

PROTO-FILTROS-CONCEITUAIS PARA LEITURA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

Danilo Nascimento Cruz*

Lestas digressões propositivas têm por escopo estabelecer uma abertura para um horizonte hermenêutico na leitura do NCPCB/2015

PARTE I

Bem..., partiremos nestas digressões sob uma perspectiva ontológica.^{1 2}

* Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil junto ao Centro de Pós-graduação do CESVALE/PI; Pós-graduado em Direito do Estado (UCB/DF) e em Processo Civil (UNINTER/PR); Membro Efetivo da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL).

¹ “*A viragem hermenêutico-ontológica, provocada pela publicação de Sein und Zeit (Ser e tempo) por Martin Heidegger, em 1927, e a publicação, anos depois, de Wahrheit und Methode (Verdade e Método), por Hans-Georg Gadamer, em 1960, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica. A partir dessa ontologische Wendung (giro ontológico), inicia-se o processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência), os quais, de um modo ou de outro, até hoje têm sustentado as teses exegetico-dedutivistas-subsuntivas dominantes naquilo que vem sendo denominado de hermenêutica jurídica. Com efeito, um exame da doutrina e da jurisprudência do direito aponta para a continuidade do domínio da ideia da indispensabilidade do método ou do procedimento para alcançar a “vontade da norma”, o “espírito de legislador”, a “melhor resposta”, etc. No mais das vezes, continua-se a acreditar que o ato interpretativo é um ato cognitivo (daí a prevalência do sujeito solipsista) e que “interpretar a lei é retirar da norma tudo o que nela contém” (sic), circunstância que bem denuncia a problemática metafísica nesse campo de conhecimento. Na verdade, é possível perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Trata-se, pois, de um problema paradigmático.*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.)

Ontologicamente, processo é a situação jurídica complexa, plurissubjetiva, com sujeitos de posições jurídicas definidas, de natureza essencialmente garantística que, materializando e restringindo a jurisdição por seus atos documentados, a faz efetiva com o fim determinado de fazê-la eficaz.³

A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes. O processo assim concebido, permite que os jurisdicionados, os membros da sociedade que nele comparecem como destinatários do provimento jurisdicional, interfiram na sua preparação e conheçam, tenham consciência de como e porque nasce o ato estatal que interferirá em sua liberdade; permite que saibam como e porque uma condenação lhes é imposta, um direito lhes é assegurado ou um pretense direito lhes é negado.⁴

Porém, não possível traçarmos horizontes hermenêuticos para uma leitura do NCPCB/2015 sem contextualizá-lo às características da ciência jurídica no Estado Constitucional e sua metodologia.

² Para um aprofundamento na matéria, com viés jurídico, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2014. 439p.; STRECK, Lenio Luiz. *O que isto – decido conforme minha consciência*. 3ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2012. p. 11-19; - Para um aprofundamento na matéria, sem viés jurídico, ver: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, 598p.; HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 121-172. CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012. 244p.; NUNES, Benedito José Viana da Costa. *Heidegger & ser e tempo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2002. 60p.

³ GONÇALVES, William Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentado uma compreensão histórica, ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173.

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey. 2012. p. 149. Sobre as diversas escolas metodológicas do processo recomendo excelente monografia sobre o tema: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2011. 125p.

Inúmeras e importantes foram as alterações havidas no pensamento jurídico nos últimos anos, das quais três distintos grupos tiveram destacada importância: a) ciência do direito constitucional (*com o reconhecimento da força normativa da constituição; com a expansão e consagração dos direitos e garantias fundamentais e a expansão e consagração da jurisdição constitucional*); b) teoria da norma jurídica e c) hermenêutica jurídica. Tais alterações no âmbito do direito constitucional repercutiram sensivelmente na ciência do direito processual tendo por consecução o fenômeno da constitucionalização do direito processual, tema que será desenvolvido melhor adiante...⁵

Começemos pelo começo...!

O traço característico da constitucionalização do direito⁶ consubstancia-se pela irradiação do conteúdo substancial e valorativo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido das normas infraconstitucionais.

Alguns juristas já procuraram até mesmo elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do direito, dentre tais condições se incluem uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição; a “sobreinterpretação” da Constituição (*sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas*); a aplicação direta das normas constitucionais; a interpre-

⁵ DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador, BA: Jus Podivm. 2012. p. 150-151. Para aprofundamento no tema conferir as imprescindíveis obras: MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. 522p.; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático - Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, PR: Juruá. 2008. 286 p.

