XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

RODOLFO VIANA PEREIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;
coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-132-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

É com satisfação que prefaciamos - em decorrência de incumbência que nos foi dada pela direção do CONPEDI - a coletânea de artigos apresentados no Grupo de Trabalho Hermenêutica Jurídica, por ocasião do XXIV Congresso, realizado em Belo Horizonte.

Os trabalhos apresentados, com variadas abordagens e referenciais teóricos multifacetados, foram, em nosso ver, o resultado de uma das melhores seleções de artigos produzidos no âmbito dos Programas de Pós-Graduação em Direito das diversas universidades país afora.

O reconhecimento da qualidade desses textos que ora damos conhecimento ao mundo acadêmico foi não apenas dos próprios autores e assistentes do GT, mas também dos professores que compuseram mesa coordenadora dos trabalhos e que assinam este prefácio.

Aos que tiveram a oportunidade de acompanhar as apresentações, atentamente assistidas por pesquisadores empolgados com um debate fundamental não apenas para um curso de direito, mas para o próprio avanço da democracia, na medida em que reflete profundamente sobre a questão do papel, dos limites do judiciário e da própria atividade interpretativa.

O alentado livro, ora dado ao conhecimento de um público amplo, significa um aporte significativo de competentes autores e autoras, os quais, certamente, se haverão com a mesma profundidade e excelência de resultados em posteriores publicações de potenciais promissoras carreiras de doutrinadores e pesquisadores.

Saliente-se que os trabalhos foram aprovados após rigoroso processo de avaliação por parte dos examinadores que não levaram em conta apenas o aspecto quantitativo de páginas de análise, mas, fundamentalmente e como deve ser pelo aspecto qualitativo das pesquisas apresentadas.

O conjunto de artigos, que ora se somam para se tornarem um livro reúnem todas as qualidades acima mencionadas e, de fato, trazem e fazem - um apanhado detalhado sobre questões das mais relevantes para a teoria do direito e para a sua teoria da interpretação, tais

como os debates sobre o comportamento decisional dos magistrados, os limites da interpretação e as necessárias conexões entre essas atividades e a democracia, considerando, o cenário do que se convencionou chamar de judicialização da política.

Através de variadas opções teórico-metodológicas a atividade interpretativa é examinada na condição de segmento no qual se desenrola uma permanente disputa de significados.

Nos diversos loci do conflito, Juízes, advogados, membros do Ministério Público e todas as demais figuras que influenciam esse espaço de disputa travam um duro embate o qual, por vezes se apresenta com o manto tão diáfano quanto fantasioso - do absoluto distanciamento dos interesses em disputa.

Por outro lado, artigos e autores tiveram o mérito de não temer, quando foi preciso nos debates travados, em nadarem contra a corrente do senso comum.

São essas profundas e detalhadas análises do fenômeno jurídico, notadamente em seu viés hermenêutico que recomendamos enfaticamente e para as quais remetemos o leitor. E o fazemos com mais entusiasmo ainda ao lembrar que se trata - na maioria dos casos - de jovens pesquisadores e pesquisadoras nos quais se destacaram claramente já a partir dos debates no GT, a característica decisiva que diz respeito ao que seja o perfil de estudiosos atentos, isto é, pensar com a própria cabeça.

Assim, e para permitirmos aos leitores que desejem acompanhar essa aventura intelectual, queremos afirmar nossa convicção de que este livro será extremamente para profissionais e iniciantes da área jurídica que pretendam apreender de forma consistente os problemas cardinais de tão importante área do saber jurídico a sua atividade de interpretar e aplicar normas.

A DIMENSÃO MORAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE MORAL DIMENSION OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Marcelo Cacinotti Costa
Vinicius de Melo Lima

Resumo

O estudo proposto neste artigo pretende, a partir da relação filosófica existente com o Direito, demonstrar a dimensão moral dos institutos processuais trazidos com as novas disposições da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). O caráter ético-moral presente nas novas disposições processuais no Brasil, possui um fundamento democrático e visa superar o procedimentalismo bastante marcante no Código de Buzaid, dando início a um novo paradigma (Novo Formalismo Democrático): princípio contraditório dinâmico, primazia do julgamento de mérito, ampliação da fungibilidade recursal, efetiva fundamentação das decisões... O referencial teórico do artigo consiste na filosofia hermenêutica e na hermenêutica filosófica (Heidegger/Gadamer), na Justiça Política (Höffe), no Direito como Integridade (Dworkin) e na Crítica Hermenêutica do Direito (Streck), em uma (necessária) aproximação entre o Direito e a Filosofia para a prestação jurisdicional substantiva e constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: A moral e o direito, O novo código de processo civil, Jurisdição democrática, O processo civil constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The study proposed in this paper aims, from the existing philosophical relationship with the law, demonstrates the moral dimension of procedural institutes brought with the new provisions of Law nº 13.105/2015 (New Code of Civil Procedure). The ethical and moral character in the new procedural provisions in Brazil, has a democratic foundation and aims to overcome the quite remarkable Proceduralism in Buzaid Code, initiating a new paradigm (New Democratic Formalism): dynamic contradictory principleprimacy of merit trial, enlargement of the appeal fungibility, effective grouding of decisions ... The theoretical framework of the paper consisting of hermeneutics philosophy and philosophical hermeneutics (Heidegger/Gadamer), the Political Justice (Höffe), in the Law as Integrity (Dworkin) and HermeneuticalCritical of the Law (Streck) in a (required) approach between law and philosophy to the substantive and constitutionally adequate adjudication.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: The moral and the law, The new civil procedure code, Democratic jurisdiction, The constitutional civil procedure

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A aproximação entre o Direito e a Filosofia é de fundamental relevância para a compreensão de temas jurídicos complexos, em especial na refundação dos conceitos a partir da publicação da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), de modo que a doutrina exerça seu papel crítico-reflexivo.

Nesse sentido, necessário identificar uma ligação moral na mudança de paradigma de alguns conceitos de natureza processual, principalmente em relação ao princípio do contraditório, agora recolocado com um viés *dinâmico*[1], necessário para justificar o compromisso democrático e de efetivo acesso à justiça determinado pela Constituição da República.

Tomando-se como base a transição de alguns conceitos em vigor para novos conceitos previstos na Lei 13.105/15, impõe-se uma análise de natureza filosófica, com o intuito de identificar os fundamentos (morais) que justificam a necessidade de refundação desses conceitos.

Utilizando-se da contribuição do referencial teórico da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer), da filosofia hermenêutica (Martin Heidegger) e do da ideia do Direito como Integridade (Ronald Dworkin), este trabalho se direciona a identificar a ética do *cuidado* no processo de ressignificação de conceitos do processo, principalmente porque se destinam a produzir justiça a partir de um ambiente cada vez mais democrático e com prestação jurisdicional verdadeiramente efetiva.

