

# A HERMENÊUTICA COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DA CRISE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Rennan Faria Thamay\*

*"Los aquí presentes no somos más que hombres privados que no cuentan con más título para hablar, y para hablar juntos, que una cierta dificultad común para soportar lo que está pasando." (Michel Foucault, frente a los gobiernos, los derechos humanos)*

**RESUMO:** A questão que se coloca é a de perceber a alta relevância que a hermenêutica possui para a realização da justiça e dos critérios de melhor solução das problemáticas, em uma sociedade que clama a cada dia por uma real intervenção da filosofia no direito e não somente de uma filosofia do direito. A hermenêutica está sendo utilizada aos poucos e está sendo compreendida, o que é realmente uma grande vantagem tanto para as ciências como para a sociedade. Solver as dificuldades que se colocam dia a dia são as maiores buscas da atualidade. Sabe-se que crises existem e que ocorrem naturalmente, sendo possível a solução via a utilização da hermenêutica no direito, através da tradução do discurso<sup>1</sup>. Pontuadamente será perceptível a existência da crise do direito, assim como nas outras ciências, expandindo-se especificamente para o Direito Processual Civil, onde a busca pela realização de justiça no caso concreto é latente e cada vez mais perseguida. Para que nesse ramo do direito possamos vencer as barreiras do formalismo e do procedimentalismo exacerbado, necessitamos da “arte” de desvendar, desvelar, interpretar e traduzir aquilo que a norma ou a decisão judicial querem, efetivamente, dizer para os seus “ouvintes”. Essa é a grande vertente de solução das problemáticas, a utilização da hermenêutica no direito, diga-se, pontuadamente, no Direito Processual Civil, onde os conflitos e lides crescem a cada dia em decorrência da grandiosa demanda de uma sociedade hiper-complexa que aprendeu a conviver com as questões de maior relevância e dificuldade, que por vezes vem em decorrência da incorreta forma de elaboração das normas e por vezes da incorreta aplicação da norma. Aqui ocorre a crise que pode ser superada via a utilização da hermenêutica, ultrapassando as crises que se colocam frente ao direito, como ciência, e assim também frente ao Processo Civil que foi e ainda é muito “destratado” pelas mais diversas formalidades que insistem a se colocar cada vez mais a serviço da não realização e concretização dos direitos dos cidadãos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica, crise do direito e do processo civil brasileiro, superação da crise do direito processual civil através da hermenêutica, hermenêutica no direito.

**ABSTRACT:** The question that arises is to realize the great importance that hermeneutics has to achieve justice and criteria for best solution to the problem in a society that cries every day for a real intervention of philosophy in law and not only a philosophy of law. Hermeneutics is being used and is gradually being understood, which is really a great advantage for both science and society. Solve the difficulties that arise every day are the largest search to date. It is known that there are crises that occur naturally and, with the possible solution through the use of hermeneutics in the right, through the translation of the speech.

---

\* Doutorando em direito pela Universidad Nacional de La Plata – UNLP, com estudos realizados junto a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, PUC Minas e Phoenix International University – PIU, Estados Unidos da América; Especialista em Direito do Consumidor e Fundamentais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Professor visitante/convidado da PIU; Professor titular no IMED/CETRA/RS; Professor titular e coordenador do Direito Civil e Processual Civil do Retorno Jurídico/RS; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Membro efetivo do Grupo de Processos Coletivos da PUC/RS; Advogado; Consultor jurídico e escritor colaborador efetivo da Revista de Processos Coletivos da PUC/RS e da RDS (Revista de Direito Social) com circulação nacional.

<sup>1</sup> O discurso pode traduzir poder como diria Michel Foucault, sendo tanto na via do discurso falado ou escrito. Nesse sentido FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Barcelona: Tusquets, 1992, p.18 e ss. Sobre a relevância de falar e das peculiaridades da linguagem vale tomar nota das lições de Foucault para quem tenha interesse na temática *in* FOUCAULT, Michel. **Las palabra y las cosas**: una arqueologia de las ciencias humanas. 2. ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008, p.95 e ss.

Pointedly that there will be noticeable right from the crisis as well as in other sciences, expanding specifically for the Civil Procedural Law, where the search for realization of justice in this case is latent and increasingly persecuted. For this branch of law can overcome the barriers of formalism and proceduralism exacerbated, we need the "art" to unveil, uncover, interpret and translate what the standard or the court want to effectively tell their "listeners." This is the big part of solving the problem, the use of hermeneutics in the law, it is said, pointedly, the Civil Procedural Law, where conflict and labors grow every day due to the great demand for a hyper-complex society that has learned to live with the issues of greatest importance and difficulty, which sometimes comes as a result of the incorrect form of development of standards and sometimes the incorrect application of the rule. Here is the crisis can be overcome via the use of hermeneutics, overcoming the crises that confront the law, like science, and thus also against the Civil Procedure which was and still is very "insulted" by the various formalities to insist that if you put more in the service of non-completion and implementation of the rights of citizens.

**KEYWORDS:** Hermeneutics, a crisis of law and Brazilian civil procedure, overcoming the crisis of civil procedural law through hermeneutics, hermeneutics on the right.

## INTRODUÇÃO

Nossa sociedade imediatista caminha a passos largos para um futuro do qual não se sabe qual será o resultado, Brasil e Argentina têm se desenvolvido muito rápido, em relação a países como os europeus que demoraram muito mais para chegarem ao patamar atual de desenvolvimento, e esse desenvolvimento célere, para países relativamente “jovens” como os anteriormente mencionados, pode trazer conseqüências perigosas, tomando, por exemplo, o caso da bioética onde os mais variados problemas podem se dar<sup>2</sup>.

Todo esse crescimento é interessante, principalmente por trazer novas perspectivas para as pessoas que vivem o presente, rememorando o passado de lutas e de vitórias que propiciaram um futuro belo, que promete muitas conquistas e vitórias<sup>3</sup>. Para tudo isso, passaremos pela análise da superação da crise do Direito Processual Civil brasileiro que passa pela utilização da hermenêutica e da filosofia no direito<sup>4</sup>, e não meramente da hermenêutica ou da filosofia do direito, vislumbrando a realização dos direitos que por vezes são afastados em decorrência da “mera” utilização dos das

---

<sup>2</sup> Nessa seara as dificuldades legislativas e judiciais são as mais variadas possíveis, necessitando de tratamento particularizado e cauteloso para que injustiças não se efetivem. Nesse sentido Cf. TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. 1. ed., Buenos Aires: Dunken, 2007. Sendo essa uma obra que demonstra em que nível de discussão nós sul-americanos nos encontramos, nesse caso mais próximo da realidade vivenciada na Argentina. Ademais, sobre a temática, vale conferir: TINANT, Eduardo Luis. **Ética, derecho y biotecnología**. JÁ, 2000-IV-1101; TINANT, Eduardo Luis. **Los derechos humanos a la luz de la bioética**. JÁ, 2003-III-1023; TINANT, Eduardo Luis. TEALDI, Juan Carlos [diretor]. **Diccionario latinoamericano de bioética**. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacionalde Colombia, 2008, p. 168 e ss.

<sup>3</sup> Essa análise a partir de um passado iluminado é relevante para que o futuro seja influenciado por um passado vitorioso e belo, isso é relevante para que a nossa sociedade não ande em um futuro nebuloso, fazendo vívidas as palavras do jurista Frances Tocqueville [que foi magistrado em 1827], que o passado, quando não mais ilumina o futuro, deixa o espírito andando nas trevas. In: TOCQUEVILLE, Alexis de. **La démocratie em Amérique**. Paris: Garnier: Flammarion, 1951, t. II, cap. VIII, p.336.