⁶ CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2010 - volume 13, n. 1, p. 205-224, mai. 2010.

tação das leis conforme a Constituição; a influência da Constituição sobre as relações políticas.⁷

Não obstante a importância de tal catalogação, o cerne de real importância para a compreensão do processo de constitucionalização do direito é o papel de implementação de uma ordem objetiva de valores.

Assim, não se permita confundir a presença de normas infraconstitucionais na Constituição com a real ideia de constitucionalização, qual seja a Constituição passa ser um filtro no qual deve passar todo o sistema jurídico, consagrando os valores nela insculpidos.

E como todo o ordenamento jurídico pátrio, o processo civil brasileiro também passou e ainda passa por um processo de constitucionalização.⁸

Não se vive mais a onipotência legalista positivista, tradição em nosso ordenamento jurídico como um todo, também assente no direito processual civil pátrio. Uma nova reinterpretação sob a ótica constitucional sobre o sistema de ritos cível

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006.

⁸ Os reflexos do movimento de constitucionalização do direito processual civil podem ser vistos já no anteprojeto do código de processo civil apresentado pelo presidente da comissão de juristas, ministro Luiz Fux (à época ainda do STJ). Seguem alguns destaques constantes na exposição de motivos: “*Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. (...) A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. (...) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. (...) Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material (...).*”

brasileiro permite observar quão comprometido está o processo civil pátrio com o Estado Democrático, com a tutela jurisdicional e com um Poder Judiciário eficiente.

A mudança de paradigma ocorrida na seara do Estado Constitucional, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico como filtro axiológico, promoveu o reposicionamento, com destaque, dos princípios na estrutura constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo, representa a repersonalização imposta a partir da Constituição de 1988 que deve levar em consideração a sua prevalência em relação às relações jurídicas patrimoniais.

Ora, se temos o homem como ator principal no centro desse filtro axiológico que é a Constituição Federal, é fatídico que todas as relações materiais que o tenha como sujeito devam ser, de alguma forma, asseguradas, e assim serão efetivamente, pelo direito processual.

Ocorre que o direito material mudou, a Constituição Federal de 1988 erigiu outra orientação. A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Trouxe para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegado ao seu final. Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e tem se denunciado, à evidência na doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimoniais ali afirmados. É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los.⁹

⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do processo: a virada do*

O direito processual, em especial o direito processual civil, mantém intrínseca relação com o direito constitucional, afinal, por se tratar de um ramo do direito público, necessariamente, muitos de seus institutos e princípios são tratados nas linhas basilares da Constituição Federal.

O processualista moderno adquire assim, a consciência de que como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.¹⁰

PARTE II

“...os sábios sabem de tudo, mas não tudo...”
Rosa Cabarcas.¹¹

Terminamos a “Parte I” destas digressões falando da constitucionalização do direito e de forma conseqüente da constitucionalização do direito processual civil.

Trataremos agora do direito de ação no estado constitucional.¹²

Falar em direito de ação é falar de um instituto de natureza constitucional basilar do direito processual; falar em direi-

paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Porto Alegre, 2005, f.251-252. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

¹⁰ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 25.

¹¹ Importante personagem no enredo do romance “Memória de minhas putas tristes” de Gabriel Garcia Marquez, descrita pelo autor como “...*dona de uma casa clandestina que costumava avisar aos seus bons clientes quando tinha alguma novidade disponível.*” MARQUEZ, Gabriel Garcia. *Memória de minhas putas tristes.* 25ª ed. São Paulo: Record. 2014. p.8.

¹² Conferir por todos: MARINONI, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo, Vol. I.* 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. 522p.

to de ação é falar em um instituto fundamental da ciência jurídica, e aqui está um detalhe muito importante, a necessidade de concebermos o direito como ciência.¹³

À época do estado liberal, o direito de ação era visto de forma restrita pois servia apenas como direito de pedir à jurisdição a realização do direito material não adimplido.

