriam ser supridas pelo salário mínimo, nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 247 e ss.

⁵⁵ STJ, HC 9.892-RJ, DJ 26.3.01, Rel. orig. Min. Hamilton Carvalhido, Rel. para ac. Min. Fontes de Alencar.

⁵⁶ STJ, HC 6.802-RJ, RT 755/569, Rel. Min. Vicente Leal.

como um parâmetro de justiça – e, nesses casos, assume uma dimensão material –, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas.

3 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA: aspectos gerais

O direito é produto da criação humana, mais precisamente o conjunto de regras reguladoras da vida em sociedade. Nessa ordem de ideias, o homem, ao mesmo tempo seu destinatário e produtor da norma jurídica, vê-se compelido a traçar regras que irão pautar sua vida nos diversos aspectos das relações humanas. Não fosse assim, o sistema social⁵⁷ cujo subsistema é o jurídico, seria um caos.

De outro lado, a interpretação, pelo seu amplo alcance, está presente em todos os aspectos da vida humana e não se restringe, sua aplicação, à ciência jurídica. Nas ciências físicas interpretam-se os dados colhidos nas observações diretas e estudam-se as suas causas. Na psicologia interpretam-se as verdades e valores segundo suas representações mentais e cerebrais. Na economia interpretam-se dados estatísticos e oscilações de mercado, e assim por diante.

Norberto Bobbio enfatiza o significado do vocábulo interpretar e a sua utilização nos mais variados campos do saber humano e os seus diversos signos e significados, concluindo que a atividade interpretativa implica na remontagem do signo em relação a coisa significada, quando assim se expressa:

Mas o que significa *interpretar*? Este termo, com efeito, não exclusivo da linguagem jurídica, sendo usado em muitos outros campos: assim se fala de interpretação das Escrituras Sagradas, de interpretação musical... Pois bem, interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada.⁵⁸

Interpretar, pois, é o processo mental pelo qual se desvenda o sentido de algo, revelando o seu conteúdo mediante decodificação. Decodifica-se determinada obra de arte, literária etc., lançando mão o intérprete, dos mais variados recursos e utilizando vários elementos, entre os quais o lógico-gramatical, sistemático, psicológico, ideológico, histórico e assim sucessivamente.

⁵⁷ Essa ideia se colhe em Pontes de Miranda para quem: "Direito do papel, lei ou decreto, constituição ou costume escrito, mais prestamente o percebem os juristas, que o direito é elemento integrante da realidade social". MIRANDA, Pontes. Sistema de Ciência Positiva do Direito, vol. 1, p. 127.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. Pág. 212.

No sentido jurídico, interpretar é ato de desvendar o sentido e o alcance exato da norma jurídica de modo a possibilitar sua correta aplicação. Só tem sentido falar-se em interpretação com vistas à aplicabilidade da norma jurídica, já que a interpretação é pressuposto da aplicação.

Para Larenz interpretar é extrair o sentido oculto da norma e trazer às claras a fala do legislador tornando o texto legal compreensível e comunicável, sem, no entanto, dele nada retirar ou acrescentar, como se verifica da transcrição adiante:

Interpretação é, se nos ativermos ao sentido das palavras, desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação faz-se falar este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável. A esse propósito, o que caracteriza o processo de interpretação é que o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja.⁵⁹

A norma jurídica, traçada pelo homem tomado em seu aspecto coletivo, uma vez que só há necessidade de regras onde houver uma sociedade, é elaborada através de um processo mental, racional e lógico, cujo alcance vai muito além da expectativa inicial do momento e das condições da elaboração pelo legislador, inclusive e principalmente no aspecto temporal, uma vez que é criada em um dado momento do tempo e projeta, de ordinário, seus efeitos para o futuro.

Desse modo, se a norma jurídica, inicialmente criada, exteriorizada na forma escrita ou consuetudinária, é criada para regular situações no mundo real, nem sempre é possível estabelecer de modo claro e seguro o alcance pretendido pelo legislador diante de determinada situação concreta, obrigando assim, a um processo de interpretação da norma para lhe determinar o alcance e fixar-lhe o conteúdo, segundo seus vários elementos.

Fala-se em elementos de interpretação posto que inexiste a rigor, como muitos autores propugnam, um método lógico, gramatical, histórico ou sistemático etc., como já antevira Savigny em sua metodologia, citado por Karl Larenz ao registrar que:

Como os quatros “elementos” da interpretação, voltam a apontar o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Mas já não se trata aqui de quatro espécies de interpretação e, sim de “diferentes atividades que têm de proceder em conjunto, se se pretende que a interpretação chegue a seu termo.”⁶⁰

59 Larenz, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 441.

60 Larenz, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 16.

Aliás, o próprio Larenz na verdade refere-se a critérios de interpretação e não a métodos de interpretação, como se vê em diversas passagens de sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*⁶¹ e, ainda se referindo a Saviny⁶² consigna:

Nos critérios de interpretação, que vão ser discutidos em seguida e que só parcialmente coincidem com os elementos salientados por SAVIGNY, não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vistas metódicos que devem ser todos tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correção (no sentido de um enunciado adequado. (Os grifos não constam do original

Os avanços tecnológicos havidos na área da física, da medicina, da química e outros tantos, importam também na modificação do comportamento humano, e as relações humanas se modificam para se adequarem à evolução operada⁶³. Para exemplificar, a propriedade que outrora era vista com caráter absoluto, foi enormemente relativizada para se ajustar à sua função social.

Diante dessas evoluções, a situação regulada inicialmente pela lei, não raro, mostra-se insuficiente para solução e aplicação das regras de conduta atuais, obrigando assim, o intérprete⁶⁴ uma solução exegética de acordo com a nova realidade que se lhe apresenta. Noutros falares, a criação da norma tem um marco no tempo, enquanto que a interpretação se projeta indefinidamente para o futuro.

Mesmo as normas jurídicas consideradas mais claras e simples, dependem de interpretação. Na verdade, toda norma jurídica, para ser aplicada deve primeiro ser interpretada, posto que a interpretação é operação mental⁶⁵ realizada através dos sentidos, o primeiro deles visual.

Somente através da aproximação do sujeito cognoscente (intérprete) com o objeto cognoscível (norma jurídica), é que pode haver o trabalho mental⁶⁶ que permite chegar ao resultado final da interpretação. Essa aproximação ocorre também e necessariamente com norma jurídica supostamente clara. Supostamente porque, não raro, determinada norma que aparentemente é clara, freqüentemente, pode ensejar dúvida quanto ao seu aspecto e

61 Ob. Cit. Pág. 450: “Os critérios de interpretação”

62 Também Cláudio de Pereira de Souza Neto adere ao modelo Savinyano “elementos de interpretação” em vez de métodos de interpretação (SOUZA NETO, Cláudio de Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, p. 89, 207, 333, e ss.).

63 A evolução importa na necessidade de se modificar os paradigmas de interpretação.

64 O intérprete sempre deve voltar seus olhos para o momento atual de aplicação da lei, somente buscando no elemento histórico um auxílio sua exata compreensão, já os elementos de interpretação não se repelem, mas se completam.

65 Nesse sentido assim se expressa Hans Kelsen: “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, pág. 387)

66 Ob. cit. p. 387.

significado, como esclarece Perelman⁶⁷, mormente em face número de variáveis sentidos que delas se pode extrair no contexto.

A ideia, pois, outrora presente na doutrina e jurisprudência tradicional, segundo a qual *in claris cessat interpretatio*, de há muito está superada, resumindo o seu valor, apenas ao aspecto histórico, como nos ensina Bernardo Ribeiro de Moraes, inclusive se valendo dos ensinamentos de Savigny, ao mencionar:

Tal brocardo – “disposições claras não comportam interpretação” -, nos dias de hoje, tem valor apenas histórico. A afirmação de que a lei clara não necessita de interpretação é radicalmente falsa, conforme nos mostra Savigny, que se revoltou contra o aludido adágio da seguinte forma: “admitir uma imperfeição acidental das leis como condição necessária da interpretação, é considerá-la como remédio a um mal, remédio cuja necessidade deve diminuir à medida que as leis se tornem mais perfeitas.”⁶⁸

Nesta altura importa registrar que a interpretação não se restringe as normas escritas, mas também a costumeiras, pertinente ao direito consuetudinário, como nos sistemas da *Common law*, inglês e outros. É o que se percebe da lição de Ruggiero⁶⁹ a qual adiante subsegue:

Também o direito consuetudinário precisa ser interpretado pois que, qualquer que seja o ponto reservado ao costume num ordenamento jurídico, a norma que por ele é criada reclama uma avaliação do seu conteúdo e do seu fim, uma indagação que lhe estabeleça o alcance e permita medir a sua esfera de aplicação.

3.1 A NORMA JURÍDICA PROCESSUAL

A lei processual, por exemplo, não está redigida nem como um mandamento, nem tampouco como uma delimitação jurídica para determinar a ilicitude da conduta humana. “A lei processual é uma descrição. O legislador descreve como se realizará, no futuro, um processo”⁷⁰.

⁶⁷ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*, pág. 623. Registra Ele: “Mas Vê-se, de imediato, que um texto claro em grande número de situações pode deixar de sê-lo em circunstâncias que saem do comum”.

⁶⁸ MORAES, Bernardo Ribeiro. *Compêndio de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 179.

⁶⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*, vol. 1, p. 177.

⁷⁰ COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. De Gilda Maciel Corrêa Meyer Russo Mano. 4. ed. São Paulo: Forense, 1994. p. 16 e 18

Adverte Chiovenda como um dos pioneiros da moderna evolução do processo, que “o ideal do nosso tempo seria que nenhuma lide se perdesse por razões de forma”⁷¹. Já Francesco Degni entende que no exame da norma processual civil não se pode excluir o elemento lógico, justificador do uso da analogia e da interpretação progressiva:

Certo, as formalidades dos juízos devem ser ainda hoje rigorosamente respeitadas, rigidamente observadas, pois que representam a garantia suprema da defesa dos direitos, mas o respeito a eles não deve transformar-se em exagerado fetichismo, condenado não só pela consciência jurídica comum, mas pela própria legislação moderna, que elimina, na medida do possível, o inútil formalismo das relações jurídicas, e assim o juiz tem o dever de distinguir, dentre as formas, aquela que representa verdadeiramente uma garantia das partes do processo – e na atuação dela deve ser rigoroso, porque, como tal, ela faz parte do reconhecimento do direito –, daquele que, ao invés, evidentemente exorbita deste fim, reconhecendo a inutilidade de algumas formas, que, ainda quando não observadas, em nada tolgem as garantias devidas no processo, seja embora ultrapassando a expressão material do texto.⁷²

Inúmeras inovações a partir de 1992 foram introduzidas no Código de Processo Civil de 1973 e no direito material. Leis extravagantes de ordem processual e material, a exemplo dos Juizados Especiais e do Código de Defesa do Consumidor, bem como a Lei nº 13.256 de 2016 que alterou o corpo do Novo Código de Processo Civil de 2015, que têm dado causa a questões peculiares e controvertidas, de ordem geral, principalmente nos ritos, nos recursos e nas concepções da proteção negocial. Estas modificações, frutos da evolução interpretativa, visam o aperfeiçoamento do processo e um novo ordenamento das leis civis de direito material, objetivando a ação com tramitação rápida, o efetivo melhor acesso à justiça, a sua melhor distribuição e a atualização das normas na esfera civil.