<sup>4</sup> Há hoje, sim, uma necessidade de aclarar as coisas aos juristas hodiernos, sendo muito relevante a compreensão de que a filosofia existe e é forma de cognição e entendimento social e humano individual e muito anterior ao direito, podendo por esse ser utilizada para a correta formar de solução das complicações que se apresentem. Hoje se fala de filosofia do direito quando deveríamos pensar em filosofia no direito, visto que a filosofia não é modificada pelo e para o direito, mas, sim, o direito que é modificado e adequado no limites da filosofia para que assim essa ciência jurídica possa se “socorrer” da filosofia para que as grandes complexidades sejam resolvidas. Nesse sentido vale observar as pontuadas colocações do jus-filósofo argentino Eduardo Luis Tinant que propõe também, com clareza, a necessidade de pensar no direito na bioética assim como a filosofia no direito. Cf. TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. Op. Cit., p.149 e ss.

formas procedimentais que pouco, ou quase nenhum, compromisso tem para com a realização fenomênica dos direitos e garantias fundamentais.

O Processo Civil vivencia uma crise de grande magnitude, assim como o direito e outras tantas instituições das mais diversas ciências, o que demonstra que a sociedade está buscando a superação, mas que, por vezes, não sabe por onde começar. Talvez fosse relevante observar a linguagem<sup>5</sup> que é empregada e que, por vezes, acaba fazendo ocorrer as diversas problemáticas, visto que a linguagem<sup>6</sup> do direito e dos juristas são, em alguns pontos, até distintas e, quase sempre, totalmente dispares do estilo de linguagem socialmente empregada<sup>7</sup>. Esse é um dos pontos que causa ainda maiores dificuldades aos juristas para conseguirem entender uns aos outros e, assim, interpretar de forma coerente o texto superando as diversas incompreensões existentes.

Para vislumbrar no Direito Processual Civil a solução das celeumas se faz necessária a correta forma de observação daquilo que a norma ou os julgados querem realisticamente “dizer”, ou seja, saber o interprete repassar aos demais qual a vontade da norma, sabendo e traduzindo, para quem não compreenda, aquilo que era até o momento incompreensível, fazendo haver clareza no que realmente está sendo previsto ou ainda decidido judicialmente.

Assim, passaremos pela análise da crise que paira sobre o Direito Processual Civil, percorrendo as possíveis formas de superação e chegando a uma das propostas que é, claramente, a utilização da hermenêutica como forma solução das celeumas processuais.

## 1. A CRISE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Nossa sociedade<sup>8</sup> de modernidade tardia<sup>9</sup>, que para alguns é vista como pós-moderna<sup>10</sup>, vivencia as mais diversas ocorrências em ritmo acelerado em demasia,

---

<sup>5</sup> Sobre a relevância de falar e das peculiaridades da linguagem vale tomar nota das lições de Foucault para quem tenha interesse na temática *in* FOUCAULT, Michel. **Las palabra y las cosas**: una arqueologia de las ciencias humanas. Op. Cit., p.95 e ss. Quando falamos em poder, sobre o olhar de Foucault, somos conduzidos a pensar na forma de produção do discurso, visto ser o discurso poder. Destarte, a sua produção se divide em requisitos de exclusão (conhecido também como externo), interno e de seleção dos sujeitos falantes. Na exclusão será observado o viés da proibição, separação da razão e da loucura, finalizando com a formação da *voluntad de verdad*. Já nos requisitos internos será observado o comentário, autoria e disciplina. Por fim, na seleção dos sujeitos falantes encontraremos o ritual, a doutrina, sociedades e discussão e apropriação social do discurso. *In* FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Op. Cit., p.14 e ss.

<sup>6</sup> Sobre a busca da autoridade lingüística vale observar BOURDIEU, Pierre. **Introducción y La producción de la lengua legítima**. Madrid: Akal, 1999, p.31.

<sup>7</sup> Sobre essa abordagem da linguagem, que merece análise aprofundada em momento especial e próprio, vale observar KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**. Buenos Aires: Eudeba, 1973. Especificamente no cap. II onde são abordados os Elementos da semiótica jurídica, lógica das normas e da lógica jurídica.

<sup>8</sup> Que vivencia celeumas das mais complexas como a dignidade e possível autonomia da pessoa no final de sua vida, tema que tem sido debatido em todos os cantos do mundo, onde se deve observar qual deve ser o direito a ser preservado nesse caso. Sobre essa temática vale observar TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. Op. Cit., p.81 e ss. Além dessa problemática de altíssimo grau de complexidade vale trazer a este trabalho para os interessados a necessária observação da situação dos anencefalos e dos *nasciturus*. No caso destes últimos deve ser observada a mesma obra do jurista e filósofo Eduardo Tinant a partir da página 55e as seguintes. Em relação a anencefalia observe-se a mesma obra ora referida do pensador argentino Eduardo Tinant, pontuadamente a partir da página 63 e seguintes. Podem ser observadas a seguintes obras referentes ao conteúdo em discussão: TINANT, Eduardo Luis. **Genética y justicia**. (compilador-director); coautores: BYK, Christian, MAINETTI, José A., MEDINA, Graciela, BIANCHI, Néstor O., MARTÍNEZ MARIIGNAC, Verónca L., BERGEL, Salvador D., y LOJO, María Mercedes, SCJBA, La Plata, 2001; LABRUSSE-BRIOU, Catherine. **Le droit saisi par La biologie**. Des

sendo essa uma característica de uma sociedade extremamente consumista<sup>11</sup> e calcada em valores capitalistas<sup>12</sup>.

As diversas ciências<sup>13</sup> vivenciam hoje momentos peculiares e distintos de tempos a trás, quando tudo era “belo” com as diversas descobertas e criações, passando por um momento turbulento de crise. Essa chegou, naturalmente, às ciências jurídicas e sociais, especificamente ao direito<sup>14</sup>. Decorrencia dessa chegada no direito foi a extensão da crise ao Direito Processual Civil.

Antes de adentrarmos nessa especificidade vale entender o que venha a ser a crise e qual o motivo de sua ocorrência. Naturalmente se torna perceptível que a crise que chega a grande parte dos ramos da ciência é, muito antes disso, decorrencia da crise de uma sociedade que foi projetada para “funcionar” de uma forma, mas que não tem conseguido adimplir com essa maneira de existência.

Não seria diferente com o direito, pois se a sociedade como tal está em crise, quase que por natural, as ciências e institutos científicos estarão todos em crise.

Nesse peculiar vale observar que nem toda crise tem por principal característica a “perda”, ou ainda, o prejuízo. Por vezes a crise vem para que uma sociedade possa novamente crescer de seu ponto de estagnação naturalmente ocorrente. Sabe-se que a crise propicia esse crescimento de uma sociedade que busca mudar aquilo que não deu certo para que o crescimento social e científico seja gradual e natural<sup>15</sup>.

---

juristes au laboratoire, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996; GILLY, François-Noel. **Éthique et génétique, La bioéthique em questions**. Ellipses, Paris, 2001.

<sup>9</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.25.

<sup>10</sup> Sabe-se que o Estado brasileiro sequer passou pelo estado social, assim como outros países, neste sentido ver Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2009. Sobre a idéia de ser o nosso Estado pós-moderno vejamos: CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Forum, 2009, p.24 e ss; BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p.7 e ss; JAYME, Erik. **Cours général de droit intenacional prive**, In recueil des cours, Académie de droit intenacional, t, 251, 1997, p.36-37; LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986; KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997; HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1992; VATTIMO, Gianni. **O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna**, Lisboa: Editorial Presença, 1987; SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997.