1. A PRÉ-OCUPAÇÃO COM OS RUMOS DO DIREITO SE CONSTITUI COMO UMA POSTURA ÉTICA: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A MUDANÇA DE PARADIGMA

A pré-compreensão ou conjunto de significabilidade, que aqui se poderia nominar de *moralidade jurídica*, que há perante a comunidade jurídica, herança da tradição histórica, fornece elementos suficientes ao operador do direito para lidar de forma coerente e responsável com todo o conteúdo jurídico materialmente (formalmente) indicado. Assim, abre-se espaço para o que se pode denominar de ética do cuidado, que se desdobra em

[1] A nova dinâmica processual no Brasil estabelece não apenas a dimensão formal do contraditório, isto é visão tradicional que garante à parte o direito de ser ouvido, ser comunicado e poder falar no processo. Com as novas alterações processuais, ganha espaço a *dimensão substancial* do princípio contraditório, ou seja, o *poder de influência*, que se traduz na possibilidade de ir além da mera oportunidade de ser ouvido, mas com condições de influenciar na decisão judicial.

algumas contribuições jurídicas de grande relevância para a democracia. Tais como a *"Teoria da Legislação"*[2] (Manuel Atienza e Adalberto Hommerding) ou com uma "*Teoria da decisão*"[3] (Ronald Dworkin e Lenio Streck).

Afirmar que há *moralidade jurídica* no contexto de significabilidade do direito é poder dizer que, independentemente de constar na Lei nº 13.105/2015 (introduziu o novo Código de Processo Civil), todas as decisões judiciais devem, necessariamente, ser interpretadas segundo a boa-fé[4], prescindindo, portanto, que tal disposição venha expressamente contida no Código de Processo Civil, no Código Civil ou em qualquer outra lei. Está incorporado ao sistema jurídico brasileiro que as decisões judiciais devem respeitar os princípios da jurisdição contidos na Constituição e, sendo assim, é possível afirmar que respeitar este conjunto principiológico é reconhecer a moralidade jurídica edificada no seio da estrutura de significação jurídica.

A transposição do *método das indicações formais*[5] para o direito constitui a filosofia hermenêutica como condição de possibilidade para construir pontes entre a filosofia e o direito, isto é, possibilitar que o direito possa transcender sobre a sua própria objetividade.

Para Heidegger, a filosofia não se contrapõe à ciência objetiva, mas trabalha noutra dimensão. Os conceitos filosóficos, então, como pontua Jorge Antônio Torres Machado, caracterizam-se por serem "indícios formais" (*Formale Anzeige*), como método suficiente capaz de compreender a si e o mundo, merecendo transcrição:

> A ciência objetiva, nesse aspecto, "pressupõe uma dimensão anterior à qual não temos acesso direta ou objetivamente. As ciências, em sua positivação dominadora, apreendem as coisas com a intenção de melhor controla-las. Essa não seria a função da filosofia, que trabalharia com indícios antropológicos não objetivos de como o

---

[2] Por todo es que el vínculo de las dichas racionalidades linguísticas o jurídico-formales com la racionalidad ética es muy intenso. Y por ello es que la creación dela ley debe fundarse objetivamente, pues hay valores objetivos a los cuales necessariamente el legislador debe remitirse em razón da la tesis de la unidad de valor. Y laley, por tanto, tendrá como su sostenedor el fundamento moral. De hecho, aqui hay que remitirse a la responsabilidade de los legisladores que no puedem hacer las leyes de cualquier modo. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría De La legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p.215.

[3] Implica um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. Se ficarmos a mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo "proprietário dos sentidos da lei" STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.328.

[4]Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença, Art. 489 - São elementos essenciais da sentença: § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm - acessado em 15-04-2015.

[5]O método dos indícios formais se constitui como um instrumento filosófico suficiente para recolocar a faticidade no centro interpretativo, ou seja, livrar o processo interpretativo das amarras da subjetividade e da consciência. Para tanto, dirá que um conceito, na verdade, não carrega todo a sua carga de significabilidade, pois apenas indicia para algo ou para uma direção. Portanto, o conceito somente irá exaurir a sua potencialidade de significação na *applicatio*.

> homem compreende, como o homem se sente afetado pelo mundo, como o homem discorre sobre as coisas, etc. Nesse sentido, a objetivação e a positivação da ciência não são sua primeira instância. O primeiro elemento ocorreria numa espécie de circularidade hermenêutica da compreensão de si e do mundo a que nunca temos acesso direto, a não ser por indícios formais.[6]

A partir dos indícios formais, Heidegger recolhe vários conceitos com que a teologia trabalha para construir seu próprio arsenal filosófico. As ciências ônticas, assim, poderiam fornecer elementos indiciais para a construção de conceitos filosóficos. Heidegger teria demonstrado essa possibilidade na conferência *Fenomenologia e teologia*, datada de 1927. E isso, segundo Torres Machado, ainda seria possível em áreas antropológicas como a psicanálise, as ciências literárias, a ética e, como ocorre no presente caso, inclusive no direito[7].

Os indícios formais, assim, relacionam-se à análise do próprio método fenomenológico descrito por Heidegger, em especial em *Ser e Tempo*. Os indícios filosóficos não têm a pretensão de representar provas universais e necessárias de uma categoria, de um existencial próprio do *Dasein*. São encontrados no desvelar e encobrir próprios do método hermenêutico de Heidegger e de sua concepção de verdade. Tais indícios filosóficos são indícios formais de como o *Dasein* opera. São questões relativas à organicidade, às ciências neurológicas, à psicologia empírica, que são ciências que trabalham diretamente com o "objeto ser humano" e que podem ser redirecionadas segundo o modelo dos indícios formais da fenomenologia.

A filosofia não trabalha na pesquisa direta dos objetos de uma determinada área. Não. Ela busca questionar uma maneira (*como - Wie*) de "operar", portanto "formal" e de caráter "*a priori*". Heidegger observa o *Dasein* em seu ser-no-mundo, buscando compreender o "operar", o "como" do *Dasein*. E esse "como" se dá de uma forma *a priori* que Heidegger chama de analítica existencial (ontologia fundamental). Os resultados desses indícios que são descritos por meio de uma operação fenomenológica são o que Heidegger chama de "existenciais". O modo de ser-no-mundo do *Dasein*, que é "compreensão", "rede", é descrito a partir dos indícios formais.

O método dos indícios formais altera a relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, superando a ideia do sujeito solipsista cartesiano. Agora, ao contrário do cogito, só existirá um *Dasein* em um mundo junto com as coisas dadas e os utensílios.E neste

---

[6] MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 12.
[7] MACHADO, Jorge Antônio Torres.*Op. Cit.*, p. 14.

aspecto, pelas mãos de Stein, Heidegger explicita a relação distinta que há entre o *Dasein* e o Eu transcendental, dizendo:

> Segundo Heidegger, é preciso mostrar que o ser do *Dasein* é totalmente diferente daquele dos outros entes. Se a constituição do *Dasein* é completamente distinta daquele dos outros entes, então é possível encontrar nele mesmo o acontecer transcendental. Desnecessária a operação de 'pôr o mundo entre parênteses', recuar ao Eu transcendental, ao mundo da representação, para depois então recuperar o mundo fático. A constituição transcendental é uma possibilidade central da existência do próprio *Dasein*. E a maravilha é que a constituição existencial do *Dasein* torna possível a constituição transcendental de tudo que é positivo[8].