Vivia-se um momento de neutralidade da ciência processual e de plena dissociação do direito material. Esse distanciamento entre o direito processual e o direito material possibilitou o reconhecimento do direito processual enquanto ciência autônoma ao tempo que demonstrou o quão ineficaz é o processo (meio), apartado do direito material (fim), pois, a inter-relação simbiótica entre ambos mostrou-se como a fórmula mais adequada para a promoção do ideal de justiça.

Não se tinha ainda a ideia da tutela específica até porque não se pensava no processo sob a ótica do direito material e nas formas diferenciadas de tutela para a mais rápida e célere satisfação desse direito material, a busca da anulação do poder do juiz, que tinha sua figura associada à nobreza estatal (um claro opositor à ascensão burguesa), era o combustível para a criação de um procedimento neutro e genérico, que pudesse

¹³ É necessário esclarecer para que não haja “(...) cólera cega em face (...) do mal-entendido” (e aqui me permito sob o fulcro poético do *poetinha*), que não estou a falar no direito enquanto ciência de moldes cartesianos o que não seria adequado para uma ciência social, mas a revisão de seus parâmetros de ensino e pesquisa fazem-se necessários sob pena de uma transfiguração próxima à ácida, mas não menos verdadeira, crítica feita por Luiz Felipe Pondé: *“Há muito sabemos que as ciências sociais são uma das armas mais importantes da canalhice e do niilismo (claro, em seu mau uso). Mas seu pior não é o niilismo mesmo que produz, mas sua afetação moral de se dizer humanista. A falta de espanto nas ciências sociais não é marca de sua objetividade verdadeira, aquela que devemos buscar quando queremos conhecer o mundo, mas de sua falta de objetividade de perceber seu justo lugar no mundo: a de ser produtora de um niilismo “cientificamente” fundamentado.”* (In: PONDÉ, Luiz Felipe. *A filosofia da adúltera: ensaios selvagens*. São Paulo: LeYa, 2013. p. 52.). Sobre a revisão de parâmetros científicos conferir: KUHN, Thomas S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva. 2013. 324p.

atender o anseio por uma prestação jurisdicional, independente de sua efetiva realização.

Nessa quadra, consubstanciava-se a regra de se exprimir em dinheiro o valor da lesão, o Estado concebia a transformação do direito em pecúnia e limitava a proteção jurisdicional à tutela pelo equivalente em dinheiro, aceitando que os direitos e as pessoas eram iguais ou admitindo a sua falta de responsabilidade à proteção específica das diferentes posições sociais e das diversas situações de direito material. Afinal, é a investigação do caso concreto¹⁴ que possibilita a busca no direito processual da forma mais adequada para o tratamento do direito material correspondente.

No Estado Constitucional, ao tempo que cabe ao juiz promover a efetiva atuação jurisdicional,¹⁵ cabe ao legislador não claudicar em deixar de criar as mais adequadas técnicas para a tutela diferenciada.

Observe-se que o processo é um sistema policêntrico e polifônico. Lembrem do conceito ontológico de processo que abriu a parte I destas digressões? - “...*situação jurídica com-*

¹⁴ A correta percepção do caso concreto vai muito além da representação fenomênica, pressupõe um compreender para além, algo como o definido por Marcia Schuback: “...*compreender não diz agarrar a realidade com esquemas já dados, mas deixar-se tomar pelo que faz a compreensão buscar compreender...*” (SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. “A perplexidade da presença.” in HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 17.)

¹⁵ Não se concebe mais a atuação de qualquer agente público nos moldes Dostoiévskianos do “*homem do subsolo*”, este representado pelo homem de consciência hipertrofiada mas inerte, um homem que não se mostra proativo mas apático, tolhido de ação, um homem de retorta, de proveta, um homem de existência antitética que se reconhece atado no abismo existente entre sua intenção e gesto, que a si mesmo se considera, com toda sua consciência hipertrofiada, um camundongo e não um homem, ou nas palavras de Dostoiévski: “(...) *um camundongo de consciência hipertrofiada, mas sempre um camundongo(...)*” (In: DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do subsolo*. 6ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 22.). Para aprofundamento na matéria recomendo a leitura de: BAKHTIN, Mikhail. *Problemas da poética de Dostoiévski*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. 341p.; NABOKOV, Vladimir. *Lições de literatura russa*. São Paulo: Três Estrelas, 2014. p. 160-172. PONDÉ, Luiz Felipe. *Crítica e profecia – a filosofia da religião em Dostoiévski*. São Paulo: LeYa. 2013. p. 229-243.

plexa, plurissubjetiva, com sujeitos de posições jurídicas definidas... ”

Assim, mostra-se míope a defesa de que, para uma melhora do sistema jurídico, deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) *tão somente* dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, pois parte-se do equívoco do protagonismo judicial¹⁶ que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que imporia uma comparticipação/cooperação e um reforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo.