<sup>11</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada**. Trad. de Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 2006, p.224 e ss. Vale ainda observar: BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Trad. de Albino Santos Mosquera. 1. ed., 4. reimp., Buenos Aires: Paidós, 2009, p.109 e ss.

<sup>12</sup> Os valores do capitalismo são perceptivelmente observados na concepção Weberiana, quando acaba por vislumbrar uma ligação de tudo para com o capital, assim como o capital teria alta relevância para que os protestantes obtivessem mais participatividade, assim vale observar WEBER, Max. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo**. Buenos Aires: ediciones libertador, 2007, p.18. Sabe-se, todavia, que o capitalismo também se encontra em uma “encruzilhada” como aduz Miguel Reale, referindo da celeuma vivenciada até por este modelo que muito prometeu e, realisticamente, pouco cumpriu. Cf. REALE, Miguel. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: SENAC, 2000, p.13 e ss.

<sup>13</sup> Nesse ponto obra que não pode deixar de ser referida é a de Boaventura de Souza Santos *in*: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2008, p.09 e ss.

<sup>14</sup> Observando as referencias do jurista Lenio Streck percebemos que a crise se lastreou, verdadeiramente, para os mais diversos ramos do direito. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: Op. Cit.**, p.294 e ss; A noção de crise que se apregoa aqui é a crise do direito, que foi bem abordada por Shelma Kato *in*: KATO, Shelma Lombardi de. **A crise do direito e o compromisso da libertação in Direito e justiça: A função social do Judiciário**. Org. José Eduardo Faria, 3. ed., São Paulo: Ática, 1997, p.167 e ss.

<sup>15</sup> O Estado que está em crise, sabidamente, estará em crescimento ou transformação, pois a crise faz com que este ente tome as providências necessárias para crescer e superar a dificuldade da crise. Desta feita a crise do Estado nos coloca em estágio de constante transformação e mudança de concepção de Estado. Assim deve ser

Bem, superando esse delongado debate dos malefícios e benefícios da crise, vejamos em que crise o Direito Processual Civil se “enfio”, ou ainda foi “colocado”. Sabe-se que o direito tem sérios problemas, em nossos dias, em relação a sua autonomia que cada vez é menor e mais frágil<sup>16</sup>. Mesmo assim a crise que atingiu frontalmente o direito como ciência é que foi determinante, demonstrando que todos os ramos do direito se encontravam em situação de real problemática, e pior, de crise.

No Direito Processual Civil a crise se instalou de uma forma aparentemente insanável, decorrência não só da complexidade crescente das relações sociais como também da extensa reforma legislativa desmedida que se postou em nosso país<sup>17</sup>. Talvez seja um defeito que muitos países possuam o de legislar de formar desmedida<sup>18</sup> e despreocupada com as conseqüências, que, via de regra, são nefastas ao extremo, gerando um problema desconhecido, até então, para esse ramo do direito.

A crise decorrente de vários pontos, tanto do excesso legislativo desnecessário como da alta complexidade das relações, faz com que o Processo Civil buscasse formas de produção da efetividade que seria decorrência natural se não existisse uma crise fortemente instalada. Hoje o Processo Civil brasileiro busca o devido processo legal<sup>19</sup>, contraditório<sup>20</sup>, ampla defesa<sup>21</sup>, celeridade<sup>22</sup> [que visa evitar o processo moroso<sup>23</sup>,

---

observado o posfácio da obra de Jacques Chevallier, in CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno. Op. Cit.**, p.279.

<sup>16</sup> Essa idéia de autonomia do direito nasceu em Roma, teve relação com o pensamento jurídico medieval e com a *ius commune*, chegando até nós pelo normativismo moderno, trazendo-se também a noção de legalidade. In: NEVES, Antônio Castanheira. **O direito hoje em com que sentido?** Lisboa: Editora Piaget, 2002, p.23. Valendo referir que a referida autonomia do direito vivencia momento complexo de verdadeira não autonomia.

<sup>17</sup> Prova da força que essa crise alcançou se dá através da elaboração de um anteprojeto de “novo” Código de Processo Civil para o Brasil, o que a muitos preocupa e que a outros encanta. A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009 vem tecendo posicionamentos sobre a reforma no sentido claro de mudança. Não nos parece que deva ser esse o caminho e de forma tão rápida sem preocupações que os jurisdicionados e operadores do direito, onde muita coisa mudará e fará com que o “caos” se instale, pelo menos por um tempo, fazendo haver necessidade de uma nova preparação de todos juristas que sabidamente precisam do Código de ritos para chegar a obter uma sentença que seja a “solução” da lide. Crê-se que a mudança deve ocorrer e é necessária, mas não dessa forma tão célere, podendo existir real risco de danos gravíssimos à sociedade.

<sup>18</sup> Essa conseqüência legislativa brusca e preocupada única e exclusivamente como legislar está claramente ligada à noção de positivismo jurídico, que foi aduzida também por Bobbio, sendo sabidamente uma noção muito perigosa que precisa ser bem trabalhada para não gerar o engessamento do sistema. Sobre essa noção de positivismo jurídico vale conferir MARÍ, Enrique E., **Papeles de filosofia (...para arrojar AL Alba)**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 1993, p.169 e ss.

<sup>19</sup> Sobre esse princípio aduz Nelson Nery Júnior que “ O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como base a qual todos os outros se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of Law*. (...)” in NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. rev. atual., São Paulo: RT, 2002, p.32. Também sobre o devido processo legal vale consultar a bela obra de Cassio Scarpinella Bueno in: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil: vol. 1**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.104 e ss. Rememore-se que para alguns quando se trata deste princípio, ora observado, dever-se-ia chama de devido processo constitucional e não como é chamado de devido processo legal. Idem., p. 106.

<sup>20</sup> Sobre esse princípio consultar BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, Op. Cit.**, p.107. *Verbis* “ O núcleo essencial do princípio do contraditório compõe-se, de acordo com a doutrina tradicional, de um binômio: ciência e resistência ou informação e reação. O primeiro destes elementos é sempre indispensável; o segundo, eventual ou possível.”; também observar NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal Op. Cit.**, p.134;

<sup>21</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, Op. Cit.**, p.112 e ss.

<sup>22</sup> Sobre a conceituação desse princípio devem ser observadas as ponderações de PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.171 e ss. Ademais, deve-se observar que a celeridade nem sempre garante justiça, por vezes o que se dá é o contrario, pois a celeridade,

efetividade e produção de justiça<sup>24</sup> no caso concreto dentro de uma nova noção de razoável duração do processo<sup>25</sup>. Essa principiologia complexa, que busca superar a complexidade de nossa sociedade, se torna cada vez mais aprofundada.

O devido processo legal está relacionado com uma idéia de processo organizado, que respeite certo formalismo<sup>26</sup>, mas desde que seja realmente valorativo<sup>27</sup> e não um formalismo que desprestige o seguimento célere da demanda e muito menos de um formalismo que se apegue ao extremo a forma sem prezar pela obtenção da solução efetiva da problemática.

Diversas alterações já foram procedidas no modelo de Processo existente até aquele momento, alterando-se o agravo<sup>28</sup>, a execução<sup>29</sup>, a forma de se contar os prazos<sup>30</sup>

---

por sua natureza, gera injustiças pela ausência de tempo para solucionar a problemática, afastando a idéia da justiça cidadã, in SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2008, p.24.