Para Heidegger a consciência não consiste no fundamento absoluto da realidade, principalmente no momento em que aposta na faticidade e critica a tentativa de fundamentação teórico-cognitiva da realidade. Tudo, então, passa a poder ser visto, num plano transcendental, a partir da constituição existencial do *Dasein*.

A experiência da vida fática é utilizada por Martin Heidegger para trabalhar com a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal. Como refere Heidegger, "A experiência fática da vida reside totalmente no *conteúdo*, enquanto o *como* está implícito nisso. É no conteúdo que têm lugar todas as mudanças da vida. No curso da jornada de um dia faticamente vivido, ocupando-me com coisas completamente diferentes é, contudo, na atuação fática da vida que surge, para mim, de modo não consciente, o *como* diferente de seu reagir em cada maneira diferente [9].Toda interpretação eminentemente teórica deve ser evitada, já que o conteúdo de algo somente pode ser apurado no caso concreto decorrente da complexidade da vida, remanescendo tão somente aquilo que já foi apontado ou indiciado.

O método dos indícios formais não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais uma realização de vida na travessia do tempo, a indicação formal é investimento passivo que se desdobra numa postura de escuta, sem, contudo, desconsiderar o modo de ver teórico anterior, mas precisamente o conserva como exemplo de elucidação do caráter existencial do que foi, do que é e do que será.

Portanto, a antecipação de sentido e a posição prévia têm relevância única na fixação de sentido do método das indicações formais, pois é a partir delas é que se possibilita criar uma perspectiva a respeito de um âmbito determinado, de uma visão de mundo[10].

---

[8] STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: uma juste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 65.

[9] HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa.** Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 17.

[10] Concepção prévia e método, caminho encetado, jorram da mesma fonte de sentido. Sabendo-se isso, há que deixar em aberto (*offenzuhalten*) a fixação de sentido de *método* em favor de um significado formal indiciador, por exemplo, caminho para descrições e determinações propriamente concretas. Uma vez efetuado e consumado

É possível afirmar, ainda, que o termo *método* relacionado à indicação formal não possui o caráter de determinar o uso no sentido de chegar a algum resultado predeterminado, mas abarca uma noção de cuidado na relação entre o acontecer dos fenômenos e o experienciar; o encontro livre das antecipações meramente teóricas e da perspectiva objetivante.

O conceito de mundo da analítica existencial, portanto, é correlato ao *Dasein*, local onde todos os entes encontram significação. Daí a impossibilidade de cisão entre mundo e interpretação, como observa Stein:

> Mundo é aquilo 'em que' o ser-aí sempre já era, é aquilo para onde já sempre retorna quando vai. O mundo é essencialmente constituído pelo ser-aí. É o lugar em que todos os entes encontram significação, mas é, ao mesmo tempo, o lugar em que já se movimenta o ser-aí que dá sentido aos entes. Por isso o homem já sempre está no mundo, ao qual se dirige, quando dispõe dos entes a que dá sentido. A significação é decisiva na constituição do mundo. A significabilidade é aquilo que constitui a estrutura do mundo, em que o ser-aí enquanto tal sempre já está. Por isso a mundanidade é um existencial do ser-aí. Os entes puramente subsistentes, neutros, estão num mundo não-humano, e sua mundanidade é categorial e não existencial. A mundanidade como existencial é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo do ser-no-mundo.[11]

Nesse sentido, pensar o direito com a perspectiva do *cuidado*, isto é, incorporando ao contexto legislativo uma ética da responsabilidade, onde a democracia passa a ser uma exigência indispensável, pode ser traduzida como a dimensão moral do direito. E isso é verificado com a mudança de paradigma com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, nitidamente direcionado na superação de série de problemas ligados à concepção demasiadamente formalista[12] do Código de Processo Civil de Buzaid[13].

Na verdade, a superação da dimensão procedimental do processo como um fim em si mesmo não significa a negação do formal, principalmente porque não há mérito (substância)

---

o processo da indiciação formal de significado por concretizações próprias singulares, consumações singulares de caso a caso, então simultaneamente são anulados os aspectos antecipatórios na dinâmica da realização em processo. SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Notas sobre a relação entre indiciação formal e experiência**. Nat. hum., 2012, vol.14, nº.1, p.39, ISSN 1517-2430.

[11]STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: um ajuste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 67.

[12] Novo formalismo do processo vem expresso no art. 4º do Novo CPC, cumprindo o que já determinava o art.5º, LXXVIII, da Constituição da República, sobre a duração razoável do processo. Complementarmente, os artigos 6º, 64, §4º, 139, III, 218, §4º e 1.029, § 3º, CPC, corrigem problemas de excesso de formalismo, como a primazia do julgamento de mérito, máximo aproveitamento processual, ampliação da fungibilidade recursal, dispensa de preliminar de repercussão geral no Recurso Especial, aproveitamento dos efeitos da decisão proferida por juízo incompetente e a desnecessidade de ratificação do recurso interposto antes da intimação da decisão recorrida.

[13]Código Buzaid é o nome pelo qual é conhecido, no Brasil, o Código de Processo Civil de 1973. Conhecido como "Código Buzaid", por ter sido elaborado o Projeto pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid (depois ministro do Supremo Tribunal Federal). Em 11 de janeiro de 1973, a Lei Federal nº 5.869 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o Código de Processo Civil, vigente até março de 2016, data da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, 16 de março de 2015.

se não houver o procedimento. Entretanto, valorizar a dimensão substancial buscando *a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*[14] significa implantar uma postura ético-moral no direito, já que a prestação jurisdicional não deve se distanciar da democracia e da justiça como valores previstos na Constituição, isto é, prestada em tempo razoável, com isenção e aplicada de modo integral e irrestrito.

2. A INTEGRIDADE E COERÊNCIA COMO PRINCÍPIOS POLÍTICOS (MORAL)

A noção de integridade trabalhada por Dworkin em sua obra *Império do Direito* deve ser pensada da forma mais abrangente possível. Possui em grande medida uma aproximação com a hermenêutica filosófica de Gadamer em relação à tradição histórica, principalmente porque visa respeitar ou resguardar o conjunto das construções institucionais que vão se sedimentando ao longo da história. Esta preocupação com a integridade no direito expressa, na verdade, um agir responsável que se traduz num comportamento moral.