Noutrora, o pensamento que conduzia ao protagonismo judicial poderia ser mesmo defensável, eis que os juristas lutavam contra a aplicação liberal do Direito (liberalismo jurídico) que impunha a prevalência dos interesses privados em detrimento dos sociais, no entanto, a defesa do protagonismo judicial como chave e solução de boa parte das mazelas do sistema, após a evolução da ciência jurídica ocorrida no último século, parece no mínimo ingênua pois incompatível com uma perspectiva democrática impondo uma análise segmentada do sistema processual e da atuação de seus sujeitos processuais.¹⁷

Pois bem, a tutela prestada pelo poder judiciário deve ser verdadeiramente efetiva sob pena de tornar-se um estelionato estatal.¹⁸ A prescrição constitucional de que a lei não exclui-

¹⁶ Não se exige do magistrado o “exclusivo protagonismo” que não lhe compete, mas a efetiva atuação que lhe é legalmente atribuída no policêntrico protagonismo processual.

¹⁷ Conferir por todos, a imprescindível obra: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 424p.

¹⁸ Há muito Marcelo Neves vem denunciando a “*legislação-álibi*”, ou seja, aquela decorrente da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (In: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica. 1994. p. 37-40.)

rá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito deve ser satisfeita e decorre do fato da ordem jurídico-constitucional assegurar aos cidadãos o acesso ao Judiciário numa concepção maior, onde engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.¹⁹

E até que ponto se consubstancia os reflexos da efetividade constitucional no processo civil contemporâneo? Ora, se devemos ter uma Constituição efetiva, também devemos ter toda uma legislação infraconstitucional também efetiva, afinal, sempre é bom lembrar que a Constituição Federal serve como um filtro axiológico pelo qual todo o ordenamento deve se submeter, nestes termos, se devemos conceber o direito processual sob o enfoque do direito material e possibilitar a efetiva tutela jurisdicional, é cediço que devam ser criados procedimentos técnicos processuais que concretizem a tutela do direito material ameaçado ou propriamente violado.²⁰

Como exemplo de procedimentos diferenciados, temos a tutela específica e a tutela inibitória prevista no art. 497 a 501; 536 e 537 do NCPCB.

PARTE III

(...) as palavras não são mais concebidas ilusoriamente como simples instrumentos, são lançadas como projeções, explosões, vibrações, maquinarias, sabores: a escritura faz do saber uma festa. (...) a escritura se encontra em toda parte onde

¹⁹ RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97.

²⁰ “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.” (In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo.” in São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181.)

as palavras têm sabor (saber e sabor têm, em latim, a mesma etimologia). (...) É esse gosto das palavras que faz o saber profundo, fecundo.

*Roland Barthes*²¹

(...) no mundo não há nada duradouro, e por isso a alegria no minuto seguinte já não é tão viva como no primeiro; no terceiro minuto ela se torna ainda mais fraca, e por fim se funde imperceptivelmente com o estado habitual da alma, como o círculo formado na água pela queda de uma pedra acaba se fundindo com a superfície plana.(...)

*Nilolai Gógol.*²²

Terminamos a “Parte II” destas digressões falando do direito de ação no estado constitucional.

Trataremos agora, na terceira e última parte destas digressões, da jurisdição e do processo.

A jurisdição em sua concepção clássica (*seja na visão de Chiovenda que se resumia na aplicação da lei ao caso concreto pelo modelo subsuntivo, onde a lei genérica e abstrata não considerava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, numa típica visão do estado liberal; seja na visão de Carnelutti onde o juiz criava norma individual para regular o caso concreto com fundamento na norma geral*) não basta para que possamos compreendê-la na acepção do estado constitucional.

Devemos ter por certo que o estado constitucional preza pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, deste modo, há um reenquadramento das funções típicas estatais (*executiva, legislativa e jurisdicional*) aos preceitos constitucionais (*seja não contrariando a constituição, seja procu-*

²¹ BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo: Cultrix, 1987, p. 21.