A sucessão das teorizações sobre o Direito, nelas incluídas as formulações interpretativas, formou com o transcorrer do tempo um tecido de conhecimentos que, como conjunto, não pode ser ignorado pelos interpretes.

A presença de um componente hermenêutico dentro do pensamento contemporâneo é crescente e sempre converge com a aplicação do Direito, expressão que deve ser entendida como um momento que ocorre dentro da própria realidade do Direito, não como um problema extrínseco a ela. O mesmo cabe pensar e dizer com referência à interpretação.

⁷¹ Giuseppe Chiovenda. As reformas processuais e as correntes do moderno pensamento. Revista Jurídica e Social, p. 52, 1907.

⁷² Francesco Degni. *Interpretazione leggi*. P. 12. *Apud* SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. vol. 2. p. 391-395.

A ordem e a interpretação se implicam reciprocamente posto que o aplicador traz dentro de si as conclusões de interpretar, isto é, o interpretar está dentro do aplicar, e o aplicar o exterioriza, uma vez que interpretar é compreender a relação entre a norma e a ordem a que pertence. Interpreta-se com a norma o caso, cuja figura se situa em função dos conceitos, caracteres e valores gerais que estão na ordem.

O que se procura interpretar para a distribuição da Justiça é o Direito, seja ele emanado da Constituição, da lei infraconstitucional, do regulamento administrativo, do contrato, do testamento ou da própria sentença.

Cabe ao doutrinador e, especialmente, ao aplicador do Direito escolher, entre as interpretações possíveis, a mais razoável, que deve sempre conduzir aos resultados reclamados pela ideia do bem comum.

3.2 A IMPORTÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL E NORMAS DE DIREITO MATERIAL

Não se pode avançar no estudo da interpretação da norma processual sem fazer a necessária distinção com a norma de direito material⁷³, posto que esta, no dizer de José de Albuquerque Rocha⁷⁴, refere-se a função de direção de condutas, enquanto que aquelas referem-se a função de tratamento de conflitos.

Ambas normas são reguladoras de conduta, só que a norma de direito material regula as condutas antes da instauração do conflito, enquanto que as normas de direito processual regulam as condutas após a instauração do conflito, de modo que, sem ter em mira tal distinção corre-se o risco dos processualista antigos, os quais viam o processo quase como que o fim em si mesmo e não como instrumento a serviço do direito material.

As normas de processo só têm sentido enquanto existentes para servir o direito material, segundo a visão instrumentalista moderna, em uma relação de complementaridade⁷⁵. Qualquer

⁷³ Elio Fazzalari classifica as normas de direito material e processual em grau, atribuindo àquelas o primeiro grau; a estas, em segundo grau. São deles as seguintes palavras: “Então vemos assim enfileirar-se uma primeira distinção entre *normas de primeiro grau*, as quais visam a realizar um primeiro aspecto de uma sociedade, e *normas de segundo grau*, as quais realizam uma organização social mais eficiente, porque são feitas para prever as possíveis violações das primeiras”. FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006. p. 132.

⁷⁴ ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 28.

⁷⁵ Como observa Elio Fazzalari, quando assim se expressa: “A verdade é que, longe de exaurir a categoria do “jurídico”, as normas “processuais” (rectius, reguladoras da jurisdição) e as atividades que as realizam em concreto são meramente complementares ou, conforme se queira, auxiliares no que diz respeito às normas (e às atividades) “substanciais”: pressupõem a existência e a efetividade em concreto destas últimas”. FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. Campinas: Bookseller, 2006. p. 137.

interpretação que se divorcie dessa realidade deve ser desprezada em favor da realização do direito material, daí porque toda vez que a interpretação do direito processual se antepuser como óbice para realização do direito material deve ser abandonada.

Isso não significa dizer também que se deve abandonar todo e qualquer formalismo. A forma é necessária, mas seu grau mínimo, se assim pudéssemos quantificá-la, o que nos levaria a classificar a instrumentalidade em graus. Ninguém pode imaginar um processo sem a devida citação e a respectiva defesa. Na verdade, sem tais atos processuais, não se pode falar, no rigor técnico, em processo.

É certo que o legislador, nem sempre afeito a questões de técnicas legislativas, preocupa-se com tal aspecto, a exemplo do que ocorre agora com o Novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o qual tratou da matéria de provas, entre outros, nos artigos 230 a 232, sabidamente de direito processual. Isso, entretanto, não importa dizer que, só por se encontrarem em corpo legislativo material, perde a sua natureza de direito processual, devendo sua interpretação ser levada a cabo a luz da instrumentalidade que norteia o direito processual moderno.

A lei processual não está redigida nem como um mandamento, nem tampouco como uma delimitação jurídica para determinar a ilicitude da conduta humana. “A lei processual é uma descrição. O legislador descreve como se realizará, no futuro, um processo”⁷⁶.

Chiovenda, como dito alhures, preconiza que o bom seria que nenhuma demanda judicial se perdesse por razões de forma⁷⁷. Enquanto que Francesco Degni apregoa, como já frisado anteriormente, que no exame da norma processual civil não se pode excluir o elemento lógico, justificador do uso da analogia e da interpretação progressiva⁷⁸.

Vê-se, desse modo, que a importância da distinção entre norma de direito processual e material, situa-se num plano prático e técnico, visto que só há falar-se em instrumentalidade exatamente porque a norma processual é reguladora de condutas no tratamento de conflitos, ou seja, no modo proceder em juízo, rumo a prestação jurisdicional.

Por esta mesma razão, só faz sentido falar em efetividade da norma enquanto colocado no plano de debate do direito processual, já que o que se quer, quando se vai a juízo, em um primeiro é o reconhecimento de um direito, mas que, em última análise é a realização do direito material reconhecido na sentença.

⁷⁶ Eduardo J. Couture. *Interpretação das leis processuais*. Trad. De Gilda Maciel Corrêa Meyer Russo Mano. 4. ed. São Paulo: Forense, 1994. p. 16 e 18

⁷⁷ Giuseppe Chiovenda. *As reformas processuais e as correntes do moderno*. Revista Jurídica e Social, p. 52, 1907.

⁷⁸ Francesco Degni. *Interpretazione leggi*. P. 12. **Apud** Alípio Silveira. *Hermenêutica do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. vol. 2. p. 391-395.

Quando se fala, portanto, em instrumentalidade e efetividade, não se pode ficar preso simplesmente as modificações do direito processual vigente, porque as normas que o compõe, mais dia ou menos dia, estarão defasadas, cabendo ao intérprete a solução orientada pela instrumentalidade e efetividade, ou seja, a instrumentalidade e efetividade estão indissociavelmente ligadas ao aspecto da interpretação.

3.3 A INTERPRETAÇÃO E O LIMITE TRAÇADO PELA NORMA JURÍDICA

O entendimento da lei deve subordinar-se a método flexível, capaz de fornecer ao juiz os elementos necessários para atuar com justiça sem fugir da obediência da lei escrita, voltando-se os olhos para a regra inserida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁷⁹.

Como o ordenamento confia muita coisa ao prudente arbítrio do Juiz, o verdadeiro perigo a ser prevenido não reside no fato de serem os juízes criadores do direito e como tais se apresentarem e sim que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o modo do processo jurisdicional.

É por esta razão que a técnica da decisão exige atitudes especiais, não bastando conhecer, mesmo profundamente, o direito, para saber traduzi-lo em realidade; porém, este instinto jurídico, por muito que seja auxiliar precioso, não merece uma confiança cega, deve o juiz controlar se a solução instintiva, que à primeira vista lhe aparece como justa, tem verdadeiramente tal requisito e corresponde ao direito positivo; e urge precaver-se para que a intuição ou uma aspiração de seu sentimento jurídico, não leve a prática a choque com o direito positivo.

O juiz não deve se encerrar num ambiente irreal, alheado ao meio em que vive, para decidir, tem que agir inteligentemente, utilizando conhecimentos extrajurídicos, verdades naturais ou matemáticas, regras de comércio e da vida social, princípios psicológicos, enfim, valer-se de todos os princípios existentes no direito natural, principalmente aqueles que definem os preceitos que regulam os direitos inerentes a personalidade e à dignidade do homem.

Não se nega ser necessário manter uma especial solenidade, embora revestida de simplicidade, ou um formalismo razoável no rito processual, visando garantir a respeitabilidade

⁷⁹ Eis aí um verdadeiro vetor de interpretação teleológica da lei processual, que deve nortear todo o sistema processual, mormente quando está em voga a tão decantada instrumentalidade do processo, consagrado também nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil.

da Justiça. Mas ambos não de ser comedidos, não constrangedores. Não podem estar revestidos de complexidade e de morosidade.

3.4 A OPOSIÇÃO ENTRE A IMPOTÊNCIA E A ONIPOTÊNCIA DA NORMA JURÍDICA

De nada adianta modificar a norma. A crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, para solucionar um problema da vida jurídica é um erro. A norma, no dizer de Barbosa Moreira⁸⁰, nem é impotente, nem onipotente⁸¹.

Importa primeiro, antes de reformar a lei processual, que se proceda a um exame, na medida do possível, dos males que se pretende combater e as suas possíveis causas. Sem esse exame prévio, não há como empreender um trabalho de reforma sustentável, ao contrário, corremos o risco de sair a atacar as névoas que encobrem a montanha, enquanto deixamos deitados em berço esplêndido os verdadeiros inimigos.

Mesmo depois da reforma da lei, é necessário acompanhar de perto, com métodos adequados, a repercussão da reforma no dia-a-dia forense.