<sup>23</sup> A necessidade de pensar algo que possa agir contra a morosidade ou lentidão dos processos, algo que está sendo perceptível, sobre a busca de soluções veja – versão mais atual de - OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p.17; Também observar MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: Teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: RT, 2006, p.186 e ss.

<sup>24</sup> Falar de busca de justiça é algo que sempre foi referido por todos sem, no entanto, saber qualificar corretamente o seja essa ocorrência. Esquecendo suas origens e toda a dificuldade de conceituação do justo, podemos utilizar as idéias do jurista argentino Augusto Mario Morello quando busca desvendar um processo justo, processo que esteja comprometido em obter o máximo de proximidade ao justo. Cf. MORELLO, Augusto Mário. **El proceso justo: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos**. La Plata: Platense, 1994.

<sup>25</sup> Para averiguar essa noção de razoável duração do processo veja-se: CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005, p.216. “Isso importa dizer que todos têm acesso à justiça para postular e obter uma tutela jurisdicional adequada. Nesse contexto, a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável garante o efetivo acesso à justiça, porquanto o direito à prestação jurisdicional dentro de um tempo aceitável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva”. Também podem ser trazidas à baila as palavras de MARINONI, Luiz Guilherme, **Curso de processo civil: Op. Cit.**, p.221 e ss. Esse princípio está ligado ao da celeridade, sendo o garantidor máximo da idéia de tempo adequado ao processo, sendo a válvula de escape para que o processo possa ser ao mesmo tempo célere e respeitador do devido processo legal. Sobre a relação tempo e direito – no nosso caso do processo – segundo o jurista francês François deve-se tomar o devido cuidado para que as coisas não se acelerem por demais, visto que o direito deve seguir o seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima. In: OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.39.

<sup>26</sup> Crítica fortemente elaborada em relação ao formalismo vem de Schopenhauer referindo que deve haver desapego para com o formalismo por não nos apresentar grande vantagem, *vide*: Schopenhauer, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p.21.

<sup>27</sup> Sobre a idéia de formalismo no Processo Civil, calha referir à obra do jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que refere a importância do formalismo, na medida adequada, sendo este formalismo, para ser aceitável, valorativo e não um formalismo despropositado que afoga o Poder Judiciário e prejudica a sistemática processual. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., rev. e ampli., São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>28</sup> Foi modificado pela Lei 11.187/2005, fazendo com que a regra dos agravos passasse a ser o retido e não mais o de instrumento, que se dará somente em casos excepcionais, legislativamente falando, mas que na prática pouca coisa mudou.

<sup>29</sup> Nesse caso diga-se corretamente fase de cumprimento de sentença onde foram agregadas ao artigo 475 diversas letras, que vieram postados pela Lei 11.232/2005.

<sup>30</sup> Nesse ponto a mudança se deu por conta da Lei 11.419/2006, quando se fala da informatização do processo, especificamente quando se fala da idéia de contagem do prazo, onde a partir da mudança conta-se a disponibilidade, depois a publicação e só então se inicia a contagem natural dos prazos, conforme o art. 4º, § 4, *vide*: “Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

e muito mais. Todas essas mudanças foram formuladas e projetadas sob o enfoque da celeridade processual. A intenção do legislador foi boa, sem, no entanto, atentar para a medida em que essa celeridade deveria estar posta, de forma que não viesse a prejudicar as partes e muito menos ao próprio Processo Civil brasileiro<sup>31</sup>.

Com tudo isso o que acabou por se dar, embora fosse boa a intenção do legislador<sup>32</sup>, foi a “desestruturação” do Processo Civil brasileiro, que hoje está representado por um Código extremamente recortado e desarmônico. Afora isso, relativamente à problemática da celeridade, que demonstra claramente a existência da referida crise do Direito Processual Civil, vejamos, por exemplo, o art. 285-A<sup>33</sup> do Código de Processo Civil, que criou um “monstro” em favor da tão pretendida celeridade.

Segundo esse dispositivo poderá o juiz repetir o teor da sentença<sup>34</sup> prolatada anteriormente, dispensando inclusive a citação da parte ré, desde que a questão em debate seja matéria exclusivamente de direito, devendo a sentença, exarada pelo mesmo juiz, ser de total improcedência. Essa é a “grande conquista” para muitos, mas que veridicamente nada possui de conquista, mas, sim, uma verdadeira desconstrução<sup>35</sup>.

Essa celeuma deve ser solvida a tempo, antes que muitos direitos sejam afetados e muitos cidadãos sofram de forma desmerecida em decorrência da celeridade processual desmedida.

O dispositivo, ora comentado, é problemático assim como refere Nelson Nery Júnior<sup>36</sup>, [ pendendo de solução inclusive frente ao Supremo Tribunal Federal através da ADI 3.695/DF<sup>37</sup> ] pois, em busca da celeridade, rompe-se com diversos princípios de

---

§ 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação.”

<sup>31</sup> A intenção do legislador foi no sentido de desafogar o Poder Judiciário, o que é efetivamente uma justa razão de implementação da celeridade – utilizou-se inclusive das súmulas vinculantes -, devendo essa ser posta com cautela, nesse sentido vem as lições de SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça. Op. Cit.**, p.25.

<sup>32</sup> Muito embora saibamos que a intenção do legislador foi boa, problemas surgiram dessa prática que o Legislativo no impôs, uma celeridade desmedida, que ultrapassa o limite normal que é dado à celeridade, pois como se sabe a própria celeridade tem um limite do qual não pode avançar, qual seja fazer injustiças, em decorrência da célere corrida processual sem o devido cuidado com o processo em tempo razoável e violador do devido processo legal. *Idem.*, p. 27.

<sup>33</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)”

<sup>34</sup> Esse tipo de sentença incorrerá em ausência de “completeza” que é uma noção sustentada por Taruffo in: TARUFFO. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Giuffrè, 1974, p.144. Ademais, as sentenças devem ser fundamentadas de forma precisa, e não com possuindo uma falsa fundamentação, pois o magistrado deve convencer as partes de que sua decisão guarda uma lógica jurídica correta, nesse diapasão *vide*: TARUFFO. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in **revista trimestrale di diritto e procedura civile**. Tradução de Candido Rangel Dinamarco. Giuffrè, 2001, p.675.

<sup>35</sup> Aqui merece lembrança a ponderação de Boaventura, quando aduz que a celeridade desmedida influencia claramente na qualidade das sentenças, que passam, efetivamente, a se afastar dos critérios da qualidade da prestação jurisdicional. In SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça. Op. Cit.**, p.81.

<sup>36</sup> Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed., rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007, p.554-555.

<sup>37</sup> Nesse ponto pende, até o presente momento na Corte Máxima brasileira, a discussão de ser ou não constitucional o referido dispositivo legislativo que sofreu e sofre, até hoje, muitas desaprovações de diversos juristas.

índole constitucional, especificamente o do contraditório<sup>38</sup>, ampla defesa<sup>39</sup>, economia processual<sup>40</sup> e até mesmo à idéia de devido processo legal<sup>41</sup>.

Não bastassem essas violações de índole principiológica, que estão tanto no viés constitucional como processual, ainda existiria a violação ao Direito Processual<sup>42</sup>, especificamente em relação à formação daquilo que chamamos relação jurídica de Direito Processual<sup>43</sup>, pois para que esse se forme deve haver a formação triangular, onde a parte autora demanda frente à ré repassando a sua inconformidade ao Juiz que propiciará ao réu o conhecimento da demanda existente em seu desfavor formando a chamada angularização processual<sup>44</sup> que envolve as três partes ora referidas<sup>45</sup>.