²² GÓGOL, Nikolai. *O capote e outras histórias*. 2ª ed. (3ª reimpressão). São Paulo: Editora 34, 2013. p. 94.

rando interpretar todo o ordenamento sob o filtro constitucional.)^{23 24}

Não que a lei tenha perdido seu valor ou sua importância no estado constitucional tenha se tornada diminuta, na verdade, apenas mudou-se de paradigma²⁵ com o fito de adequar a

²³ “A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais. Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais e, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas “de acordo”, têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Trata-se, desse modo, de uma forma de filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: www.marinoni.adv.br. Acesso em: 02 de maio de 2015, p. 66.)

²⁴ A imposição da força normativa constitucional promove a situação de estabilidade necessária para que o estado não se reconheça na ácida crítica de Erich Auerbach: “Os costumes, as instituições, os ordenamentos dos homens são todos igualmente tolos e extravagantes. Mudam conforme suas opiniões e não são estáveis nem verdadeiramente legítimos. Não possuem outro fundamento senão o próprio fato de sua vigência naquele dado momento, ou seja, o hábito. Quem tem consciência disso não se torna revolucionário, assim como não são revolucionárias as pessoas obtusas e sem discernimento, que aceitam os dados da realidade por pura contumácia...”. (In: *Ensaio de literatura ocidental: filologia e crítica*, São Paulo, Editora 34/Duas Cidades, 2007. *apud* MONTAIGNE, Michel, *Os ensaios*. São Paulo: Penguin Companhia. 2013. p. 23.)

²⁵ “Enquanto as ciências explicativas buscam determinar as condições causais de um fenômeno através da observação e da quantificação, as ciências compreensivas visam à apreensão das significações intencionais das atividades históricas concretas do homem. Esse modelo de racionalização, retirado da interpretação de textos, no mesmo movimento que estabelece a apreensão do sentido como essência do método das ciências humanas, delimita o alcance da metodologia das ciências naturais, questionando, acima de tudo, o próprio conceito de objetividade científica. Isso se mostra nas determinantes específicas desse modelo: a inseparabilidade de sujeito e objeto, uma vez que a compreensão hermenêutica se dá pela inserção daquele que compreende no horizonte da história e da linguagem, as quais são aquilo mesmo que deve ser compreendido; o condicionamento de toda expressão do humano a um determinado horizonte linguístico, o que inclui também o resultado da compreensão, portanto, a própria ciência; a circularidade entre o todo e o particular; ou a mútua

aplicação do ordenamento à realidade social e suas necessidades, sob a ótica, repito, da dignidade humana, ou de um mínimo existencial à vida do homem em sociedade.

Cabe ao juiz, então, depois de perceber as peculiaridades do caso concreto e apreendê-lo sob a prescrição da legislação ordinária, procurar o significado desta norma^{26 27} à luz da constituição e atribuir-lhe significado constitucional sempre embebecido pelo ideal de justiça e pelos direitos fundamentais, logo, antes de objetivar atribuir significado aos preceitos da

dependência constitutiva entre a parte e a totalidade, que impossibilita a compreensão por mera indução; e, por fim, a referência a um ponto de vista, ou pré-compreensão, a partir do qual se institui todo conhecimento, que estabelece a prioridade da pergunta sobre a resposta e problematiza a noção de dado empírico puro. (BRAIDA, Celso Reni. “Apresentação” in SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 8)

²⁶ “A interpretação de algo como algo, funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisso que “está” no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já “põe”, ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9ª ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 211.)

²⁷ “No mais, importante é destacar que tudo é passível de interpretação, não existe situação consolidada no tempo e no espaço que seja incólume ao ato interpretativo, afinal, ser que pode ser compreendido é linguagem. Compreender é colocar algo dentro de palavras, ou melhor, formular a compreensão dentro de uma potencialidade linguística, evocando a importante objeção que nem tudo o que eu compreendo pode ser colocado em palavras. A necessária ideia é, para a noção gadameriana de interpretação e sua inerente linguisticidade, que o ouvinte é suprimido pelo que ele procura compreender e, assim, responde, interpreta, busca por palavras ou expressão. Portanto, compreender, no sentido gadameriano, é articular (um sentido, uma questão, um acontecimento) com palavras; “palavras que são sempre minhas, mas que ao mesmo tempo essas que eu luto para compreender”. (CRUZ, Danilo Nascimento. O art. 4.º da Res. TSE 21.841/2004 e um dos contos do major gorbiliow (primeira noite) de Mikhail Saltikov-Schedrin. Revista dos Tribunais | vol. 951/2015 | p. 209 – 223 | Jan / 2015 DTR\2014\20992)

constituição, a interpretação visa conferir significado ao direito material.