Essa é a maneira correta de descobrir o que realmente mudou, em que direção e com que alcance. Não se pode empreender, sem este cuidado mínimo, a uma avaliação minimamente objetiva, com na qual possamos decidir se vale a pena continuar no mesmo rumo ou se é mais aconselhável retroceder.

Não há notícia da existência de uma pesquisa que precederam as continuadas reformas do Código de Processo Civil conferindo aos projetos uma base sólida, fundada em dados concretos. Menos ainda existe interesse com relação aos efeitos práticos das inúmeras modificações consagradas.

Um exemplo é a tentativa obrigatória de conciliação. Tal como era regulada pelo art. 331 do CPC, antes da Lei 10.444, de 07.5.2002, era uma faca de dois gumes: quando se obtinha o acordo das partes, abreviava-se o caminho do feito; caso contrário ele se esticava mais do que

⁸⁰ Acerca do mito da onipotência da norma alerta: “Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é impotente, nem onipotente”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual. Oitava série. p. 10.

⁸¹ No mesmo sentido de José Carlos Barbosa Moreira quanto ao mito da onipotência da norma, em conclusão do seu artigo Tutela Jurisdicional Específica, Leonardo Greco ressalta a importância das reformas, mas também volta os olhos para a realidade da impotência da mesma. Diz ele: “Com as reformas do Código de Processo Civil, as tutelas específicas tornaram-se um instrumento particularmente importante e eficaz no acesso à Justiça. Entretanto, ninguém pense que elas podem fazer milagres”. GRECO, Leonardo. Tutela jurisdicional específica. Revista Dialética de Direito Processual, p. 84.

se omitisse a audiência a isso destinada, sem que os ganhos laterais superassem o inconveniente da procrastinação. Para solucionar o impasse, a Lei 10.444, de 07.5.2002, tornou a audiência facultativa, permitindo o saneamento do feito desde logo, acaso verifique a impossibilidade de se obter o acordo.

Já o NCPC no seu artigo 357, foi muito além do inibido supracitado artigo 331, foi capaz de preservar o que de relevante havia contido neste acerca da organização do processo e preconizou a prática de múltiplos atos com o escopo de racionalizar a atividade jurisdicional impulsionando a cooperação entres os diferentes sujeitos processuais. A exemplo o parágrafo 5º do artigo em comento, que versa sobre a audiência de saneamento compartilhado, onde as partes devem levar os respectivos róis de testemunhas, com a finalidade de já serem apresentadas as ocasionais objeções e assim elucidar as questões que, de certa forma, obscurecem a chegada ao mérito da demanda, visando a celeridade da marcha processual, uma vez que a pretensão é evitar a perda de tempo com a solução de questões e incidentes processuais que na maioria das vezes nada têm haver com o mérito e contêm confins tão somente procrastinatórios.

Além do mais, com a viabilidade de se desenvolver atos processuais com participação eficaz, as partes, compelem-se, ainda que indiretamente, a não terem comportamentos processuais ulteriores contraditórios ao que foi pactuado, sob pena de violação da boa-fé objetiva que deve orientar o comportamento na esfera processual, o que remete, assim, à proibição do *venire contra factum proprium non potest*.

Assim, a resolução do mérito passou a ser sinônimo de efetividade, pois é realmente o que soluciona a questão de direito material e favorece a pacificação social.

Destarte, essa posição trazida pelo NCPC, pressupõe uma conduta desenvolva do magistrado na perquisição constante da correção das nulidades e do julgamento do mérito da demanda.

Ao considerarmos a repercussão das reformas no plano prático, mais ainda se avolumavam as trevas. Veja-se no caso da antecipação da tutela no revogado CPC. Não era importante unicamente saber em que casos ela vinha sendo deferida e com que frequência. Era importante que formássemos alguma ideia das espécies de interesses que costumavam satisfazer. Será que teríamos criado um mecanismo capaz de assegurar proteção efetiva a titulares de direitos cuja lesão gera consequências irreparáveis, e que, portanto precisavam ser acudidos pronta e eficazmente, sob pena de fazer-se inútil o socorro?

O NCPC prezou pela simplificação de procedimentos no campo da antecipação de tutelas, representando assim, um grande avanço comparado ao sistema adotado pelo antigo CPC

a partir de 1994, que convivia com dois regimes diferentes, sendo um deles a tutela cautelar e o outro a antecipada, mudança essa que havia trazido confusão de distinção, o que por inúmeras vezes pleiteava-se uma quando na realidade queria-se pleitear a outra.

Assim, o NCPC, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, optou por adotar um sistema simplificado em face da unificação do regime, tendo estabelecido as mesmas exigências para a concessão da tutela cautelar e satisfativa, contendo os mesmos pressupostos, conforme preceitua os artigos 294 e 300, ambos do NCPC, aquele deixa explícito que a tutela de urgência é gênero, o qual tem inseridas suas duas espécies, quais sejam, cautelar e antecipada e este estabelece os mesmos requisitos para a autorização de ambas.

Assim a diferença que existia entre as tutela antecipada e medida cautelar no revogado Código de Processo Civil caiu por terra, com a entrada do Novo Código que, traz as tutelas de urgência e evidência, as quais podem ser pleiteadas de modo preparatório ou incidental, bem como, podem ser oferecidas de ofício pelo juiz. O Novo Código ainda teve a perspicácia de prevê a dispensa de um processo cautelar autônomo.

As inovações trazidas pelo Novo Código, indubitavelmente, desencadeará vastos debates. Competirá a doutrina, e a jurisprudência sanar eventuais imprecisões e objeções, caso contrário, ficaremos como se estivéssemos ficado estáticos, perante a possibilidade de incalculáveis recursos incabíveis.

O que causa certa perplexidade é saber que nossas reformas se movem a um ritmo predominante no plano da impressão⁸², pois o impressionismo no direito é um dos males que devemos temer. Com efeito, nenhuma construção firme pode ser erguida sobre terreno minado. Se pretendermos edificar um novo aparelho judicial, isento das chagas que enfeiam a face da Justiça, é mister antes de mais nada que nos libertemos das ideias inverídicas. Elas obscurecem a nossa visão e nos induz a caminhos pelos quais, em vez de avançar, corremos o risco de cair no mais fundo despenhadeiro.

3.5 O OBJETIVO DA TÉCNICA PROCESSUAL

A expressão “tutela jurisdicional dos direitos”, como se sabe, foi afastada do cogito científico do direito processual no período conceitual ou cientificista, quando se dizia tutela dos

⁸² Assim nos expressamos para fazer uma crítica àqueles que usam instrumentos legisferantes para ficar bem com a opinião público ao dar uma impressão que estão fazendo algo de valioso pela sociedade. Aliás, quadra registrar que já se foi o tempo em que se faziam verdadeiros monumentos legislativos, com amplo debate e amadurecimento no político e jurídico, como ocorreu com o Código Civil de 1.916, que entre seus mentores teve Clóvis Bevilacqua e Rui Barbosa.

direitos não deveria ser vista como o escopo da jurisdição⁸³. A partir deste momento até bem pouco tempo, falar em tutela jurisdicional dos direitos poderia constituir um pecado quase mortal para o processualista; tal fala poderia significar um compromisso com o imanentismo.

É obvio que tutela jurisdicional também é prestada quando o juiz declara não existir o direito afirmado pelo Autor, e mesmo quando é contestada a ausência de condição da ação, valendo lembrar que neste último caso a tutela jurisdicional é dada em razão do direito incondicionado da ação⁸⁴. O que a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar é a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais; ou seja, a reabilitação do tema da tutela jurisdicional dos direitos revela uma preocupação com o resultado jurídico-substancial do processo, conduzindo a uma relativização do fenômeno direito-processo.

Na perspectiva de quem afirma ter um direito a ser tutelado, nada melhor do que a lembrança de que o processo deve dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter⁸⁵. Nesta perspectiva, a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é necessária uma pluralidade de processos atendendo às variadas situações carentes de tutela. Em outras palavras, para a efetividade do processo é imprescindível o correto manejo das técnicas de construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas.

⁸³ O que não ocorre no momento presente quando estamos na fase instrumentalista, de forma que a tutela jurisdicional deve corresponder a idéia de tutela dos direitos, como se vê em Marinoni, ao fazer um paralelo da entre a norma de direito processual e norma de direito material: “As normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – *normas que protegem o consumidor e o meio ambiente*, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade. São Paulo. Malheiros, 1993, p. 20.

⁸⁵ Segundo a clássica ideia Chiovenda.

4 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Na verdade a instrumentalidade do processo é uma direção na interpretação do Direito Processual, com vista a efetividade do processo, razão por que não se pode falar em interpretação sem mencionar a instrumentalidade, aspecto este tão pungente que vários estudiosos do Direito Processual tem se debruçado sobre o tema⁸⁶.

Com efeito, há de se voltar os olhos para o processo como instrumento a serviço do direito material e, toda interpretação, no direito processual, que se antepõe como óbice à realização do direito material, deve ser abandonada porque divorciada de seu verdadeiro aspecto teleológico, como menciona Adolf Schonke, ao se referir à interpretação das normas de Direito Processual Civil. Vale a transcrição de suas palavras:

II. Na interpretação das normas de Direito Processual Civil tem que se levar em conta que são normas de conveniência, e têm que se interpretar por esse motivo tão livremente como fora possível. As leis processuais não têm que ser um obstáculo pelo que se frustre o direito material de uma parte [...]⁸⁷

O princípio da instrumentalidade do processo é um dos que informam o sistema de nulidades adotado pelo nosso Direito Processual e que busca, também, impor segurança quando o ato processual é praticado. E o atual Código de Processo Civil o consagra nos arts. 188 e 277.

Ele consiste no entendimento de que as formas, no ambiente processual, se constituem de meios configuradores de segurança para atingir as finalidades pretendidas pelas partes e que só será alcançada pela via de segurança.

A força deste princípio há de ser concedida de modo que, desde não evidenciado prejuízo para entrega da prestação jurisdicional trabalhada pelo processo, não se defenda absoluto apego ao formalismo dos atos processuais. Há de se investigar, na sua prática, se a segurança foi resguardada com alcance definitivo dos fins visados, sem agressão a qualquer direito fundamental dos litigantes.

Certo é que o princípio da instrumentalidade aplicado com a roupagem moderna que hoje lhe veste conduz para que o juiz torne-se mais ativo na direção do processo. A atividade a desempenhar, não obstante vinculada a determinadas formas processuais, quando elas se apresentam como substanciais para a segurança e confiabilidade do ato processual, tem maior

⁸⁶ Não se pode falar em instrumentalidade do processo sem mencionar a obra de Cândido Rangel Dinamarco cujo tema foi objeto de tese de doutorado. DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁸⁷ SCHONKE, Adolf. Direito Processual Civil. Campinas: Romana, 2003. p. 27.

campo de liberdade para buscar a verdade, desvinculando-se das vontades e das ações exclusivas das partes.