---

<sup>38</sup> Em decorrência da ausência de possibilidade de conhecimento da demanda à parte contrária que tem o direito de saber que está sendo demandada, podendo conhecer, inclusive, a fundamentação da parte adversa para o pleito pretendido, acaba por não ter conhecimento da demanda. Ademais, a violação é também frontal ao direito do autor de poder conhecer as razões da parte adversária sobre a temática que seria discutida, o que também poderia mudar totalmente o curso da lide.

<sup>39</sup> Esse princípio também é naturalmente violado, em decorrência da ausência de possibilidade de a parte ré se defender das pretensões da parte autora, retirando-lhe inclusive a possibilidade de reconvir, que seria extremamente útil para o réu que é demandado de forma equivocada. Dê-se o exemplo de um escritório de advocacia que sempre foi pontuado na demanda de seu cliente e este, após o termino da demanda, inconformado com a decisão que não lhe concedeu o que buscava vem a difamar a imagem do escritório e a mover uma ação com o intuito de obter frente ao patrono uma indenização, se o patrono não tivesse a possibilidade de saber dessa conduta do seu antigo cliente, o que se daria através da ação, seria cerceado o direito de reconvenção que detém o dito escritório. Tudo isso é efetivamente complexo. Ademais, a própria parte autora não poderia utilizar as diversas formas de comprovação de seu direito em decorrência da utilização do art. 285-A, violador da ampla forma de defesa que ambas as partes teriam no processo.

<sup>40</sup> Esse dispositivo relatado também viola a economia processual, em decorrência da necessidade de intromissão do Tribunal de Justiça do respectivo Estado ou ainda do Tribunal Regional Federal, em decorrência da sentença exarada que se reformada fará com que seja ordenada a citação da parte ré, fazendo com que o processo tenha o seu curso natural que deveria ser mantido, mas que em decorrência da aplicação do referido artigo obriga a parte a recorrer ao Tribunal através de uma apelação para que possa se modificar a situação, isso se o próprio Tribunal modificar a sentença. Não sendo feito isso, a parte autora terá que se socorrer do Superior Tribunal de Justiça ou até mesmo do Supremo Tribunal Federal, o que é um absurdo. Vejamos o tamanho da problemática que esse artigo poderá trazer, movimentado, antes do momento adequando, toda uma estrutura do Judiciário, fazendo a questão chegar aos Tribunais para que possa, pelo menos, ser discutida depois em primeiro grau a *questio*, tornando o processo ainda mais lento, pois obrigará a parte a ir aos Tribunais, sejam inferiores ou superiores, para conseguir que a parte adversária seja citada. Isso sim é um absurdo fenomenal que destrói a idéia de celeridade e que, de quebra, ainda macula até mesmo um direito evidente que a parte tenha, somente em decorrência de um preciosismo processual infundado.

<sup>41</sup> Com a aplicação deste artigo 285-A, como querem alguns, será ainda violada a noção de devido processo legal, pois o processo perderá a sua simetria de atos logicamente concatenados, para pular uma fase, chegando ao ponto de ir aos Tribunais, para que depois de reformada a sentença ou até mesmo o acórdão, venhamos a regressar ao processo cognitivo para que o juiz ordene a citação da parte adversária, para só então continuar a seguir os caminhos processuais necessários para a obtenção de uma sentença robusta e bem fundamentada, que se obterá pelo livre convencimento motivado advindo das provas.

<sup>42</sup> Belíssimo estudo sobre a tutela processual foi construído pelo jurista Argentino Roberto Omar Berizonce, *in*: BERIZONCE, Roberto Omar. **As garantias do cidadão na justiça**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.123 e ss.

<sup>43</sup> Sobre a relação jurídica de direito processual vale conferir TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.02.

<sup>44</sup> Nesse sentido Nelson Nery Júnior é claro aduzindo que a citação é requisito de existência do processo, sem a qual não existirá litígio instaurado, pois sequer tomou ciência disto a parte ré, maculando-se a noção de processo que depende da participação de todos – autor, réu e juiz – para que seja existente a relação jurídica processual. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Op. Cit.**, p.555.

<sup>45</sup> Cabe referir que hoje se fala muito na idéia da circularidade, na qual não observaremos mais a relação processual como um triangulo em que autor e réu estão colocados abaixo do Juiz, mas, sim, uma relação processual desenvolvida em forma de círculo no qual autor, réu e juiz estão postados em um círculo de forma



Mais uma vez o tal dispositivo é prejudicial, agora atacando toda a teoria existente sobre o processo, que foi construída através da experiência de diversos juristas renomados, desconstruindo tudo aquilo que o Direito Processual Civil praticava até então. A questão que surge é, vale realmente apenas esse dispositivo? Será efetivamente célere?

Pode-se crer que as respostas sejam negativas, mas ficamos no aguardo de novas discussões para que se possa chegar a um denominador razoável e que se possa buscar o melhor tanto para o processo, como ciência<sup>46</sup> ou ainda técnica<sup>47</sup>, como para a parte que busca a realização fenomênica de seu direito.

Todos esses princípios analisados em conjunto podem fazer com que outro princípio seja adimplido, o princípio da efetividade<sup>48</sup> da prestação da tutela jurisdicional<sup>49</sup>, onde a prestação da tutela que é efetivada pelo Poder Judiciário<sup>50</sup> deve obter os melhores resultados possíveis, dotando de solução adequada a problemática que foi discutida na lide, sendo sempre uma prestação real, fundamentada e que dure o tempo<sup>51</sup> necessário para a sua produção, sem, no entanto, ser morosa.

Essa é uma demonstração clara da instalação da crise nesse ramo do direito [onde muita contribuição social há, realizando-se por diversas vezes os direitos dos cidadãos] que poderá concretizar direitos ou negar a sua vigência. Para demonstrar, mais uma vez, de forma contundente, a existência da crise, sendo relevante pensar, por exemplo, na relativização da coisa julgada, mudando a “velha” concepção de imutabilidade e indiscutibilidade dos julgados que passaram em julgado.

---

igualitária. Nessa esteira de raciocínio vejamos: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.115 e 121; TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p.53; ZYMLER, Benjamim. **Política e Direito: uma visão autopoietica**, Curitiba: Juruá, 2002, p.65; Por fim, observemos ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

<sup>46</sup> Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p.101.

<sup>47</sup> O processo, como técnica da formulação das normas jurídicas e de efetivação do direito conserva, e necessariamente deveria fazê-lo, as conotações políticas e econômicas que conformam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente. In PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988, p.86.

<sup>48</sup> Uma obra excelente foi construída pelo jurista gaúcho Darci Ribeiro, quando em seus estudos doutorais, sendo uma análise pontuada e que passou também pela idéia de tutela judicial efetiva, que é aquilo que muito se busca em nossa comunidade jurídica. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M.Bosch editor, 2004, p.75 e ss. Também observar a lições de BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.49 e ss. Também sobre a efetividade pode ser consultado MARINONI, Luiz Guilherme, **Curso de processo civil: Op. Cit.**, p. 215 e ss.

<sup>49</sup> A prestação da tutela jurisdicional deve ser de qualidade, devendo o judiciário estar preocupado em qualificar as suas decisões, devendo essas sofrer o devido controle e os magistrados uma maior responsabilização por suas decisões, não sendo os magistrados a mera boca da lei. In BERIZONCE, Roberto Omar. **Participação e processo. Op. Cit.**, p.136-138.