A defesa da intervenção da jurisdição constitucional efetiva comoa defesa da própria democracia é um exemplo desse compromisso moral. O grau de democracia de Estado pode ser medido pelo grau de efetividade, por exemplo, com o que se denomina de *jurisdição constitucional das liberdades*, isto é controle de constitucionalidade efetivo e remédios constitucionais processuais (ações constitucionais) que servem para a proteção das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Não há uma relação de oposição entre democracia e direitos individuais, uma vez que estes são constitutivos daquela. Preservar a Constituição é proteger a integridade desse arranjo.

As liberdades vinculam-se à sua proteção e ao seu reconhecimento. A proteção jurisdicional é essencial para a concretização dos direitos e das liberdades reconhecidas em constituições, convenções, tratados, leis etc. O objetivo é salvaguardar os direitos do homem e as liberdades fundamentais[15].

A jurisdição das liberdades é a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana[16]. O poder público é parte integrante das ações constitucionais, pois os processos decorrentes do ajuizamento das ações constitucionais caracterizam-se por envolverem, numa das partes, o Estado, o poder público.

---

[14]Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

[15] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 264.

[16] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 269.

Afinal, para que se prestam as ações constitucionais? Prestam-se a "tutelar os jurisdicionados frente à conduta de quem age em nome do Poder Público ou quem ao agir interfere em uma esfera demarcada pelos direitos consagrados constitucionalmente como fundamentais"[17].

A moralidade do direito, a racionalidade do direito e a sua autonomia não resultam apenas do fato da positivação de exigências morais de racionalização nas Constituições. Resultam, principalmente, da circunstância de haver procedimentos instituídos para a auto-regulação e auto-controle da fundamentação do direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade. "A legitimidade do direito está intimamente relacionada com a sua procedimentalização; não está no conteúdo das normas de direito, mas nos procedimentos que fundamentam alguns de seus possíveis conteúdos"[18].

Mas o que a Constituição tem a dizer sobre o processo jurisdicional democrático? Uma interpretação fiel a Ronald Dworkin aponta que se responda a essa pergunta mediante uma "leitura moral" do texto constitucional. A sugestão de Dworkin é a de que todos os operadores do direito interpretem os dispositivos constitucionais considerando que eles fazem referência a "princípios morais de decência e justiça", isso como forma de inserir a "moralidade política no próprio âmago do direito constitucional"[19].

De acordo com Dworkin, não se trata de uma novidade, mas de algo que já acontece naturalmente. Na medida em que os juristas sigam (qualquer) uma estratégia coerente para interpretar a Constituição, já estarão – segundo ele – fazendo uso da leitura moral a respeito dos valores que julgam estarem inseridos no texto constitucional[20]. Com essa chamada "leitura moral", Dworkin apenas dá uma roupagem mais específica à postura interpretativa do direito que pontua toda a sua obra. Para ele, no particular, trata-se de interpretar determinados dispositivos da Constituição norte-americana (sobretudo a *Bill of Rights*) como referências a princípios morais abstratos, que devem ser incorporados como limites aos poderes do Estado.

Em síntese, Dworkin sustenta que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em conjunto, comprometem os Estados Unidos da América com os seguintes ideais jurídicos e políticos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu

---

[17] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 7.

[18] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 14-15.

[19] DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 02.

[20] DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 03.

domínio como dotadas do mesmo *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins[21].

É importante ter o seguinte aspecto bem presente: a teoria política de Dworkin está centrada na chamada "instituição dos direitos *contra* o Estado", que tem no respeito à igualdade (decorrente da soma entre os ideais de dignidade humana e igualdade política) a sua pedra angular. Daí a frequente referência à garantia da igual consideração e respeito (*equal concern and respect*), sem a qual não há democracia.

A sugestão de leitura de dispositivos constitucionais como "referências a princípios morais", a serem "incorporados como limites aos poderes do Estado", tem repercussões importantes na *interpretação construtiva*[22] do que a Constituição determina no campo da produção da decisão judicial. Parece correto afirmar que, a partir da teoria dworkiniana, as cláusulas constitucionais que pontuam o processo jurisdicional, como a do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório[23] e da ampla defesa (art. 5º, LV), devem ser interpretadas

---

[21] Percebem-se, pois, bons pontos de contato entre essas premissas e a estrutura da Constituição do Brasil, do que são indícios eloquentes (ainda que não exclusivamente) os dispositivos dos Títulos I (Dos Princípios Fundamentais) e II (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do texto constitucional. E, seja como for, não pode haver dúvida que a democracia brasileira deve conviver com a necessidade de que o Estado tenha igual interesse por seus cidadãos, sendo que este aspecto, por si só, já serve de ponte entre o direito que se pratica no Brasil e os aportes substantivos da teoria de Dworkin.

[22] A postura interpretativa do direito proposta por Dworkin vem caracterizada, no contexto da sua obra, na figura da *interpretação construtiva* – uma espécie de mediação entre a tradição interpretativa à qual se adere e a sua atualização conforme a moral política da comunidade. Conferir, em especial: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[23]*Especialmente*, o princípio do contraditório. O Judiciário – e aqui o alerta é de José Rogério Cruz e Tucci - não pode desprezar a concepção ditada pela doutrina contemporânea acerca da participação conjunta e recíproca, durante as sucessivas fases do procedimento, de todos os protagonistas do processo. As partes, assim, jamais podem ser surpreendidas por uma decisão alicerçada em um fundamento ainda não debatido durante a tramitação do processo. Nesse aspecto é que, para evitar qualquer espécie de "emboscada" aos litigantes, impõe-se ao juiz, por exemplo, o dever de comunicar às partes as vertentes que ele reputa relevantes para a formação da decisão. Cruz e Tucci, nesse aspecto, referenda as lições de Giuseppe Tarzia que, escrevendo sobre o artigo 111 da Constituição italiana e o "justo processo", adverte sobre a paridade do tratamento dispensado às partes que pode ser violada em variadas circunstâncias, inclusive naquelas em que a decisão decorre de debate ou, pelo menos, da possibilidade de debate entre as partes. Em senso análogo, lembrará também o posicionamento de Nicolò Trocker, para quem é hoje pacífico que o contraditório não compreende apenas o mecanismo pelo qual se desenvolve a atividade dialeticamente contraposta entre os litigantes. Assim, segundo a perspectiva recepcionada pelas modernas codificações processuais, o contraditório abrange um complexo jogo de interações incluindo o juiz. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC**: Lei 10.352, de 26.12.2001; Lei 10.358, de 27.12.2001; Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100-102. Por isso é que Nicolò Trocker, aqui seguido por Cruz e Tucci, dirá que o "núcleo essencial do contraditório" não se exprime na exigência de uma paridade formal das partes no processo e tampouco postula a neutralidade do juiz. Na verdade, os interessados devem-se pôr em condições de influir ativamente no juízo. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A.

de modo a conformar no processo uma *forma de controle da atividade judicial* (e não um *instrumento* da atividade estatal). Convém lembrar que Dworkin sempre pensou em princípios como argumentos morais em favor de direitos, e, portanto, contrários à chamada *discricionariedade judicial* (basta lembrar seu célebre debate com Hart[24]). Congruentemente, também aqui os princípios têm o sentido de "limite", de "controle" do poder estatal.