Na atualidade, há de se conceber o princípio da instrumentalidade atuando de forma vinculada ao problema da efetividade do processo⁸⁸, especialmente no referente à presteza na solução da lide⁸⁹.

Se quisermos marcar algumas características do princípio da instrumentalidade que marcam os tempos atuais, entre outros, podemos assim alinhavá-los:

- a) a forma não deve ser considerada de imposição absoluta;
- b) o principal objetivo da função jurisdicional é realizar a justiça e norma processual não deve atuar como óbice ao alcance deste fim;
- c) a validade constitucional das leis processuais, mormente após o advento da EC 45/2004 vela por um processo célere e de menor custo;
- d) a observância das formalidades essenciais, com fator de segurança e confiança no proceder do Poder Judiciário;
- e) a relevância formal do Direito Processual tem sua razão de existir no fato de que ela serve, pela segurança imprimida quando cumprida, para o direito material alcançar a sua executoriedade;
- f) é impossível a concepção do processo sem atos formais⁹⁰, porém, tal não deve conduzir ao abuso do formalismo em prejuízo da essência da finalidade da ação final pretendida pela causa em juízo.

4.1 O INTÉRPRETE NA SOCIEDADE ATUAL

A importância do intérprete está sob o impacto de uma mundialização cultural, nesse novo mundo de mudanças, para a compreensão do Direito. Não basta apenas a consulta à letra dos Códigos, eles já não reúnem todas as leis, todos os princípios.

⁸⁸ Por efetividade deve-se entender um processo apto a atingir os seus fins, na exata lição de Babosa Moreira. Eis a síntese do seu pensamento: “Que é que se quer dizer quando se fala num processo efetivo? Efetivo é sinônimo de eficiente. Penso que a efetividade, aqui, consiste na aptidão para desempenhar, do melhor modo possível, a função própria do processo. Ou, noutras palavras, talvez equivalentes, para atingir da maneira mais perfeita o seu fim específico. Ora, o fim específico, no plano jurídico, do processo de conhecimento, é a solução do litígio por meio de sentença de mérito a que tende toda atividade nele realizada. Faço questão de frisar o adjetivo “jurídico”: o processo, como se sabe, não tem apenas fins jurídicos; tem também fins sociais, tem também fins políticos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. Revista de Processo, n. 74, 126-137, abr./jun. 1994. p. 128

⁸⁹ E tanto isso é verdadeiro que a emenda Constitucional 45/2004, que tratou da reforma do judiciário, erigiu a tempestividade da jurisdição com direito fundamental ao acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, cujo teor vai adiante: “Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁹⁰ O que se deve

Para a interpretação das leis, em uma sociedade de mudanças, em que há pluralismo das fontes jurídicas, faz-se necessária a intermediação de uma filosofia crítica, em que se levem em conta essa nova realidade cultural de antinomias e antagonismos, virtualizada na imagem, com conhecimento fragmentário e temporário, e com um Estado que já não monopoliza a vida política, e assim não mais está legitimado a editar a vontade geral por meio de editos. Os parlamentos nacionais se encontram enfraquecidos pela dinâmica dos fluxos globais do capital, pela natureza transnacional das instâncias de poder e pela descentralização do poder burocrático centralista para esferas políticas locais e regionais.

Assim, o papel do intérprete ganha um destaque especial. Ele passa a ser o grande protagonista do Direito.

O Juiz não é mais apenas um técnico. Sua atividade é, antes de tudo, prudência. É ele quem humaniza as referências normativas, atualizando-as para o devir. Para aceitar isso, devemos curar o corte epistemológico descerrado contra a ciência jurídica.

O mundo contemporâneo exauriu o mito do “legislador racional”. O conhecimento em razão da velocidade da informação passa a ser transitório e fragmentário, inviabilizando a construção de sistemas fechados e imutáveis.

A tarefa do aplicador do direito, então, ganhou enorme relevância e tornou-se decisiva. Prova disso é o reconhecimento atual do trabalho criativo e atualizador da jurisprudência e da doutrina.

Não há mais espaço e tempo para centralismos políticos. O direito está sempre em construção, devendo as normas de convivência merecer uma interpretação aberta, mediante atuação jurídica argumentativa, persuasiva, criativa e transformadora.

4.2 O JUIZ, A EVOLUÇÃO CULTURAL E A JUSTIÇA

O direito deve acompanhar a evolução cultural. Necessariamente o ordenamento jurídico deve interagir-se com os acontecimentos sociais, visando a buscar a realização de necessidades humanas reais. Há que se evitar o vizo persistente de apresentar doutrinas e teorias jurídicas desligadas de suas condicionantes sociais e políticas, para que não apareçam como puras construções do espírito entre as quais é difícil escolher.

Não há como cultivar o direito, isolando-o da vida, que, em nossa época, se caracteriza pela rápida mobilidade, determinada pelo progresso científico e tecnológico, pelo crescimento

econômico e industrial, pelo influxo de novas concepções sociais e políticas e por modificações culturais.

Pelo que já foi exposto, fica em evidência o papel do magistrado, maior intérprete da lei, na busca da realização da justiça.

Em tempos de constantes transformações políticas e ideológicas, onde países agregam unindo economias, em que regimes absolutistas extinguem-se, nações liberam-se, a pobreza, a miséria e a fome espalham-se como uma verdadeira epidemia, a violência invade os lares e a evolução tecnológica atinge patamares inimagináveis, o papel do magistrado sem sombra de dúvidas, é difícil e árduo. A sociedade se transforma, o direito, necessariamente, deve acompanhá-la.

Hoje, a democracia não permite um judiciário apático e passivo. Exige um poder forte, atuante e voltado para a solução dos problemas que abraçam a nação.

Conforme ensina Plauto Faraco de Azevedo:

[...] o jurista, visto como técnico a serviço de uma ordem jurídica dita neutra, em verdade é formado para ser o ordenador do poder instituído, seja ele qual for. Preparado para nada contestar, torna-se incapaz de colaborar de modo efetivo na construção da democracia, que passa necessariamente pelo adequado encaminhamento dos problemas suscitados pela justiça distributiva, reclamando agentes de pensamento aberto, habituados ao confronto e discussão de idéias contrárias, capazes de compreender o presente e planejar o futuro.⁹¹

Assim, faz-se mister o juiz estar preparado, jurídica e culturalmente, a fim de que, possa realmente interpretar a regra jurídica e aplicá-la em conformidade com os anseios da sociedade moderna. Para tanto, deve o magistrado procurar soluções no quadro cultural, político, econômico, social e jurídico, despindo-se da couraça conservadorista da lei, sempre procurando alcançar soluções mais próximas possíveis do que se chama justiça.

⁹¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do direito e contexto social. Revista dos Tribunais, 1996, pg. 65.

5 O ANSEIO POR UM PROCESSO EFETIVO

A efetividade do processo não se resume simplesmente às mudanças na legislação, embora certamente sejam um instrumento poderoso quando se persegue tal escopo. Elas implicam em algo muito mais abrangente como educação, estruturação e aparelhamento do Poder Judiciário, entre outros, mas principalmente, mudança de mentalidade no que se refere à interpretação.

Não se pode deixar de mencionar aqui o influxo que sofreu a legislação processual civil nos últimos três lustros, isso antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, primeiramente com a reforma processual 94/95, a chamada primeira fase; após, com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002, chamada segunda fase, que se estendeu até a Lei 11.232/05⁹², esta rompendo com o modelo de execução Liebmaniano, o qual separava de forma estanque o processo de conhecimento de execução; posteriormente, com a inteira reforma da execução com o advento da Lei 11.382/2006, chamada terceira fase e, finalmente com o advento do NCPC, a Lei 13.256/2016 foi criada para disciplinar o processo e o julgamento dos recursos extraordinário e especial, dentre outras medidas.

A ciência processual, em face do seu caráter instrumental, tem despertado no limiar deste século um incontestado interesse dos estudiosos do direito para encontrar um sistema que resulte na real eficácia e efetividade na aplicação das normas positivas que a regem, tudo associado ao fenômeno da celeridade que marca a época atual.

A pretensão das correntes doutrinárias é no sentido de apresentar sugestões que ajudem a amenizar a crise vivenciada pela demora na entrega da prestação jurisdicional.

A efetividade das normas processuais é um problema que está a desafiar a ciência que as agasalha, por representar, na atualidade, um dos principais anseios da cidadania.

A respeito, Humberto Theodoro Júnior anotou que:

Superada a fase científico-dogmática, passou-se à determinação e valorização de seus verdadeiros e definitivos objetivos, para com estes proceder à adequação dos conceitos e princípios até então fixados e analisados estaticamente. Enfrentou-se, então, a dinâmica do processo, visto que, após um século de ciência a seu respeito,

⁹² Não se ignora que houve outras leis nessa tentativa de dar maior efetividade ao processo, como por exemplo as Leis: 11.187/2005 (recurso de agravo); 11.276/2005 (súmula impeditiva de recursos) e 11.277/2006 (julgamento de processos repetitivos); e, Lei 11.280/2006 (reconhecimento de ofício da incompetência relativa e da prescrição e a previsto de atos processuais por meios eletrônicos).

pouco ou nada a alterara quanto a sua eficiência prática em favor do titular de direito.

93

Essas manifestações buscam o fenômeno processual, visando aproximar seus institutos às necessidades e anseios da cidadania diante a insatisfação com referência aos resultados concretos do processo.

Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta em exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada com a presteza que se impõe.

Não se quer justiça do amanhã. Quer-se a justiça hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito de direito-garantia que a jurisdição representa.

A liberdade não pode esperar, porque, enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível. A vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se. A igualdade não pode aguardar, porque a ofensa a este princípio pode garanti a discriminação e o preconceito. A segurança não espera, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes a só ameaça que torna incertos todos os direitos.

Já que a melancólica lentidão da prestação jurisdicional além de frustrar direitos, também desacredita o Poder Público⁹⁴, especialmente o Poder Judiciário, e afronta os indivíduos, cabe ao Estado sua garantia, para que não só os direitos sejam efetivamente assegurados, mas também o processo adequado e o procedimento eficiente.

5.1 ACESSO À JUSTIÇA

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou

⁹³ Humberto Theodoro Júnior, em trecho de parecer apresentado para instruir litígio envolvendo as empresas Método Engenharia S.A. e Serra Azul Water Park S.A. de um lado e o Ministério Público do Estado de São Paulo de outro.