<sup>50</sup> O culto processualista argentino Berizonce ainda refere que os Poder Judiciário deve ser responsabilizado não somente pelos erros judiciais, de forma objetiva, mas também pelo “funcionamento anormal” e de “falta de serviço” que resultam em frustração à garantia do devido processo legal. Ibid., 142.

<sup>51</sup> Sobre como se pode compreender o tempo vale observar as lições do jus-filósofo TINANT, Eduardo Luis. **Persona y tiempo ¿hacia un tiempo biogenético?** Revista electrónica El Sigma, 2007. “El diccionario etimológico se encarga de decirnos que el tiempo (del latín *tempus*) es “*la sucesión ilimitada, irreversible y no espacial de instantes en que se suceden los acontecimientos*”. Tiempo, pues, significa intervalo, duración, momento oportuno (de la misma familia de palabras, temporáneo: oportuno; extemporáneo: inoportuno, temporada, temprano: *de bonne heure* en lengua francesa).”

A teoria criada para dotar de força imutável os casos julgados foi simplesmente esquecida, ou pelo menos flexibilizada, fazendo com que em alguns casos fossem relativizadas as decisões judiciais, o que para muitos significa a clara violação da segurança jurídica, sendo essa relativização ocorrente tanto por previsão legalmente feita como é o caso da ação rescisória que se encontra disposta no art. 485<sup>52</sup> do Código de Processo Civil. Casos outros estão sempre em tela, sendo essa a situação das ações que discutem paternidade, onde se tem aceitado a relativização da *res iudicata* para amenizar os prejuízos dos pais ou filhos que perdem o contato em decorrência de problemáticas judiciais ou de outra natureza.

Não bastaria parar por aqui, pois é importante ver que a *res iudicata* pode ser revertida não somente via ação rescisória, mas, também, através de ações declaratórias e até mesmo no controle de constitucionalidade. Nesse caso a situação é muito mais complexa por se tratar de controle de constitucionalidade abstrato<sup>53</sup>.

Tudo isso representa a crise que o Poder Judiciário e o Processo Civil brasileiro<sup>54</sup> estão passando, sendo essa crise das mais graves que o Processo Civil brasileiro já vivenciou. Superar essa turbulência é uma busca freqüente de todos os juristas e legisladores, mas não é algo assim tão simples, pois teríamos que recortar mais uma vez o Código de Processo Civil que foi programado para funcionar, mas que ultimamente não tem se prestado a isso, decorrência, natural, da alta complexidade das ocorrências modernas, assim como das “infinitas” modificações neste ramo direito.

Com tudo isso, percebe-se, claramente, a existência da crise e seus conseqüências que podem ser modificados, desde que haja um comprometimento da sociedade, dos juristas, dos legisladores e magistrados. Essa prática, realmente, não será tarefa fácil, visto que estamos “mergulhados” em situação amplamente perigosa, em iminente possibilidade de subtração de direitos humanos<sup>55</sup>. Naturalmente aparece como solução própria a utilização

---

<sup>52</sup> Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

<sup>53</sup> Não daremos seguimento à análise sobre a temática por não ser esse o enfoque principal, mas que poderá em momento oportuno ser debatida.

<sup>54</sup> Prova da gravidade da crise do Processo Civil brasileiro se percebe, claramente, pela busca de reforma de um código [ conforme referido anteriormente ] que perdeu a sua unidade e que “agoniza” por uma solução quase que imediata.

<sup>55</sup> Cabe referir que os direitos humanos, que são a base para os direitos fundamentais, são frutos de uma conquista advinda da modernidade assim como refere RAFFIN, Marcelo. La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y posdictaduras del cono sur. 1. ed., Buenos Aires: Del puerto, 2006, p.01. Ainda deve ser observado o texto de TINANT, Eduardo Luís. **Progreso científico y tecnológico y derechos humanos. Con especial referencia al derecho a la salud.** Revista La Ley *on line*, 11/3/09. Valer salientar que com a preservação dos direitos humanos os seres humanos poderão viver ainda mais próximos da paz podendo ofertar ao ser humano o direito de ser feliz. Nesse

da Hermenêutica como meio de levar a correta interpretação dos dispositivos complexos do Código de Processo Civil. Esse caminho será averiguado a partir de então.

## 2. A RELEVÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DA HERMENÊUTICA COMO MEIO DE SOLVÊNCIA DAS PROBLEMÁTICAS COMPLEXAS

A hermenêutica<sup>56</sup> que pode ser a forma de superação das dificuldades existentes em uma sociedade pós-positivista é hoje observada com o devido cuidado, existindo, até o presente momento, muitas pesquisas e cada vez mais interesse da comunidade jurídica em compreender a sua importância e contribuição<sup>57</sup>.

Esse estudo da hermenêutica tomou uma guinada fantástica a partir das compreensões formuladas por Martin Heidegger<sup>58</sup> e seu discípulo Hans-Georg Gadamer<sup>59</sup> que labutaram na busca de bem compreender o que viesse a ser a hermenêutica.

Relevante destacar a preocupação de Heidegger<sup>60</sup> com o ser, vencendo a mera observação do objeto, passando a estar, realmente, preocupado com o sentido do ser, construindo desta forma a hermenêutica como elo de ligação do ser humano em estar preocupado consigo mesmo.

---

sentido ver GANDHI, Mahatma. **O pensamento vivo**. 1. ed., Lima: Los libros mas pequenos del mundo, 2007, p.77 e ss.

<sup>56</sup> Sobre a palavra devemos observar a origem grega “(...) *herme-neuein*, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível. Daí a idéia de Hermes, um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais. Ao realizar a tarefa de *hermeneus*, Hermes tornou-se poderoso. Na verdade, nunca se soube o que os deuses disseram; só se soube o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram. Trata-se, pois, de uma (inter)mediação.” In STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.430. Ademais, a hermenêutica é vista por Gadamer como a arte do anúncio, tradução, explicação e interpretação, in GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p.112.

<sup>57</sup> A grande importância da Hermenêutica é natural visto sabermos que o discurso tem muita influência sobre a sociedade, já que o discurso é poder assim como assevera Michel Foucault em sua lição inaugural pronunciada no Collège de France em 02 de dezembro de 1970 quando assumiu uma cátedra, in: FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Barcelona: Fabula Tusquets Editores, 1999, p.12 e ss. Hodiernamente é importante observar as diversas pesquisas efetivadas pelo jus-filósofo Lenio Streck que com dedicação vem demonstrando a relevância que deve ser alcançada à Hermenêutica, construindo sobremaneira para formação de soluções dos casos complexos que naturalmente ocorrem cada vez mais.

<sup>58</sup> Heidegger percebe que haveria uma saída para a filosofia, um recomeço, após ter se tornando não tão eficaz para solver as problemáticas que vinha se formando e que aguardavam uma solução adequada. Assim, vejamos: “Quando Heidegger entrou em contato com a fenomenologia de Husserl, rapidamente percebeu que ali se apresentava o início de uma possibilidade de recomeço da filosofia, desde que fossem feitos alguns corretivos na fenomenologia vigente, ainda pioneira do esquema sujeito-objeto.” In STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito**. Op. Cit. p.426. Ainda, deve ser comentada a sabedoria de Heidegger ao pensar em uma filosofia que vencesse as barreiras impostas por ela própria, saindo da velha e única observação do objeto, mas passando, também, a observar com vagar e cautela o ser, construído-se os fundamentos do conhecimento.

<sup>59</sup> Gadamer foi o mentor daquilo que hoje conhecemos como Hermenêutica filosófica, restando essas lições trazidas de sua principal obra o livro *Verdade e método*. In GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Op. Cit., p.111 e ss.