A par disso, qualquer proposta interpretativa de perfil dworkiniano sempre pré-compreende o compromisso fundamental assumido pelo Estado Democrático de Direito, qual seja, o de que tratará os cidadãos com igual consideração e respeito. Daí a afirmação de que a democracia é "uma parceria no autogoverno coletivo, na qual todos os cidadãos têm a oportunidade de serem ativos e parceiros iguais"[25]. É que para Dworkin é inerente à noção de autogoverno (própria da democracia), uma concepção de "participação moral", na qual se estabeleça um vínculo entre um indivíduo e um grupo pelo qual seja *justo* que o indivíduo seja responsável pelos atos do grupo.

Assim, "uma comunidade política não pode fazer de nenhum indivíduo um membro moral se não der a essa pessoa uma *participação* em qualquer decisão coletiva, um *interesse* nessa decisão e uma *independência* em relação à mesma decisão"[26]. De fato, não há democracia sem que se assegure *participação* ("o autogoverno só é possível dentro de uma comunidade que atenda às condições da participação moral"[27]). E a construção da decisão judicial *é* uma questão de democracia. Isso nos autoriza a dizer: não haverá processo jurisdicional democrático sem que se assegure a *participação* dos interessados na obtenção do provimento[28], como se verifica nas novas disposições a respeito do *contraditório dinâmico*[29]

Giuffrè Editore, 1974, p. 385-386. E isso fica evidente ao se entender que o provimento (decisão) é decorrência da atividade discursiva das partes. As manifestações do contraditório, portanto, ainda segundo Cruz e Tucci, além de operar entre as partes, convertem-se em poder-dever do juiz, que é responsável não apenas por fazer observar, mas de observar ele próprio esse princípio/direito fundamental.

[24] Conferir, necessariamente: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[25] DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 497.

[26] DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 37-8.

[27] DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, p. 36.

[28] Tenha-se bem presente que a *participação*, para Dworkin, tem um perfil não apenas formal, mas *material*, defluentes da cláusula da igualdade; assim, os direitos de "participar no processo político são igualmente valiosos para duas pessoas apenas se esses direitos tornam provável que cada um receba igual respeito, e os interesses de cada um receberão igual atenção não apenas na escolha de funcionários políticos, mas nas decisões que esses funcionários tomam". DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 91.

[29] Nesse sentido, o princípio do contraditório receberia uma nova significação, passando a ser entendido como *direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e*

que se introduz no processo brasileiro pelas mãos da Lei 13.105/2015, principalmente nos artigos 5º, 9º e 10º.

Todas as perspectivas acima referidas traduzem um ideal de democracia mais abrangente, podendo ser traduzidas como um novo paradigma processual para o caso do Brasil, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15 (março de 2016) Novo Código de Processo Civil, que, ao menos em tese, propõe um sistema comparticipativo/cooperativo, onde todos os sujeitos processuais assumem responsabilidades[30] e há a possibilidade de interlocução ativa (arts. 3º, §2º, §3º, 165 e 167). Amplia-se o contraditório (art. 10) e exige-se maior cuidado na fundamentação das decisões[31] (art. 489).

3. UMA BREVE NOÇÃO DE JUSTIÇA POLÍTICA

Para ser possível falar em justiça (política), necessário se faz recorrer a um conceito normativo suficiente para estabelecer critérios à referida justiça, isto é, estabelecer critérios objetivos suficientes para definir o que seria justo e injusto.

Aparece evidente no pensamento de Höffe que o critério de imparcialidade ou equidade seria um pressuposto basilar para o conceito de justiça. Esse talvez seja um dos principais problemas identificados no positivismo exegético, já que a aplicação literal da regra, sem a dimensão principiológica, carrega no relativismo um perigo muito maior do que a própria subsunção, como o próprio Höffe observa, dizendo que "O positivismo rigoroso toma aqui a forma de um relativismo ético-jurídico (p. ex. Kelsen, *Teoria pura do direito, 366 e 403*) para o qual, nas representações de justiça, a categoria da validade objetiva não tem significado, de modo que se torna sem sentido a busca de um conceito e critério de justiça"[32].

---

não surpresa para a formação das decisões. JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83.

[30] Cooperação não deve ser vista como mera colaboração, mas como corolário do contraditório, isto é, garantia de influência e em respeito ao princípio da não-surpresa. A decisão, portanto, é correta, não porque é justa, mas porque há um ambiente procedimental que possibilita que cada uma das partes possa contribuir para a solução da lide.

[31] Responsabilidade da prestação jurisdicional. (In)coerência de posicionamentos alheios ao caso concreto e a utilização de precedentes sem responsabilidade. Fortalecimento da integridade das decisões apartir da proibição da utilização mecânica de precedentes (arts. 932, incs. III e IV, 926 e 1.036).

[32] HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p.38.

A imparcialidade, como princípio, seria o elemento indispensável à justiça, representada na tradição das artes com os olhos vendados e com uma balança na mão[33]. A justiça como princípio decorre de mandamentos universais sobre os quais inexistem dúvidas, como é exemplo a vedação de ser juiz em causa própria (*nemo judex in sua causa*) ou da necessidade de ouvir a parte adversa (*audiatur judex in sua causa*). Tais regras de procedimento têm ínsita à ideia de dirimir conflitos sem a consideração de pessoas e, portanto, não deixando margens para escolhas (arbítrio)[34].

Entretanto, na contramão de uma teoria empírica de justiça (Rawls), onde a concepção de equidade e coerência passa ao largo da função normativa que se exige no direito[35], Höffe irá identificar a necessidade de uma análise semântica do conceito de justiça política, afirmando:

> A justificação da perspectiva da justiça que falta em Rawls vai ser objeto da análise semântica. Numa análise do significado da justiça (política), respectivamente dos predicados 'justo/injusto', não mais se investiga que ações e princípios de ação são justos e quais são injustos. Pergunta ao contrário o que quer dizer falar de 'justiça', respectivamente, de 'justo/injusto'. Em vez de perguntar o que *é* justo, se pondera como e com que direito se *fala* de justiça (política). Se ao ordenarmos a questão de acordo com o princípio da justiça da usual ética (jurídica) normativa, a questão do significado, sistematicamente antecipado, faz parte da meta-ética, respectivamente da semântica (jurídico-)ética. Nela devemos responder à questão da legitimação ainda aberta e fundamentar uma ética efetivamente normativa[36].