⁹⁴ Em sua visão de vanguarda Paula Batista já anunciava os males da demora do processo. Escreve ele: “Brevidade, economia e remoção de todos os obstáculos supérfluos, tais são as qualidades acessórias que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha; assim, todos os atos dilações, demoras e despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em dano do interesse particular e público. De feito, se uma imprudente prontidão pode dar causa a erros e injustiças, a prolongação de lutas judiciárias traz, para as partes, perda de tempo e de dinheiro, vexações e incertezas, incompatíveis com o repouso e a segurança das famílias, que a lei tem obrigação de defender. BATISTA, Francisco de Paula. Compêndio de teoria e prática do Processo Civil. Campinas: Russel, 2002. p. 88-89.

doutrinária e jurisprudencial e, no dizer de Mauro Capelletti e Bryant Garth traduz-se no mais básico dos direitos humanos⁹⁵.

O acesso à justiça é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios, e nesse sentido, quando se fala em acesso, não é só o imediato, mas também o mediato, este assim entendido, o acesso aos meios de prova, a celeridade etc. e nisso uma postura hermenêutica condizente com a realidade atual é de suma importância para realização do norte Constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXV.

A garantia de ingresso em juízo (ou do chamado “direito de demandar”) consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição).

A Constituição Federal de 1988 assegura, pois, no seu artigo 5º, inciso XXXV, o acesso à justiça como direito fundamental, quando assim proclama: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sob esse enfoque o direito à tutela jurisdicional efetiva, compreende o seu mais amplo aspecto, a começar pela tutela declaratória⁹⁶, passando-se pela tutela de urgência, até chegar à tutela executiva⁹⁷.

A Carta Magna protege, portanto, os direitos fundamentais em várias direções, e o processo, para assegurar esses direitos, há que contemplar as várias espécies de tutelas jurisdicionais com procedimentos variados segundo o grau de exigência do direito material⁹⁸, inclusive para inibir determinados atos, como apregoa Luiz Guilherme Marinoni ao tratar a efetividade como direito fundamental, quando assim arremata:

⁹⁵ Como afloram de suas palavras: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos a todos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

⁹⁶ Nesse passo, valemo-nos das palavras de Luiz Guilherme Marinoni, ao se referir função declaratória da atividade do juiz: “Ou seja, as três sentenças da classificação trinaría contêm *declaração*. A condenação e a constituição representam apenas “algo mais” que se agrega à declaração contida na sentença. A primeira, além de declarar o direito existente, aplica a sanção, abrindo oportunidade para ação de execução, enquanto que a segunda, após declarar, constitui uma nova situação jurídica”. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 15 janeiro. 2015.

⁹⁷ Como pontifica Fredie Didier Jr.: “Firmada a existência de um direito fundamental à tutela executiva, cumpre verificar de que modo isso repercute na atuação judicial. Em primeiro lugar, o magistrado deve interpretar esse direito como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia. Em segundo lugar, o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental”. DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. Revista de Processo, São Paulo, a. 29, n. 118, p. 9-28, nov.-dez. 2004. p. 12.

⁹⁸ A preocupação em adequar os procedimentos ao nível de exigência do direito material tem sido uma constante em Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, quando tratam da efetividade do direito e acesso à justiça como fundamentais: “O direito de acesso à justiça, que na verdade garante a realização concreta de todos os demais direitos, exige que sejam preordenados procedimentos destinados a conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, tempestiva e efetiva”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 65.

Em outros termos, o direito à tutela inibitória está contido na própria estrutura da norma que institui algumas espécies de direitos, pois não há como conceber a existência de norma que outorgue direito inviolável sem conferir direito à inibição do ilícito⁹⁹.

Uma tutela jurisdicional efetiva liga-se à ideia de realização do direito o que, na verdade, é a finalidade do processo de conhecimento com pretensão condenatória. Quando alguém ajuíza uma ação de reparação de danos, decorrente de acidente com veículo, ou por ação ou omissão do Estado, não quer somente ver declarado o seu direito, mas, acima de tudo, quer ver realizado o direito reconhecido na sentença, fazendo atuar a sanção com a modificação material no mundo fático.

Acompanhando essa tendência de alteração legislativa como meio para se obter efetividade do processo, a onda reformista, recentemente, chegou ao nível constitucional. A Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 08.12.2004, que trata da Reforma do Judiciário, em vários aspectos versa sobre a efetividade do processo judicial (e também administrativo). E tamanha foi a preocupação do legislador constitucional reformista, com a duração do processo e os meios para se obter uma tutela jurisdicional efetiva que, ao incluir o inciso LXXVIII, no art. 5º da Constituição Federal de 1988, o elevou a condição de direito fundamental¹⁰⁰.

Esses meios importam não só em instrumentos normativos processuais, com as técnicas¹⁰¹ que possibilitam a obtenção da tutela jurisdicional em tempo hábil, como também o reaparelhamento do Judiciário de modo geral com melhora de infra-estrutura, pessoal e financeiro.

Outras alterações constitucionais (EC 45/2004) de onde se extrai a preocupação com a efetividade do processo, agora não como direito fundamental, mas dele derivando, foi a inclusão dos incisos XII, XIII, XIV e XV no art. 93 da Constituição Federal de 1988. O inciso XII acabou com as férias coletivas dos juízes (exceto dos tribunais superiores); o inciso XIII trata da necessidade de adequar o número de juízes à demanda e à população; o inciso XIV trata da

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 182.

¹⁰⁰ Cujá redação é a seguinte: “Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

¹⁰¹ A necessidade de se impor procedimentos diferenciados, como espécie de técnica processual, de modo a possibilitar a tutela dos direitos, e um melhor acesso à justiça, levou Luiz Guilherme Marinoni à seguinte afirmação: “É fácil perceber as posições sociais legitimadoras da diferenciação dos procedimentos. Se o Estado possui o dever de viabilizar o acesso de todos à justiça (e aos bens sociais), não é difícil concluir que aqueles que merecem procedimentos (técnicas processuais) diferenciados são exatamente os que possuem dificuldades de enfrentar as formalidades do procedimento comum. Com base nessa idéia, por exemplo, foi instituído o procedimento dos Juizados Especiais”. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 15 fevereiro. 2015.

desconcentração e racionalização da prática de atos processuais, e o inciso XV da necessidade de distribuição imediata dos processos.

Noutra seara, um importante mecanismo de acesso à justiça adveio com a criação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de nº 9.099/95¹⁰². Inspirada com base no art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, sob os princípios da informalidade, simplicidade, oralidade, economia processual e celeridade, esse microssistema instrumental¹⁰³ tem-se mostrado eficaz no que se refere à efetividade.

São nas medidas voltadas à universalidade do processo e da jurisdição que reside o primeiro significado da garantia constitucional do controle judiciário e o primeiro passo para o acesso à justiça.

Essa garantia não é um fim em si mesma. A progressiva redução do rol dos conflitos não é jurisdicionáveis e das pessoas sem acesso ao Judiciário seria coisa sem muito significado social e político se não existisse a garantia do devido processo legal, que por um de seus possíveis aspectos é a expressão particularizada do princípio constitucional da legalidade, enquanto voltado ao processo. Constitui segurança para todos os sistemas de limitações ao exercício do poder pelo juiz, de deveres deste perante as partes e de oportunidades definidas na lei e postas à disposição delas, para atuação de cada uma no processo segundo seu próprio juízo de conveniência (regras sobre procedimentos, provas, recursos, etc.).

A efetiva observância dessas limitações e deveres, mais a oferta dessas oportunidades mediante a racional interpretação e efetivação das regras formais do processo, são inerências da legalidade do Estado-de-Direito. As partes têm verdadeiro direito ao processo, corporificado nessas regras formais do sistema processual e garantidas a nível constitucional mediante a explícita adoção da cláusula *due process of law*.

Compreende-se facilmente, ainda, que sequer essa solene garantia constitucional de legalidade vale por si própria, mas como penhor da observância de algo de maior significado substancial, que é o contraditório processual.

¹⁰² Sobre a criação do Juizado Especial, como instrumento de acesso à Justiça e efetividade do processo, inclusive em face dos entes públicos, v.: GRECO, Leonardo. O Acesso ao Direito e à Justiça. *Juris Poiesis*: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, p. 51-70.

¹⁰³ Terminologia usada por Joel Dias Figueira Junior de Maurício Antônio Ribeiro Lopes, que, também, enfatizam o Juizado Especial como instrumento para solução rápida e efetiva na atuação do direito: “Com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, de 26 de setembro (DOU, de 27.09.95, p. 15.034-037), que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou ainda melhor, um microssistema de natureza instrumental e obrigatório destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja a respeito de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu funcionamento técnico-procedimental”. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 27.

O cumprimento do devido processo legal, que legitima os provimentos jurisdicionais, legitima-os justamente porque a experiência mostra ao constituinte, ao legislador, ao juiz e a todos, que a observância dessas regras é o caminho mais seguro para a efetividade do contraditório. É indispensável todo o sistema de informe às partes sobre os atos processuais do juiz, dos seus auxiliares e da parte contrária adequadamente, gerando situações novas, de sua conveniência. É indispensável, também, que entre as partes e o juiz se instale no processo um diálogo construtivo, no sentido de melhor instrução daquele para decidir. Informação mais reação com diálogo – eis a receita do contraditório, segundo a sua mais moderna conceituação.

Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à ideia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes - todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça.

Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.

Tal é o significado substancial das garantias e princípios constitucionais e legais do processo. Falar da efetividade do processo, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça.

O que recebe destaque, agora, é a necessidade de incrementar o sistema processual, com novos instrumentos e técnicas para o manuseio dos velhos, com adaptação das mentalidades dos profissionais à consciência do emprego do processo como instrumento que faça justiça às partes e que seja aberto ao maior número possível de pessoas, pois cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos pleitos.

5.2 AS TUTELAS JURISDICIONAIS DE URGÊNCIA

Como alternativas para superação do mais pernicioso mal do processo, qual seja, o tempo¹⁰⁴, que repercute diretamente na efetividade do direito, buscou o legislador mecanismos capazes de senão eliminá-los, ao menos reduzi-los ao mínimo possível e tolerável, criando as tutelas de urgência (antecipação da tutela, introduzida de modo mais direto com reforma processual 94/95 e a tutela cautelar, já existente anteriormente)¹⁰⁵.