A jurisdição também deve ser vista e estudada a partir da perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Corroborando com o que explanamos na “parte II” sobre o direito de ação, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide também sobre o legislador e o juiz, adequando, adaptando o procedimento e conseqüentemente o processo.

As técnicas processuais incidirão sobre as particularidades do caso concreto identificando as tutelas e conduzindo a melhor forma de proteger o direito material, onde a omissão do legislador não legitima a omissão do juiz.

Assim, a identificação das necessidades do caso concreto e a escolha da técnica processual apropriada para lhe dar resguardo devem ser justificadas mediante argumentação racional capaz de convencer, ou seja, mais do que definir as necessidades do caso e explicar o motivo pelo qual escolheu a técnica processual utilizada, o juiz deve estabelecer uma relação racional entre as necessidades do caso concreto, o significado da tutela jurisdicional no plano substancial (*que nada mais é do que a expressão da tutela prometida pelo direito material*) e a técnica processual.²⁸

José Carlos Barbosa Moreira²⁹ aponta cinco requisitos para que o processo possa atender as condições de efetividade: (i) *o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, inclusive aos direitos fundamentais positivados na forma de princípios e aos direitos fundamentais adstritos (implícitos); (ii) estes instrumentos de tutela devem ser praticamente utilizáveis por todos os titulares de direitos, indiscriminadamente, sejam eles*

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: www.marinoni.adv.br. Acesso em: 02 de maio de 2015, p. 80-88.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo*. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33.

*sujeitos individuais ou uma coletividade (direitos difusos e coletivos); (iii) deve-se assegurar o direito à ampla produção de provas capazes de influir no convencimento do julgador, bem como o juiz deve adotar uma postura ativa na atividade instrutória; (iv) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito – essa perspectiva remete à clássica formulação chiovendiana “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e Proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire” – e, por fim, (v) o processo deve atingir o melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia.*³⁰

Pois bem, necessário ainda não deixarmos de destacar a importância da legitimação da atuação jurisdicional através do procedimento sob a ótica dos direitos fundamentais.

O procedimento enquanto exteriorização material do processo é importante instituto do direito processual que legitima a decisão do juiz pela participação das partes. Ao juiz não se permite a inércia mental em não sorver do caso sob apreciação a condição propícia para aplicação do conteúdo material dos direitos fundamentais. A participação no procedimento em nenhuma hipótese deve se contrapor à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial, afinal, esse processo participativo não é capaz de permitir que se deixe de lado o poder-dever (*rectius: dever-poder*)³¹ de o juiz apontar para o conteúdo subs-

³⁰ A preocupação subjacente à doutrina da efetividade do processo consiste justamente em conceber um processo plenamente aderente à realidade sociojurídica e que sirva de instrumento à efetiva realização do direito material. Conferir: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.20-24.

³¹ *A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de dever (antes do que “poder”), caracterizando uma função, em sentido jurídico. Em direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que deve ser obrigatoriamente atendida por al-*

tancial dos direitos fundamentais para dar tutela jurisdicional aos direitos.

A mera observância do procedimento ou a simples participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de apontar para o fundamento material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca, ou para comungar numa sistemática interpretação do ordenamento.

Percuciente, por todos, são as palavras de Aroldo Plínio Gonçalves ao lecionar que o processo tem por finalidade proteger os direitos substanciais; que a instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes, requer que essa participação se dê em contraditório, com igualdade de oportunidades; e que o processo, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, cumpre sua finalidade garantindo a emanção de uma sentença participada, onde seus destinatários já não precisam recluir pelas preferências ideológicas dos juízes, porque, participando do *iter* da formação do ato final, terão sua dignidade e sua liberdade reconhecidas e poderão compreender que um direito é assegurado, uma condenação é imposta, ou um pretense direito é negado não em nome de quaisquer nomes, mas apenas em nome do direito, construído pela própria sociedade ou que tenha sua existência por ela consentida.³²

*guém, mas no interesse de outrem, sendo que, este sujeito – o obrigado – para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover. Daí, uma distinção clara entre função e a faculdade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do direito público não gira em torno da ideia e poder, mas gira em torno da ideia de dever. (MELLO. Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 13-14.)*

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey. 2012. p. 151-173.