Nesse contexto, não há como deixar de referir o intenso debate entre procedimentalismo x substancialismo. Os críticos do procedimentalismo sabem que o

---

[33]Têmis (no grego Thêmis): é uma divindade grega onde a justiça é definida, no sentido moral, como o sentimento da verdade da equidade e da humanidade, colocado acima das paixões humanas. Por este motivo, sendo personificada pela deusa Têmis, esta se representa de olhos vendados e com uma balança na mão. Ela é a deusa da justiça, da lei e da ordem, protetora dos oprimidos. Na qualidade de deusa das leis eternas, era a segunda das esposas divinas de Zeus, e costumava sentar-se ao lado do seu trono para aconselhá-lo.

[34] A justiça consiste na negação de tal arbítrio; uma condição mínima de imparcialidade se designa por isso: *proibição de arbítrio*. HÖFFE, Otfried. *Op. Cit.*, p. 39.

[35] Poder-se-ia identificar um problema à teoria de Rawls à violação do princípio de equidade de não ouvir a parte adversa (*audiaturjudex in sua causa*), enquanto que está hipótese se justifica, no caso concreto, por diversas justificativas constitucionais (semânticas), em prol de bens jurídicos identificados como de maior relevância, como a própria efetividade do processo. Situação evidenciada nas medidas cautelares para a busca e apreensão de menores e ou para evitar frustrada a produção de provas.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PEDIDO LIMINAR DE VISTORIA. Presentes os requisitos do fumus boni iuris e periculum in mora. Necessidade de se autorizar a vistoria no estabelecimento da ré. Caso não fosse deferida a medida inauditaaltera parte, haveria a possibilidade de se frustrar a medida cautelar. Incidência do artigo 849 do Código de Processo Civil. Em decisão monocrática, dou provimento ao agravo de instrumento. (Agravo de Instrumento Nº 70049333883, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Glênio José WassersteinHekman, Julgado em 27/06/2012).

[36] HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p.43.

procedimento decorre do processo democrático, inclusive se apoiam nas concepções procedimenalistas do contrato social (véu da ignorância de John Rawls[37]). Entretanto, em países como o Brasil, onde o Estado constantemente desconsidera o seu papel constitucional, não há falar em aplicação do direito em bases procedimentalistas como se verifica, por exemplo, na proposta habermasiana[38].

O procedimentalismo pressupõe um Estado integral, exige uma sociedade organizada e atuante, bem como independente da atuação do Poder Judiciário para fazer "justiça social".

A justiça processual imperfeita, porém, de fato, não é procedimental[39]. É que ela corresponde muito mais à concepção substancial do constitucionalismo e, portanto, à concepção normativa de Constituição, do que às concepções procedimental e mecânica da Constituição. Nem por isso, porém, pode-se dizer que o substancialismo é anti-procedimental, pois ele não nega o valor dos procedimentos nem seu caráter de "condição necessária" para a justiça do resultado. Portanto, o que o substancialismo não reconhece é o caráter de "condição suficiente" da via procedimental e, por isso, concede uma presunção (relativa) em favor dos resultados obtidos seguindo o procedimento considerado justificado[40].

Em termos gerais, a pretensão do procedimentalismo é justificar resultados pela via de justificar os procedimentos seguidos para obtê-los[41]. Assim, se o procedimento justificado conforme a certos valores foi seguido, então o resultado está justificado. Como conclusão, não são impostos fins ao procedimento: os fins serão preenchidos no caso concreto. Essa

---

[37]Rawls, na sua teoria do contrato social, se propõe a responder de que modo podemos avaliar as instituições sociais: a virtude das instituições sociais consiste no fato de serem justas. Em outros termos, para o filósofo norte-americano, uma sociedade bem ordenada compartilha de uma concepção pública de justiça que regula a estrutura básica da sociedade. Com base nesta preocupação, Rawls formulou a teoria da justiça como equidade. Mas, como podemos chegar a um entendimento comum sobre o que é justo?
Para chegar a tal resultado, ele imaginou uma situação hipotética e histórica similar ao estado de natureza (chamada de posição original) em que determinados indivíduos escolheriam princípios de justiça. Tais indivíduos, concebidos como racionais e razoáveis, estariam ainda submetidos a um "véu de ignorância", ou seja, desconheceriam todas aquelas situações que lhe trariam vantagens ou desvantagens na vida social (classe social e status, educação, concepções de bem, características psicológicas, etc.). Desta forma, na posição original todos compartilham de uma situação eqüitativa: são considerados livres e iguais.

[38] E isso já foi exaustivamente dito pelo professor Lenio Luiz Streck. Vide: **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

[39] Neste sentido, AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid : Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007, p. 32.

[40] AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Op. Cit.*, p. 32-33.

[41] Levando ao pé-da-letra a concepção procedimental, é dado ao juiz deixar de analisar pedido de antecipação de tutela para deferir cirurgia/medicação para bebê com iminente perigo de morte, porque a demanda não preenche os pressupostos processuais, por exemplo. Neste exemplo o juiz estará perfeitamente amparado pela legislação processual civil vigente.

característica do procedimentalismo, porém, segundo Aguiló Regla[42], gera um dilema que é o seguinte: a) ou se aceita a possibilidade da existência efêmera do procedimento justificado, uma vez que os resultados obtidos podem ser contraditórios com os valores que legitimavam o próprio procedimento e então acaba por legitimar qualquer resultado; b) ou se introduzem os mesmos valores que justificavam o procedimento como critérios para avaliar os resultados obtidos e então deixa de ser procedimentalista.

Na visão de Aguiló é isto que ocorre com a democracia que é, simultaneamente, um procedimento e um projeto, um fim, e em razão do caráter contínuo da ação política, os mesmos valores que servem para justificar o procedimento (penso que, aqui, um bom exemplo é o da dignidade da pessoa humana que está na base do devido processo legal) servem também para avaliar os resultados alcançados e isso acaba por diluir o procedimentalismo, pois certos fins vêm ordenados e, portanto, há critérios que não dependem do próprio procedimento seguido para avaliar ditos resultados.

O substantivismo, por seu turno, propõe desenhos constitucionais e leituras constitucionais que impõem limites normativos à ação política e que estão mais adiante da simples proteção do procedimento considerado justificado[43]. A concepção substantiva, por um lado, é estrutural e põe confiança no procedimento, mas uma confiança até certo ponto; por outro lado, justamente por ser substantiva, encarrega-se de um aspecto que, pode-se denominar de aspecto "existencial[44]" do direito: os conteúdos materiais da Constituição, expressados nos direitos fundamentais, que, portanto, correspondem a verdadeiros "direitos morais", nos moldes do que ensina, por exemplo, Ronald Dworkin e sua teoria da integridade.

Neste aspecto, concordando com Dworkin, é possível dizer que a moralidade é veiculada pelos direitos fundamentais – ou seja, os direitos fundamentais terminam por se constituir em direitos morais – e, em especial, pelos princípios, introdutores do "mundo

---

[42]AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid : Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007, p. 48-49.

[43] AGUILÓ REGLA, Josep. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan.*Op. Cit.*, p. 48.