Por tutelas de urgência deve-se a necessidade de proteção daquelas situações em que o retardamento na prestação jurisdicional, pode acarretar danos irreparáveis às partes. Nesses casos, se a lesão ao direito ou a ameaça dele se concretizar, já não mais será possível o restabelecimento da ordem jurídica violada, ao menos com o resultado útil e desejado.

As tutelas de urgência giram, pois, em torno do eixo comum: a necessidade de se preservar o processo dos males deletérios da demora na prestação jurisdicional, em face do perigo de dano, quando haja o mínimo de viabilidade na pretensão de urgência cujo bem jurídico se pretenda preservar. Referindo-se à tutela cautelar e antecipação da tutela como espécie das tutelas de urgências, Humberto Theodoro Júnior assim escreve:

Todas essas medidas formam o gênero “tutela de urgência”, porque representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano à efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, visto que tem, antes do provimento de mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa.¹⁰⁶

O processo, pela sua própria estrutura, com prazos os mais das vezes fixos, com recursos e formalidades exagerados, com a necessidade de se preservar o próprio contraditório, é lento. Com isso, surgiu a necessidade de se procurar soluções capazes de atender a tal desiderato, ou seja, minimizar as conseqüências dessa demora, já que no dizer de Barbosa Moreira:

¹⁰⁴ Referindo-se aos males do retardamento e ao tempo inimigo como justificadores das providências de urgência, Cândido Rangel Dinamarco relega a segundo plano a importância da busca da distinção entre as medidas cautelares e antecipação de tutela, quando a certo momento assim proclama: “A realidade sobre as quais todos esses dispositivos opera é o *tempo como fator de corrosão dos direitos*, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo” (In DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2003. p.55).

¹⁰⁵ Valem os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque, quanto as providências de urgências, aí incluídas a tutelas cautelares e antecipatórias, como garantia de efetividade de tutela jurisdicional: “Verifica-se que tanto a cautelar antecipatória quanto a tutela sumária não cautelar podem ter o mesmo objetivo, qual seja, assegurar a efetividade da tutela jurisdicional” (In BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumarias e de Urgências (tentativa de Sistematização). 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 154).

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Jurisdicional de Urgência. Medidas Cautelares e Antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 4.

Numa época em que se torna cada vez mais célere, para não dizer vertiginoso, o ritmo das atividades humanas, assume particular gravidade o problema do tempo necessário à realização do processo.¹⁰⁷

Nesse sentido, havia necessidade de possibilitar a parte litigante em juízo, meios para superação do obstáculo causado pela morosidade e lentidão da justiça, frente a necessidade de se obter rapidamente o objeto de sua pretensão de forma antecipada (antecipação da tutela), ou a garantia do resultado útil e eficaz do processo em caso de concessão ao final (medida cautelar), a providência jurisdicional desejada, de forma que, como diz Humberto Theodoro Júnior, cada uma opera em terreno diferente:

O que, no sistema de nosso Código de Processo Civil, distingue as espécies “tutela cautelar” e “tutela antecipada”, é o terreno sobre o qual a medida irá operar. As medidas cautelares são puramente processuais. Preservam a utilidade e eficiência do provimento final do processo, sem, entretanto, antecipar resultados de ordem do direito material para a parte promovente. Já a tutela antecipatória proporciona à parte medida provisoriamente satisfativa do próprio direito material cuja tutela constitui objeto da tutela definitiva a ser provavelmente alcançada no provimento jurisdicional de mérito.¹⁰⁸

Mas tudo isso ligado a ideia principal do perigo dano irreparável na demora da prestação jurisdicional, aliada a um mínimo de viabilidade jurídica da pretensão, posta ou a ser posta em juízo, conforme se trate de antecipação da tutela ou medida cautelar, que tanto pode ser incidental ou preparatória.

No âmbito das tutelas de urgências, pois, temos a tutelar cautelar e tutela antecipatória¹⁰⁹, esta advinda com reforma processual operada em 1994/1995 e posteriormente com a segunda parte da referida reforma com as leis 10.352, 10.358 e 10.444, as quais se aproximam por diversas similaridades ainda que com naturezas diferentes, o que tem levado a um tratamento de gênero a espécie. Como pensa João Batista Lopes:

A tutela cautelar apresenta pontos de semelhança com a tutela antecipada o que têm levado parte da doutrina a aproximá-las dando-lhes tratamento uniforme.

¹⁰⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 89.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência. Medidas Cautelares e Antecipatórias*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 5.

¹⁰⁹ José Roberto dos Santos Bedaque faz referência a tutela cautelar e tutela antecipatória como espécies do gênero de tutelas de urgência, como se percebe de suas palavras quando assim se expressa: “os provimentos antecipatórios urgentes são cabíveis em qualquer forma de tutela e podem antecipar totalmente os efeitos da tutela final. Essa circunstância confere à instrumentalidade, característica fundamental das cautelares, conotação pouco diversa daquela atribuída tradicionalmente a essa modalidade de tutela, se analisadas as medidas meramente conservativas” (*In* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumarias e de Urgências (tentativa de Sistematização)*. 3. ed. rer. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158).

Os traços comuns nessas duas espécies de tutela podem ser assim resumidos: a) ambas são tutelas de urgência; b) uma e outra têm caráter provisório; c) tanto a tutela cautelar como a tutela antecipada são concedidas *rebus sic stantibus* e, portanto, são revogáveis a qualquer tempo; d) nas duas, a cognição é sumária; e) em ambas, não há coisa julgada material.¹¹⁰

A dificuldade de harmonização da questão rapidez-segurança, advinda do repúdio às formas de tutela sumária, ocorrida já no direito medieval, e da conseqüente tentativa de universalização do procedimento ordinário, foi, sem ressaibos de dúvida, a força geradora da propulsão assustadora que tomou conta do recém-criado processo cautelar.

O processo cautelar, como é cediço, não só no Brasil, mais também na França e na Itália, transformou-se em técnica de sumarização, e, em última análise, em remédio contra a ineficiência do procedimento ordinário, cuja estrutura, como sabemos, de há muito se encontra superada. A utilização indiscriminada da tutela cautelar, portanto, surge como uma conseqüência da superação do procedimento ordinário, e da tendência, daí decorrente, à busca de tutelas sumárias, ou diferenciadas, entendidas estas como aptas à obtenção de uma sentença rápida e capaz de tornar efetivo o direito material.

A proliferação das medidas cautelares nada mais é do que fenômeno oriundo das novas exigências de uma sociedade urbana de massa, que torna inaceitável a morosidade jurisdicional imposta pelas formas tradicionais de tutela. Deveras, a não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade, e as novas necessidades advindas do dinamismo do mundo moderno, fez com que afluíssem as frustrações psicológicas do homem, hodiernamente tão marcado pela ideia de imediatidade.

Fritz Baur apresenta quatro grupos de causas que contribuem para a expansão da tutela cautelar:

- a) aquelas provenientes do condicionamento da civilização (necessidade de tutela imediata em face das novas exigências da sociedade hodierna);
- b) combinação de fatos psicológicos (falta de common sense e crença na autoridade);
- c) necessidade social de proteção ao mais fraco;
- d) deficiências do procedimento ordinário¹¹¹.

¹¹⁰ LOPES, João Batista Lopes. Tutela Antecipada: Reversibilidade dos Efeitos do Provimento e Princípio da Proporcionalidade. Vol. 815, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

¹¹¹ BAUR, Fritz. Tutela Jurídica mediante medidas cautelares. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 15-7.

Neste contexto insere-se da problemática do uso imoderado das medidas sumárias antecipatórias, sendo a situação – olhada através de uma lente jurídico-social – peculiar ao nosso tempo, pois se à época de Chiovenda e Calamandrei tinha-se a tutela cautelar como um instrumento excepcional, hoje, o panorama é inverso, motivo pelo qual o uso constante e crescente das vias de cognição sumária – que constitui questão sobremaneira difícil e delicada – está a exigir dos estudiosos do processo civil profunda meditação.

Não mais podemos ficar atrelados às figuras processuais desenhadas pelos processualistas que viveram outra época; é mister o desenvolvimento de tutelas alternativas, pois devemos tomar consciência, de forma definitiva, de que “se o resultado de seu funcionamento deve situar-se a uma distância mínima daquele que produziria a atuação espontânea das normas substantivas¹¹²”.

Se o tradicional processo cautelar como era tratado no antigo CPC, mesmo com suas mudanças diante do NCPC não trazerem inovações efetivas, não poderá, sozinho, preencher os espaços para que tal meta seja atingida, outras vias de tutela devem ser estabelecidas. Desta forma, aliás, poderíamos controlar a epidemia da utilização indiscriminada das medidas cautelares em nossa prática forense. É que as novas formas de tutelas diminuiriam, pelo menos em parte, os reclamos à tutela jurisdicional cautelar.

O que se tem em vista da inovação trazida pelo NCPC acerca do processo cautelar é que sua finalidade é visar maior fungibilidade das tutelas de urgência, as quais foram agrupadas como espécies, com ênfase para a tutela de urgência cautelar e satisfativa, dispondo que a concessão de tutela de urgência, terá como requisitos elementos que evidenciam a verossimilhança do direito, assim como a constatação do risco e dano irreparável ou de difícil reparação, conforme preceitua os parágrafos do anteriormente citado artigo 300 do NCPC.

As tutelas diferenciadas, em verdade, devem situar-se como contrapartida ao direito à adequada tutela jurisdicional, que representa, numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, hoje albergado no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Realmente, o processo civil deve ser visto como uma espécie de contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela; contrapartida esta que deve traduzir na predisposição de meios de tutela jurisdicional adequados às necessidades de tutela das particulares situações de direito substancial.

¹¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de Direito Processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200.

Assim, se o mundo empírico nos oferecesse a proposição de que o procedimento ordinário não pode corresponder à ideia de efetividade do processo, e se é certo que a tutela cautelar passou a ser utilizada como instrumento de sumarização, não podemos deixar de pensar em formas alternativas de tutela sumária, próprias para eliminar situações urgentes, que no momento são espancadas via processo cautelar.

Porém, como demonstra o professor Kazuo Watanabe, para visualizar-se tutelas aptas à concretização da efetividade do processo, precisamos ter em mente que:

[...] se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento, como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação da tutela, à intensidade amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos ¹¹³.

5.3 O PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO (MODO DE SER DO PROCESSO)

A questão que envolve o procedimento, relativamente ao propósito de racionalidade do sistema processual, desaguarda por a toda a teoria do processo como instituto jurídico, malgrado a intenção de se buscar somente as vigas mestras e tendências fundamentais.