<sup>60</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito**. Op. Cit., p.427. *vide*: “Ressalte-se que a fenomenologia de Heidegger terá um duplo nível: no nível hermenêutico, de profundidade, a estrutura da compreensão; no nível apofântico, os aspectos lógicos, expositivos. Essa dupla estrutura – que, mais tarde, será de grande importância para a compreensão da hermenêutica (jurídica) gadameriana – é que vai aparecer na exposição do método no parágrafo sétimo de *Sein und Zeit*, em que ele vai mostrar que existe um mostrar para algo que de si não se mostra.”

Sabe-se que uma das atribuições da hermenêutica seria a de interpretar uma determinada disposição legal, através da linguagem empregada nessa formulação. Deve ser alertado que a hermenêutica não se reduz a somente isso, muito antes pelo contrário, a hermenêutica se presta a dar a efetiva significação de determinada compreensão de um texto que não consegue ser “claro” o suficiente para o seu leitor. Por vezes o leitor que está se deparando com um texto, em nosso caso com uma disposição legal ou sentencial, acaba por não compreender passa por extrema dificuldade para dar àquele texto o seu real significado sem ser arbitrário.

Na verdade a hermenêutica funciona como uma forma de tradução<sup>61</sup> de uma linguagem não acessível a quem não a compreendeu. Trata-se, veridicamente, de traduzir a linguagem e/ou coisas atribuindo-lhes um determinado sentido<sup>62</sup>, que se demonstra extremamente necessário e útil para quem não tem acesso de compreensão a uma determinada linguagem utilizada na formulação de uma decisão judicial ou elaboração legislativa.

Deve ser compreendido que a hermenêutica possui tantas outras ramificações que podem ser relevantes para as mais variadas ciências, tais como a hermenêutica teológica, jurídica, filosófica dentre outras.

A cautela deve ficar sobre as compreensões equivocadas<sup>63</sup> que se tem obtido, ligando essa a um critério de técnica, diga-se particularmente o método, o que é de extrema periculosidade, visto que o método não se presta a formar uma correta compreensão e muito menos a uma legítima “tradução” de uma linguagem inacessível.

Deve-se compreender a hermenêutica como *modus* de acesso ao ser humano do conhecimento de certas coisas que não seriam facilmente compreensíveis sem a hermenêutica. Mesmo assim vale lembrar que o método tem a sua utilidade. Não se está aqui querendo simplesmente exterminar com o *modus operandi* do método, mas, simplesmente, demonstrar que a utilização do método não é a forma adequada de obtenção da compreensão correta das coisas.

Sobre a utilização do método, para quem tenha o interesse em pesquisar, vale observar as ponderações de René Descartes<sup>64</sup> que acaba por entender que a verdade pode ser atingida a partir de um método<sup>65</sup> eficaz formado através da observação apurada e atenta das situações. Essa busca do autor da distinção do verdadeiro e falso<sup>66</sup> o leva a tentar provar a existência de Deus<sup>67</sup>, por vezes através da matemática e por vezes através do seu método cartesiano de obtenção da verdade. Com tudo isso resta claro que a metafísica clássica foi encerrada e que Descartes inicia aquilo que se passa a

---

<sup>61</sup> Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II. Op. Cit.**, p.112.

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito. Op. Cit.**, p.427.

<sup>63</sup> Por vezes as compreensões equivocadas se formam através das pré-compreensões que cada um dos seres humanos venham a ter. *Ibid.*, p.428.

<sup>64</sup> Descartes depois de iniciar a sua juventude acabou por deixar seus preceptores e professores e passou a viajar [por aproximadamente 9 anos] para apreender experiências e efetivamente ter conhecimento do mundo real e não meramente conhecimentos teóricos, nesse período o filósofo acabou por desenvolver o seu método cartesiano. Cf. DESCARTES, René. **Discurso do método e meditações**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.19.

<sup>65</sup> É nesse giro que o autor acaba elaborando a sua obra, que é uma forma de demonstração de que obter a verdade ainda é possível, desde que exista, para tanto, um método infalível que propicie a obtenção da verdade. A intenção do autor foi boa, restando, somente, a crítica em relação ao método, visto que nem sempre esse método poderia “desvendar” a verdade [desvelar]. Vale observar as lições de Gadamer quando investiga o que seja a verdade, passando pelas palavras de Pilatos e pela compreensão de Nietzsche, in GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II. Op. Cit.**, p.57.

<sup>66</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método e meditações. Op.Cit.**, p.20.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.35 e 43.

compreender como a fase da metafísica moderna, onde o autor passar a buscar a obtenção da razão não mais pela fé, como antes, mas pela argumentação<sup>68</sup>.

Verdadeiramente o método foi muito importante em sua época trazendo conseqüências fortes aos nossos dias, onde se continua a manter forte apego ao procedimento, que aparentemente deriva de um método, sendo esse procedimento benéfico até certo ponto, enquanto não “bater de frente” com os conteúdos substanciais protetores e garantidores de direitos.

Para quem buscar entender a relevância da hermenêutica a partir de um método restará o insucesso, pois a hermenêutica não figura mais como o processo interpretativo clássico, assim como critica Gadamer, pois se for observada a hermenêutica sob esse “olhar” pensaremos antes de tudo em compreender, depois interpretar para só então aplicar<sup>69</sup>. Em verdade o que precisamos para interpretar é compreender, para isso necessitamos de uma pré-compreensão que é construída através de estruturas prévias de um determinado sentido<sup>70</sup>.

Isso tudo faz com que a hermenêutica não seja utilizada de forma arbitrária, realizando interesses e um determinando sujeito que venha a interpretar uma norma de forma a lhe beneficiar, não deve ser essa a maneira de utilização da hermenêutica que foi criada para auxiliar e aclarar “a visão” dos que não vêem, exatamente por não conhecerem ou não interpretarem corretamente aquilo que se estão a observar<sup>71</sup>.

Por isso é que utilizar um método para interpretar é dar azo à arbitrariedade<sup>72</sup> que, sabidamente, deve ser extirpada desse modelo hermenêutico-interpretativo. Nesse sentido deve haver o claro afastamento entre a hermenêutica e o método apregoadado por Descartes, para que coisas ainda muito piores não ocorram, sob pena de macular direitos que o cidadão venha a deter, através de uma interpretação altamente tendenciosa a abolir ou prejudicar esse direito. Deixe-se claro, a hermenêutica não se presta a isso, interpretar por interpretar, mas, sim, a dizer e revelar, a quem não compreenda o texto, aquilo que efetivamente a sua essência traduz, aquilo que o interprete pode colher com seriedade do texto averiguado. Nesse sentido relevante observarmos que:

“Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma *questão de método* e passa a ser filosofia”.<sup>73</sup>

Não devemos mirar a hermenêutica como uma mera ferramenta de organização do pensamento, mas, nitidamente, como a melhor forma de retirar de um texto, com alguma complexidade, aquilo que se pretende efetivamente, fazendo com que o interprete possa levar aos que não compreendam o real objetivo e sentido do texto. Por isso o texto deverá ser desacoplado pelo interprete, fazendo com que esse enunciado tenha, logicamente, o sentido que está realisticamente posto em sua análise e não o sentido que o interprete pretenda dar-lhe. É assim que a hermenêutica se coloca como a

---

<sup>68</sup> Importante reforçar a idéia de que não há conexão entre a teoria da argumentação e a hermenêutica, neste sentido STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito. Op. Cit.**, p.432. Sobre a teoria da argumentação jurídica, para quem queira observar, vale a leitura da obra de Robert Alexy in ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

<sup>69</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito. Op. Cit.**, p.431.