[44] A Constituição, diz Lenio Luiz STRECK, é um existencial porque "(...) faz parte do modo-de-ser-no-mundo (autêntico ou inautêntico) do jurista/intérprete. Isso significa poder afirmar que o próprio sentido de validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurgirá da antecipação de sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, onde o ser (o sentido) somente é ser-em, isto é, o ser é sempre o ser de um ente. Nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um 'ser sem o ente' (uma 'categoria' ou uma 'premissa'". STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 180-181.

prático" no Direito (Lenio Streck[45]) quando da aplicação da Constituição e dos textos legais, de acordo com a perspectiva de que trata Lenio Luiz Streck com a Nova Crítica do Direito[46] no Brasil.

A conclusão de Aguiló Regla, portanto, é a de que se deve questionar o procedimentalismo "como" uma teoria da justiça, e que a harmonização de uma teoria da autoridade com a teoria da justiça sempre será o problema do direito e das democracias constitucionais, do qual não temos como escapar. É que o ideal democrático concebido como uma superação da exclusão política leva a ver a democracia não só como procedimento (forma), senão também, e principalmente, como resultado (substância)[47]. Dito de outro modo, o direito possui uma "dimensão de autoridade" (facticidade) e uma "dimensão de justiça" (validez). Essas duas dimensões devem ser compatibilizadas, sem que uma, portanto, se esqueça da outra.

Mas, ao se entender que o procedimentalismo deve ser visto como uma "teoria da justiça", o acento deveria ser colocado na autoridade do direito, o que faria com que o rosto de conteúdo moral do direito ficasse esquecido. Em outras palavras, a justiça ficaria esquecida, sem o que não seria possível, portanto, falar em teoria da justiça mesmo. Ou seja, há um problema insolúvel, mas com o qual se tem de conviver caso se queira trabalhar com o direito. Nem o procedimentalismo pode ser tratado como teoria da justiça e nem a justiça pode depender só da autoridade, da facticidade do direito, ou mesmo somente dos conteúdos morais, ou seja, da justiça, da validez do direito.

Portanto, a noção de justiça para Höffe perpassa uma efetividade que, por vezes, se perde na própria justificação formal do direito. O exercício de uma ideia de justiça política exige uma obrigação ética, responsável, que se desdobra em uma preocupação semântica do direito em seu tempo. Portanto, justiça é relação fática, atrelada ao contexto jurídico-social, o que permite dizer que o conceito de justiça aponta, também, para uma obrigação social.

Não é qualquer obrigação social. Há que se manter íntegra a perspectiva crítica (semântica), como menciona Höffe, ao se referir aos diversos tipos de obrigações sociais,

---

[45] Observe-se que Habermas concorda e acolhe o construtivismo principiológico de Dworkin, no sentido de que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral que, *embora traduzido para o direito*, possibilita ao indivíduo atuar juridicamente por exigência moral, reconhecendo, no entanto, ao direito e às normas jurídicas, especificidades que impedem que o direito seja considerado como um caso especial de aplicação da moral. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. Ed, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013, p.158.

[46] Consulte-se STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

[47] AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid : Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007, p. 50.

"Para determinar o exato tipo de obrigação, é preciso que se distinga primeiramente entre obrigações positivas e convencionais, isto é, entre obrigações que efetivamente valem num grupo e aquelas obrigações com que perguntamos pelo que está atrás do efetivamente válido para avaliá-lo. A justiça faz parte da segunda esfera; ela não é um conceito de justiça, mas um conceito da *legitimação crítica"*[48].

4. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CUMPRE A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE UMA JUSTIÇA MORAL?

Diante do que se articula acerca da justiça política e do direito, principalmente em relação ao papel do processo como mecanismo para assegurar a prestação jurisdicional democrática, isto é, moralmente adequada à Constituição, impõe-se pontuar algumas alterações substancias que permitem o posicionamento afirmativo em relação ao conteúdo das novas disposições do processo civil no Brasil.

4.1 Mudança de paradigma na aplicação do Direito: sistema comparticipativo/cooperativo de processo

A exemplo do que aconteceu no modelo processual português (1990) e alemão (1976), as reformas processuais verificadas no Brasil, embora bastante atrasadas em relação aqueles países, caminha na direção oposta da tradição fundada no processo liberar, isso porque, em alguma medida, o novo processo aposta no ativismo judicial (democrático), pois pretende partilhar com as partes a direção do processo, ao que se denominou de *cooperação intersubjetiva*, como ressalta Humberto Teodoro Júnior "que se propõe a uma autorresponsabilização de todos os sujeitos processuais, seguindo o exemplo alemão"[49].

A proposta de cooperação entre todos os integrantes da relação processual cria para o magistrado o dever de prevenção, esclarecimento, assistência das partes e, acima de tudo, a tematização entre as partes sobre todos os pontos fáticos e jurídicos que envolvem a demanda a solução dela. Tal exigência vem expressa na dicção do artigo 357, §3º, do Novo CPC, dispor: Art. 357. *Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:* § 3º *Se a causa apresentar*

[48] HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 46.
[49] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio Quinaud Pedron. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Assim, pela interpretação da disposição processual acima explicitada, o juízo deve propiciar o que denominou de saneamento em cooperação, com o intuito de preservar o direito das partes ao *contraditório substantivo*, isto é, garantia da influência na decisão pela vedação da não surpresa. Neste contexto, é possível afirmar que uma decisão judicial é correta não porque é justa, mas porque há a construção de um ambiente procedimental que possibilita que cada uma das partes possa contribuir de modo efetivo para a solução da lide.

No sistema cooperativo, portanto, todos os sujeitos do processo assumem responsabilidades e a possibilidade de interlocução ativa, como a expressão de um processo mais democrático, ou seja, ampliando-se o conceito de contraditório que era reduzido tão-somente à possibilidade de ser comunicado e de ser ouvido (dimensão formal).

Ainda, o juiz assume a obrigação, conjuntamente com as partes, de otimização do processo mediante a implementação de técnicas de gestão processual do conflito, como se verifica no § 3º, do artigo 3º, que dispõe: *A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.* Portanto, o Novo Código assume uma postura de desjudicialização da sociedade, mediante da busca, sempre que possível, pela solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º).

De qualquer modo, antes de se formar o processo para o seu trâmite do modo convencional, a suposta lide deverá passar por uma triagem com o intuito de obstar o desenvolvimento do processo e, assim, ser levado ao conhecimento judicial tão-somente em último caso. É o que se conclui com o que se denominou de *improcedência liminar do pedido* previsto no artigo 332, similar ao disposto no artigo 285-A do Código de Buzaid, em que o juiz poderá, preenchidos alguns requisitos, julgar de plano a improcedência do pedido.

Não sendo caso de aplicação do disposto no artigo 332 do Novo CPC, no Capítulo V vem contemplada a necessidade da designação deaudiência para verificação das hipóteses de *conciliação ou mediação*, prevista no artigo 334 (triagem em que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que inexista relação jurídica subjacente ao conflito; já o mediador, atuará preferencialmente nos conflitos onde haja vínculo anterior entre as partes).