Sob essa ótica poder-se-ia reduzir em três os temas de interesse vital, relacionados com o modo de ser do processo, para a presente investigação: contraditório, prova e o procedimento. É verdade que nenhum deles pode ser tratado de maneira absoluta e nem se pode pretender que não haja interpenetração de um ao outro, mas a consideração desses três pontos repercutirá no grau de efetividade da tutela jurisdicional através do processo.

O contraditório é, resumidamente, a garantia de participação, não dialética, como se pensava outrora, mas dialógica, como se fala no presente, e que não se restringe ao processo jurisdicional, mas se traduz na essência do próprio regime democrático. A participação efetiva, com o direito a provas, é que legitima todo processo político e o exercício do poder.

A dialógica do processo, que aspira à fonte de luz sobre a verdade perseguida, consiste na cooperação intensa entre o juiz e os demandantes, seja para a descoberta da verdade relativa aos fatos que não conhecíveis a priori; seja para o bom entendimento da causa e da verdadeira pretensão das partes; seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado

¹¹³ WATANABE, Kazuo. Da Cognição no processo civil. São Paulo: RT, 1987, p. 19.

enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. Sob essa ótica, qualquer cerceamento de defesa constitui lesão ao contraditório.

O nível de participação do juiz na realização do processo é outro ponto sensível relativo ao modo de ser deste. Nos regimes constitucionais, marcados pelo estado democrático de direito e busca do bem-comum, o processo recebe sopros publicistas que impõem a presença do juiz atuante¹¹⁴.

O sistema processual a luz do revogado Código de Processo Civil de 1973, era assim, onde a todo momento é preciso lembrar que os juízes são os condutores do processo, não porém, com mera atitudes de espectador, devendo intervir toda vez que se desviar do seu verdadeiro caminho, na busca da realização da justiça.

Essa postura do juiz, diante dos fatos a apurar, constitui fator favorável a boa instrução do processo e, conseqüentemente, um importante elemento positivo à efetividade dos seus resultados institucionais, uma vez que esse contato com as partes, com os seus patronos e com as fontes de prova (imediaticidade), mais a saída da condição passiva de espectador¹¹⁵, são dados importantes e significativos dessa atitude.

Era preciso, entretanto, ter em mente a necessidade do equilíbrio dessa liberdade de participação no processo, que era expansivo e absorvente, com outro contraponto, que é o princípio do dispositivo, e que aconselhava a prudência judicial, para conciliá-los na busca das vantagens de ambos, sem que isso pudesse prejudicar o requisito da imparcialidade do julgador.

O procedimento era o sustentáculo que funcionava como fator de coesão do sistema¹¹⁶, impondo a condução do processo sobre as linhas dessa conveniente participação do juiz e das partes (aqui, incluído o Ministério Público). Nesse sentido, os procedimentos, em dada ordem processual, eram aqueles que a lei instituía. Era a lei que dava a cada procedimento que instituía as destinações que entendiam.

Disso resultava todo o interesse pela *adequação* do procedimento, que num primeiro momento se punha ao legislador, para as suas determinações tomadas segundo critérios de conveniência; depois ao demandante, para a escolha correta no momento de ir a juízo; e finalmente ao juiz, para o reconhecimento ou negação da correspondência entre o procedimento indicado pelo demandante e o correto.

¹¹⁴ Por juiz atuante não se deve entender, evidentemente, um juiz tendencioso, sob pena de ofensa à maior das garantias de um julgamento justo para as partes: a imparcialidade.

¹¹⁵ Lembre-se que o art. 130 do CPC permite ao juiz a determinação de prova de ofício, toda vez que ela for imprescindível para o desate da demanda e justiça da decisão.

¹¹⁶ Para Elio Fazzalari o procedimento estão tão intrinsecamente ligado à idéia de processo que o concebe como o procedimento em contraditório. São deles as seguintes palavras: “Como repetido, o “o proceso” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”. FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual. p.118/119.

Desse modo, a efetividade do processo estava intimamente ligada ao modo como se dava curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação ativa do juiz, sendo os primeiros admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto era possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles.

O direito a luz do NCPC, demonstrou que vem superando a concepção de que a busca da verdade no caso concreto seria um subproduto de um processo cujo objetivo é resolver a lide entre as partes e somente no interesse particular delas.

A decisão justa passou a ser encarada como finalidade do processo e, em consequência disso, houve a moderação do princípio do dispositivo e ao juiz foi conferido o dever de garantir a efetividade na tutela dos interesses discutidos no processo. Assim, aquele magistrado passivo e inerte não mais se fundamenta.

Nessa nova concepção, o processo civil está mais concentrado com a obtenção da resolução no caso concreto e de uma decisão justa. No entanto, isso não quer dizer a defesa de um processo autoritário. O que se reputa, em verdade, é na imprescindibilidade de um juiz com poderes instrutórios autônomos, que preze as garantias processuais no âmbito de um sistema político democrático.

Para que seja delineado o papel do juiz no atual processo civil é essencial a harmonização entre o dispositivo, segundo o qual o processo é visto como campo exclusivo das partes; o inquisitório/direção do processo, segundo o qual se releva o interesse público na resolução do litígio privado; e a cooperação, que pressupõe que a rápida e justa decisão é comum a ambas as partes. Essa harmonização constitui-se em um processo flexível, que garanta o direito das partes e que tenha um juiz condutor e gestor do processo.

Assim, tal postura proativa do magistrado no processo, se mostra clara a exemplo quanto à produção de provas, onde o juiz ativo, mesmo que produzindo provas de maneira autônoma, irá prezar pelos direitos e garantias que são assegurados às partes no processo, antes essa produção era feita por iniciativa própria, sendo tais provas produzidas de ofício, negando às partes direitos e garantias, o que se levava a uma ideia de autoritarismo e não de ativismo como é a postura adotada atualmente.

O nível dessa participação de todos se traduz em fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito.

Por outro turno, a celeridade com que todo procedimento deve desenvolver-se e que constitui marca fundamental de alguns, são fatores de maior efetividade no campo social e no

político, seja para pacificar logo, seja para obter enérgico repúdio aos atos ilegais do poder público.

5.4 APEGO EXAGERADO À LEI E ÀS FORMALIDADES LEGAIS

A preocupação excessiva com a autonomia do direito processual e o conseqüente apego exagerado às formalidades legais¹¹⁷, sem ter por mira de precisão a justiça, é uma herança do positivismo jurídico¹¹⁸. Embora tivesse ganhado força no século dezenove, deixa suas raízes em Platão e posteriormente foi reformulado por Aristóteles, segundo a concepção de que um governo de leis era melhor do que um governo de homens.

No momento em que as revoluções burguesas do século dezessete e dezoito enterraram o absolutismo, trouxeram outra bandeira, a do legalismo, que foi exaltada como a garantia da justiça contra o arbítrio. Em Montesquieu (*Do espírito das leis*) já se verifica a ideia do primado da lei, e uma distinção entre uma Lei política e uma lei civil, não sendo admissível um relacionamento humano fora da lei, a qual todos estavam subordinados, segundo o germe da igualdade e a da liberdade.

Todavia, a lei de que falavam Montesquieu e os primeiros liberais era a lei natural numa concepção racional. Mas o que verdadeiramente aconteceu foi a prevalência apenas da lei formal, fabricada inflacionariamente pelos Legislativos, sem a preocupação real com a justiça, os direitos fundamentais e os interesses sociais. No entanto, nem mesmo a subordinação à razão prevaleceu. Antes ao contrário, durante o século dezenove verificou-se uma deformação dessas

¹¹⁷ O formalismo processual vem de longe, como afloram das palavras de Carlos Alberto Oliveira para quem “a história do direito processual, apesar dos naturais e inevitáveis retrocessos, marchas e contramarchas, aponta a um ciclo ascendente de evolução, que chamaria de helicoidal. Esse ciclo se inicia em épocas recuadas no tempo com um formalismo de caráter simbólico e religioso. Prossegue com o formalismo excessivo e exagerado na Idade Média, até atingir uma progressiva humanização, contemporânea ao racionalismo e ao iluminismo, com a lenta aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Efetividade e processo de conhecimento*. p. 4. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28 fevereiro. 2015.

¹¹⁸ Tal afirmação justifica-se pelo fato de o positivismo ter reduzido o direito à lei, e a atividade dos juízes e outros operadores tornou-se uma aplicação mecânica das normas jurídicas, consoante se verifica das palavras de Luiz Guilherme Marinoni: “Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e da responsabilidade dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na Universidade e na elaboração doutrinária”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/<texto.asp?id=6550>> . Acesso em: 25 janeiro. 2015.

concepções que, de algum modo, sujeitavam todos os seres humanos a regras objetivas, iguais para todos.

Diante desse quadro, fica evidente que o juiz escravo da lei, tem grande possibilidade de ser, na realidade, escravo dos compradores de leis cuja legitimidade e desvirtuamento descambaram para outra realidade diversa da vontade popular como se verificou no recém episódio denominado “mensalão”.

E esse legalismo formal afastou o direito da justiça¹¹⁹, e foi agravado na América Latina pela influência, ainda hoje muito forte, de Hans Kelsen, teórico nascido em Praga e que realizou seus estudos e desenvolveu suas teorias em Viena. O Brasil e porque não dizer, toda América Latina, sofreram influência Kelsiana.

No Império Austro-Húngaro após a Primeira Guerra Mundial, Hans Kelsen exerceu influência política e deu contribuição muito importante para que a Constituição penetrasse no mundo jurídico, com a mesma força que existia no mundo político. Prosseguindo na linha desenvolvida por vários juristas alemães, que procuraram enquadrar juridicamente as ações do governo e da administração pública e do Estado, atribui-se a Hans Kelsen o desenvolvimento da teoria constitucional tendo por base a Constituição como lei fundamental e suprema do Estado e condicionantes de toda a legislação.

A contribuição político-jurídica de Kelsen repercutiu decisivamente com sua influência para a criação e a fixação das competências de uma Corte Constitucional.

No entanto, apesar da importância desta contribuição, o que se divulgou na América Latina, inclusive no Brasil, foi sua concepção “normativista” do Direito, defendida e aplicada de modo apaixonado por juristas e profissionais do Direito, muitos dos quais se revelaram mais radicais que o autor da teoria. De qualquer modo, criou-se e ainda se mantém um “Kelsenismo” que exerceu e continua exercendo grande influência, razão pela qual é importante conhecê-lo.