Por tudo que foi exposto nestas digressões é de relevante importância o olhar que se imporá sobre o devir. O amanhã não deverá ser visto com o olhar do ontem ainda que na retina traga suas impressões...

O Hermeneuta verá sempre além; seja suprimindo os encrostamentos que inviabilizam uma clareza efetiva quanto aos horizontes de inquirição originários dos problemas; seja articulando com a ontologia histórica responsável pela constituição da conceptualidade estruturadora desses horizontes.³³

Despeço-me com a advertência do compositor cearense Belchior: *Você pode até dizer que eu tô por fora, ou então que eu tô inventando... Mas é você que ama o passado e que não vê... É você que ama o passado e que não vê... Que o novo sempre vem!*³⁴



BIBLIOGRAFIA

- BAKHTIN, Mikhail. *Problemas da poética de Dostoiévski*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013. 341p.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo. in São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da

³³ Nesse sentido conferir: CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012. p. 55.

³⁴ Música: *Como nossos pais* – Compositor: Belchior.

- ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006.
- BARTHES, Roland. *Aula*. São Paulo: Cultrix, 1987, p. 21.
- BRAIDA, Celso Reni. “Apresentação” in SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. 2ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 8
- CASANOVA, Marco Antônio. *Compreender Heidegger*. 3ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes. 2012. 244p.
- CRUZ, Danilo Nascimento. *O art. 4.º da Res. TSE 21.841/2004 e um dos contos do major gorbiliiov (primeira noite) de Mikhail Saltikov-Schedrin*. Revista dos Tribunais | vol. 951/2015 | p. 209 – 223 | Jan / 2015 DTR\2014\20992)
- _____. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2010 - volume 13, n. 1, p. 205-224, mai. 2010.
- DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador, BA: Jus Podivm. 2012. p. 150-151.
- DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 25.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Memórias do subsolo*. 6ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 22.
- GÓGOL, Nikolai. *O capote e outras histórias*. 2ª ed. (3ª reimpressão). São Paulo: Editora 34. 2013. p. 94.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey. 2012. p. 149
- GONÇALVES, William Couto. *Uma introdução à filosofia do direito processual – Estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentado uma compreensão histórica,*

- ontológica e teleológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 173.
- HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 6ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 121-172.
- _____. *Ser e tempo*. 9ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, 598p.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2011. 125p.
- KUHN, Thomas S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. 12ª ed. São Paulo: Perspectiva. 2013. 324p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo, Vol. I*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. 522p.
- _____. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: www.marinoni.adv.br. Acesso em: 02 de maio de 2015, p. 80-88.
- MARQUEZ, Gabriel Garcia. *Memória de minhas putas tristes*. 25ª ed. São Paulo: Record. 2014. p.8.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 13-14.)
- MONTAIGNE, Michel. *Os ensaios*. São Paulo: Penguin Companhia. 2013. p. 23.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33.
- NABOKOV, Vladimir. *Lições de literatura russa*. São Paulo: Três Estrelas, 2014. p. 160-172.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica. 1994. p. 37-40.
- NUNES, Benedito José Viana da Costa. *Heidegger & ser e tempo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2002. 60p.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático - Uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba, PR: Juruá. 2008. 286 p.

- PONDÉ, Luiz Felipe. *A filosofia da adúltera: ensaios selvagens*. São Paulo: LeYa, 2013. p. 52.
- _____. *Crítica e profecia – a filosofia da religião em Dostoiévski*. São Paulo: LeYa. 2013. p. 229-243.
- RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97.
- SCHUBACK, Marcia Sá Cavalcante. “*A perplexidade da presença.*” in HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 17.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 52, p. 127-162, jan./jun. 2008.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2014. 439p.
- _____. *O que isto – decido conforme minha consciência*. 3ª ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado. 2012. p. 11-19
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 424p.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.20-24.
- ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. Porto Alegre, 2005, f.251-252. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.