4.2 A perspectiva democrática que visa afastar o protagonismo judicial e implantar um novo formalismo processual.

O contexto formado pelo senso comum do direito contém a falsa percepção do positivismo jurídico atrelado à perspectiva de justiça, isto é, bastando como elemento de validade que algo esteja adequadamente contido na lei. Quando se fala em crise (no direito), principalmente fazendo referência à Nova Crítica do Direito de Streck (NCD), é porque existem problemas no plano semântico-interpretativo, num grau de (ausência) de fundamentação[50], decorrente do próprio equívoco do sentido do direito e a sua relação com a justiça.

Embora já tenha superado o positivismo exegético, isto é, a interpretação jurídica como mera descrição literal da lei, tal situação não autoriza a conformação com axiologismos realistas que conferem ao juiz a capacidade de escolher princípios, ao que se denominou de "ponderação" (Robert Alexy), de há muito denunciado por Streck[51] como um grave problema para o direito, principalmente porque malfere a democracia.

A conhecida dicotomia do direito, que oscila entre o posicionamento teórico-dogmático e o posicionamento valorativo psicológico, somente será enfrentada de maneira adequada e/ou será bem entendida a partir do momento em que o conceito de direito estiver atrelado à noção de justiça.

---

[50] A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem ontológico-lingüística (especialmente com Heidegger e Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto. Essa viragem – que, se registre, supera o "primeiro" *linguisticturn*de viés analítico (e neopositivista) – deve ser compreendida a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*) e pela diferença ontológica (*ontologischeDifferenz*). STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 – nº 1 - p. 158-173/jan-abr 2010, p. 2.

[51] No campo jurídico, o "maior avanço" parece – e apenas parece – ter sido dado por Alexy, que de algum modo pretende conciliar o método analítico da Jurisprudência dos Conceitos com o axiologismos da Jurisprudência dos Valores. Com efeito, procurando racionalizar o uso da moral corretiva (p.ex., através da Jurisprudência dos Valores, que ele buscou "controlar" racionalmente), Alexy contenta-se em dizer, em um primeiro momento, que os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que ele acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja "clareza" no enunciado legal e na rede conceitual que o compõem. Ou seja, Alexy, em parte, continua apostando no exegetismo, ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. Para além dessa "suficiência ôntico-exegética", quando estiver em face de um caso difícil, apela para o outro nível da semiótica: a pragmática. Mas a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexiana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade. Portanto, dependerá do *sub-jectum*, de um *solus ipse*. STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 30.

Atrelar o direito a um interesse neutro, dissociado da aplicação, como uma característica fortemente defendida pelo positivismo kelseniano se caracteriza como um mito, enquanto amoralismo político.

Não resta dúvida que, nem toda a supressão da dimensão de justiça, tem um significado positivista (legalista). Há, como subespécie do próprio positivismo (legalista), o que se denominou de positivismo realista, no qual se acredita na moral como corretiva do direito, fruto da subjetividade e da convicção pessoal do intérprete.

Dessa forma, alguns juristas preocupam-se com uma crise instaurada no direito, de cariz filosófico. Lenio Streck aborda o problema da filosofia da consciência, dizendo que não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicialneste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto, sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado Democrático de Direito e discricionariedade são incompatíveis – e essa questão é fulcral[52].

Daí a série de medidas contidas no Novo Código de Processo Civil que visam enfrentar o problema da discricionariedade judicial, não só pela supressão de institutos que autorizavam ao juiz impor livremente a sua vontade, mas, também, pela criação de mecanismos que, em nome da democracia, exigem uma postura isenta do juiz: maior exigência na fundamentação adequada à Constituição, principalmente na utilização indiscriminada de precedentes (art. 489, §1º, inc. V, CPC[53]); cláusula de negociação judicial (art. 190, CPC[54]) e cooperação processual (arts. 321 e 379, CPC[55]), também denominada de *sistema policêntrico*, com a perspectiva democrática de afastar qualquer forma de protagonismo do Estado-juiz.

---

[52] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed, 2011, p.65

[53] Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

[54]Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[55] Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;III - praticar o ato que lhe for determinado.

CONCLUSÃO

Diante da relevante aproximação entre o Direito e a Filosofia torna-se mais facilitada a compreensão de temas jurídicos complexos, em especial na refundação dos conceitos a partir da publicação da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil), permitindo a doutrina exerça seu papel crítico-reflexivo.

Nesse sentido, buscou-se identificar a ligação moral na mudança de paradigma de alguns conceitos de natureza processual, principalmente em propiciar um aumento da cooperação entre as partes e, dessa forma, tornar o procedimento mais democrático. Assim, identificou-se uma série de institutos que, a exemplo da reformulação do *princípio do contraditório*, agora se apresenta com um substancial, necessário para justificar o compromisso democrático e de efetivo acesso à justiça determinado pela Constituição da República.

Daí se extrai que o contraditório não se limita à bilateralidade da audiência, ampliando o seu horizonte para a garantia de influência e de não surpresa das partes em relação ao provimento jurisdicional, razão pela qual há um deslocamento do polo de tensão da jurisdição para o processo, em decorrência das exigências da democracia endoprocessual (comparticipação e policentrismo decisório).

Tomando-se como base a transição de série de conceitos processuais em vigor para novos conceitos previstos na Lei 13.105/15, inexorável concluir que o novo paradigma do Código de Processo Civil de 2015 contém uma perspectiva moral que o liga ao Direito (paradigma ético-democrático), ou seja, ganha força a noção substantiva de Justiça e implementa-se de vez a marca pós-positivista da Força Normativa da Constituição (Konrad Hesse).

Portanto, lançando mão da contribuição da hermenêutica filosófica (Hans-Georg Gadamer), da filosofia hermenêutica (Martin Heidegger) e da noção do Direito como Integridade (Ronald Dworkin), é possível concluir que o advento da nova lei processual se realinha pela ética do *cuidado* no processo de ressignificação de conceitos do processo, principalmente porque se destina a produzir justiça a partir de um ambiente cada vez mais democrático e com uma prestação jurisdicional verdadeiramente efetiva.

REFERÊNCIAS

AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución. In: AGUILÓ REGLA, Josep; ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Fragmentos para una teoría de la constitución**. Madrid : Portal Derecho, S.A., Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**.São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HEIDEGGER. Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa.** Tradução de Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Tradução Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría De La legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia, Flávio QuinaudPedron. **Novo CPC: Fundamentos e** sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

SCHNEIDER, Paulo Rudi. **Notas sobre a relação entre indiciação formal e experiência**. Nat. hum., 2012, vol.14, nº.1, p.39, ISSN 1517-2430.

STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: uma juste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

STRECK, Lenio Luiz Streck. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a "Letra da Lei" é uma Atitude Positivista?** Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 – nº 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.