Com essa intenção de “purificar” o pensamento jurídico e livrá-lo das antigas especulações filosóficas abstratas, bem como da influência então crescente da sociologia, Kelsen construiu uma “teoria pura do direito”, ou teoria normativa, que afastou os fundamentos filosóficos e sociais e reduziu o Direito a uma simples forma, que aceita qualquer conteúdo¹²⁰.

¹¹⁹ Com isso não se está advogando aqui a prevalência do direito alternativo, onde se corre o risco de arbítrio e ditadura do Judiciário. A lei ainda há de ser a melhor baliza, mas sempre voltando-se os olhos, principalmente quando se fala da norma processual, para os fins sociais a que se destina, segundo as diretrizes da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro.

¹²⁰ Aliás, Bobbio vê o formalismo como característica da definição do direito quando diz: “A definição do positivismo (em senso estrito) e a do realismo jurídico, em sua diversidade, têm um elemento em comum: são definições anti-ideológicas, definições que não fazem referência a valores ou fins que seriam próprios do direito. Mais adiante, arremata: “Este modo de definir o direito pode ser chamado de *formalismo jurídico*; a concepção formal do direito define por tanto o direito exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo – isto é, considera somente *como* o direito se produz e não o *que* ele estabelece. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico, Lições de Filosofia do Direito. pp. 144/145.

Este aspecto é contraditório na obra de Kelsen, pois em sua teoria o fundamento primeiro do Direito é uma “norma fundamental hipotética”, que, segundo ele próprio, poderia ser a ideia de justiça¹²¹.

Por esse modo, a procura do justo foi eliminada e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o Direito a uma superficialidade mesquinha. Esta concepção do Direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do Direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.

Com todo esse cenário, está-se a dizer que a simples mudança de leis ou do corpo do Código de Processo Civil de 1973, com as mudanças operadas, a última delas com a Lei 11.382/2006, que mudou profundamente a execução, bem como que o advento do Novo Código de Processo Civil, que já sofreu alterações disciplinadas pela Lei nº. 13.256 do corrente ano, com o escopo de alterar o processo e o julgamento dos recursos extraordinário e especial, dentre outras providências, não são suficientes para afastar o fantasma do formalismo. É preciso uma mudança de mentalidade interpretativa, daí a sua importância para a efetividade do processo e das normas jurídicas.

É por este caminho do formalismo excessivo, originando do positivismo jurídico de Kelsen e que reduz o direito à norma, que os Tribunais de Justiça se reduzem a Tribunais de Legalidade e a magistratura perde a grandeza que lhe seria inerente se os juízes realmente dedicassem sua vida a promover justiça, por certo sem se afastar da norma, mas impingindo-lhe a real orientação dos fins sociais a que ela destina.

Por essa ótica, é indispensável esta reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja uma forma legal de promover injustiça. O excesso de apego à legalidade formal pretende, consciente ou inconscientemente, que as pessoas sirvam à lei, invertendo a proposição razoável e lógica segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade e como tais devem basear-se na realidade social e serem conformes a esta. Do mesmo modo, a valorização exagerada de autores e doutrinas, característica de uma das expressões do racionalismo do século dezenove denominadas “dogmatismo”, induz a contradição semelhante, pois pretende que a criatura humana se adapte à racionalidade intelectual, mesmo que isto represente uma

¹²¹ Porém, do cerne de seu pensamento, fica sempre claro a idéia de que a norma jurídica positiva é ponto essencial a partir do qual se deve conceber a justiça ou injustiça, como se vê em sua fala: “Uma norma jurídica positiva não pode, por conseguinte, ser injusta, nem a partir de um dos pontos de vista, nem a partir do outro”. KELSEN, Hans. A justiça e o Direito Natural. p. 46.

agressão às pessoas reais e concretas. Ao contrário dessas distorções, os juízes e todo o aparato judiciário devem atuar visando proteger e beneficiar a figura humana, procurando assegurar a justiça nas relações entre as pessoas e os grupos sociais.

Finalizando, recomendável frisar que o presente trabalho de pesquisa desenvolvido é de caráter, quanto ao objetivo, exploratório e explicativo.

Segundo Gill (2002, p. 41) “as pesquisas podem ser classificadas como explicativas, descritivas e exploratórias”.

Para Gill (2002, p. 420), “a pesquisa explicativa tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para ocorrência dos fenômenos”, segundo o autor, esse é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão, o porquê das coisas.

Para Andrade (2001, p. 25), “é um tipo de pesquisa mais complexo, pois, além de registrar, analisar e interpretar os fenômenos estudados procura identificar seus fatores determinantes, ou seja, suas causas”.

A pesquisa também pode ser caracterizada, quanto a procedimentos técnicos, como bibliográfica, pois houve necessidade de uma busca de algo já publicado com tratamento científico em livros e revistas especializadas, para um conhecimento maior sobre o assunto.

Gill (2002, p. 44), por fim, entende que “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em um material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”.

CONCLUSÃO

A metodologia aplicada na realização da presente pesquisa consistiu em uma análise bibliográfica do tema em análise desde sua constituição histórica até os efeitos surtidos e vislumbrados na atualidade.

Iniciar-se-á a abordagem através de levantamento de dados bibliográficos pertinentes a matéria, a fim de se consolidar a fundamentação teórica da pesquisa, objetivando o maior aprofundamento na questão ora discutida, destacando a contribuição teórica das obras elencadas na bibliografia, necessárias ao entendimento e fundamentação da problemática.

Ato contínuo, de forma sucinta, foram delineados e apresentados os elementos de convicção obtidos no decorrer da pesquisa, analisados e sopesados, chegando-se à conclusão de que a solução ideal para composição dos conflitos de interesses ainda está por vir, mas pode-se, repensando os paradigmas de interpretação, adotarmos posturas diferenciadas, de modo a tornar mais efetivo o processo, sempre que se volte a ideia para que a norma de direito processual é instrumental.

A reflexão e análise demonstram que para se tornar o processo mais efetivo, não basta a mudança de sistema legislativos, os quais sem dúvidas, são importantes, mas não é só isso, posto que a interpretação sempre anda adiante da elaboração legislativa. É necessário, pois, avançar.

De outro lado, sempre que se volta os olhos para as normas processuais, haver-se-á de vê-las como instrumento a serviço do direito, mas sempre balizados nos limites da Lei, e não produzindo, a pretexto, a tarefa própria do legislativo, sob pena invasão indevida em funções para as quais o Judiciário não está autorizado.

Existe uma estreita relação entre a atividade interpretativa da norma processual, de caráter instrumental e a efetividade do processo. A atividade interpretativa visa a desvendar o alcance da norma jurídica processual, mas com vistas a um alcance voltado para uma finalidade de compor a lide e em última análise a pacificação social.

Desse modo, a atividade jurisdicional, requer uma visão finalista por parte dos operadores do direito, principalmente daqueles agentes incumbidos da prestação jurisdicional, com o máximo de resultado e o mínimo de gasto de tempo e dinheiro, porque sabidamente a demora provoca prejuízos e desgastes emocionais e gera descrédito na Justiça.

Quadra registrar, nesta altura, que é de suma importância a interpretação na realização da efetividade da tutela jurisdicional e que as soluções passam por uma postura e mentalidade frente as situações atuais, quando cada vez aumentam o número de demandas a serem compostas pela Estado.

Já se avançou muito no caminho da busca por processo efetivo, como ocorreu com a chamada reforma processual, em sua primeira fase, de 1.994/1995, e ademais, com o advento das Leis 10.352, 10.358 e 10.444, e recentemente com o advento da Lei nº 13.256/2016, que já veio incorporar mudanças no Código de Processo Civil de 2015, todas com vetor direcionado para a efetividade do processo, cabendo agora, aos intérpretes, delinearem o seu conteúdo pautados com o mesmo espírito orientador para se caminhar na tentativa frutífera, porém contínua, para atingir talvez, a utópica prestação jurisdiciona que atenda aos anseios sociais em sua plenitude, preocupação constante dos estudiosos das ciências processuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Campinas: Bookseler, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Ícone Editora, 2002.

ÁVILA, Humberto, Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. São Paulo: Revista de Direito Tributário, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. **As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios. O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A nova interpretação constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de teoria e prática do Processo Civil**. Campinas: Russel, 2002.

BAUR, Fritz. **Tutela Jurídica mediante medidas cautelares**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumarias e de Urgências (tentativa de Sistematização)**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo. Ícone Editora, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**. São Paulo: SARAIVA, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **As reformas processuais e as correntes do moderno pensamento**. Revista Jurídica e Social, p. 52, 1907.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russo Mano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIDIER JR., Fredie. **Esboço de uma teoria da execução civil**. Revista de Processo, São Paulo, a. 29, n. 118, p. 9-28, nov.-dez. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. University of Chicago Law Review, 1997.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Campinas: Bookseller, 2000.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. São Paulo: Revista Jurídica e Social, p. 68/69.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO, Leonardo. **Tutela jurisdicional específica**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, v. 23, p. 75-76, fev. 2005.

_____. **O Acesso ao Direito e à Justiça**. *Juris Poiesis*: Revista do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

KELSEN, Hans. **A Justiça e o direito Natural**. Portugal/Coimbra. Almedina, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1986.

LOPES, João Batista Lopes. **Tutela Antecipada: Reversibilidade dos Efeitos do Provimento e Princípio da Proporcionalidade**. Vol. 815, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Costa. **Novo CPC – Sintetizado e Resumido**. São Paulo: 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 15 janeiro. 2015.

_____. **A jurisdição no Estado constitucional**. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 25 janeiro. 2015.

MIRANDA, Pontes. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 2005.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências contemporâneas do direito processual civil**. *Revista de Processo*: São Paulo, v. 31, jul/set de 1983.

_____. **Temas de Direito Processual**. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de Processo**, n. 74, 126-137, abr./jun. 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Efetividade e processo de conhecimento**. p. 4. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 28 fevereiro. 2015.

PEIXOTO, J. C. Carlos. **Curso de Direito Romano**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Campinas: Bookseller, 1987.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTIAGO, José Maria Rodriguez de. **A ponderação dos bens e interesses no direito administrativo**. São Paulo: Ícone Editora, 2000.

SCHONKE, Adolf. **Direito Processual Civil**. Campinas: Romana, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SOUZA NETO, Cláudio de Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1989.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, volumes 1 e 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Jurisdicional de Urgência. Medidas Cautelares e Antecipatórias**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Universitária de Direito, 1991.

VIGO, Rodolfo L. **Os princípios jurídicos – perspectiva jurisprudencial**. São Paulo: Universitária de Direito, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo. Malheiros, 1993.