<sup>70</sup> Ibid., Idem.

<sup>71</sup> Ibid., p.432.

<sup>72</sup> Ibid., p.433.

<sup>73</sup> Ibid., Idem., Ademais, sobre o conceito de filosofia consultar PUELLES, Antonio Millán. **Fundamentos de filosofia**. 13. ed., Madrid: Ediciones Rialp S.A., 2000, p.13. Nesse ponto vale asseverar, embora estejamos em outra questão, que o filósofo deve, por lógico, se relacionar bem com filosofia para com ela construir um caminho que possas ser o mais adequado e com critério mais elaborado. Nesse sentido ver FAYE, Jean Pierre. **Qué el la filosofia**. Barcelona:Ediciones, 1998, p.19.

melhor opção para a solvência de problemáticas complexas, fazendo com que textos incompreensíveis possam “dialogar” com o interprete, sendo este o responsável por levar aos demais o sentido do texto que era, até o momento, um enigma problemático, mas que depois de passar pelo crivo do hermenêuta passa a ser um claro texto que, por vezes, pode trazer imensos benefícios à sociedade.

## 2.1 Do procedimentalismo ao substancialismo: qual a melhor saída?

Todo esse debate em relação a método e procedimento nos fez chegar a discussão sobre os procedimentalistas e substancialistas, o que é, sem dúvida, salutar para a compreensão de como devemos observar a Constituição, o Processo Civil e a Hermenêutica Jurídica.

O substancialismo vem coligado à idéia de maior efetividade da jurisdição constitucional<sup>74</sup>, o que por muito tempo se buscou, sendo o fito da análise feita por diversos juristas, dentre eles no exterior Ronald Dworkin e Cappelletti, por sua vez em nosso país vem abraçada, tal teoria, pelos juristas Paulo Bonavides e Clèmerson Merlin Clève.

O procedimentalismo, por sua vez, foi aceito por Habermas, Joan Carlos Bayón e Garapón, defendendo a idéia de judicialização da política<sup>75</sup>, apontando para um constitucionalismo<sup>76</sup> débil, pelo qual a Constituição só limita o poder<sup>77</sup> existente, sem prever uma defesa material dos direitos fundamentais.

---

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. **A constituição Aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p.09-10. Sobre a temática da jurisdição constitucional, que é das mais relevantes, necessário observar a obra de Lenio Streck in STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>75</sup> Sobre judicialização da política conferir VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p.47 e ss. Neste ponto vale observar as concepções dos autores no sentido de que no Brasil exista, realmente, a judicialização da política e não o ativismo judicial que por singela observação semântica não vem a significar, especificamente, a mesma coisa que a judicialização. Para os autores haverá, realmente, uma judicialização da política onde o judiciário é chamado, por necessidade, a se manifestar sobre questões relevantes para a seara sócio-política nacional, passando essa judicialização às relações sociais também, sendo algo bem distinto do ativismo que aparenta ser uma intromissão complexa. Sobre a vaga idéia construída sobre o ativismo judicial consular GIACOMUZZI, José Guilherme. **Revista do direito administrativo: As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologias, e pureza no direito dos USA**. Rio de Janeiro, 239: 371, 2005.

<sup>76</sup> Sobre a idéia de Constitucionalismo vejamos o que escreveu o jurista Nestor P. Sagués: “El llamada constitucionalismo movimiento constitucionalista es un proceso político-jurídico que em su versión inicial, a parti del siglo XVIII, tuvo por objetivo establecer em cada Estado un documento legal – la constitución – con determinadas características”. Cf. SAGUÉS, Nestor P. **Elementos de derecho constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Artraz, 1997, p.01. Neste sentido também devemos observar as palavras de Marcelo Figueiredo, ao fazer profissão de fé no constitucionalismo democrático, verbis: “É preciso valorizar o caráter normativo da constituição, assegurando aos seus preceitos eficácia jurídica e social. Não se deve adiar o esforço de integrar o Direito Constitucional ao processo histórico de promoção da justiça e da igualdade, no campo real e concreto – e não teórico ou retórico – da superação das estruturas anacrônicas da opressão política e social.” In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, p.571-581. Por fim, vale observar as palavras sempre atentas de Canotilho in CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p.52.

<sup>77</sup> Sobre os diversos campos de disputa do poder vale consultar BOURDIEU, Pierre. **Campo de poder: campo intelectual**. Buenos Aires: Estroboas copia, 2003. Importante observar também a obra de Enrique Marí, *racionalidad e imaginario social em el discurso del orden*, en VV.AA., *Derecho y psicoanálisis*, onde se discute o que venha a ser o dispositivo do poder, formado pelo discurso de ordem, pela força e pelo imaginário social. In MARÍ, Enrique. *Racionalidad e imaginario social em el discurso del orden*, en VV.AA., *Derecho y psicoanálisis*. **Teoría de las ficciones y función dogmática**. Buenos Aires: Hachette, 1987.

O problema da teoria procedimentalista, segundo Leio Luiz Streck, está na idéia de que o procedimento é o modo/forma (ideal) de operar democracia<sup>78</sup>. O autor busca respaldo em Luhmann dizendo que na sociedade complexa devem as naturezas das sentenças ceder aos procedimentos<sup>79</sup>.

Mesmo frente a essa teoria o referido autor toma outra posição, abraçando a posição esposada por Gilberto Bercovici e Martônio Barreto Lima, aceitando a idéia da teoria material-substancial<sup>80</sup>.

Analisando o procedimentalismo, ao olhar de Habermas, partimos da idéia de ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o Estado Social de Direito, utilizando-se da interpretação e distinção entre política e direito à luz da teoria do discurso<sup>81</sup>.

Habermas refere que não aceitar o processo hermenêutico de aplicação das normas, fazendo, assim, crítica severa a Robert Alexy que faz uma leitura de Dworkin, concluindo que este seria um substancialista<sup>82</sup>.

Habermas também recusa a pretensão à universalidade da hermenêutica filosófica<sup>83</sup>, visto que tem o entendimento no sentido de que a associação do pluralismo com as normas princípios eticamente assentados promovem a dissolução da justiça e isso causa ao autor severa preocupação sendo o motivo de sua crítica que em seu modo de ver é coerente<sup>84</sup>.

O autor também recusa a idéia de realismo jurídico, por entender que seja muito complexa a realidade jurídica, entendendo que as altas exigências morais tornam inaplicável tal tipo de entendimento<sup>85</sup>.

Habermas em sua análise descrê também do positivismo jurídico<sup>86</sup>, pois esse opta pela certeza das decisões judiciais em detrimento de uma base de validade fundada nas pretensões de justiça<sup>87</sup>.

Analisando as referidas lições de Habermas vem o jurista Lenio Luiz Streck referindo que aquele jurista propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em

---

<sup>78</sup> Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2009, p.80-81. Nesse peculiar o grande teórico da democracia acaba por entender que esse modelo seria muito produtivo, mas que não seria passível de implementação. Sobre o futuro da democracia vale observar BOBBIO Norberto. **El futuro de la democracia**. Traduzido por José F. Fernández Santillán. México: Fondo de cultura económica, 1999, p.23 e ss.

<sup>79</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.14.

<sup>80</sup> O jurista refere ser difícil sustentar as teses processuais procedimentais no Brasil, pois parte grandiosa dos direitos e garantias fundamentais sociais continuam não cumpridos. Isso é natural, pois em todos os lugares do mundo se viola os direitos fundamentais, o que não deveria ocorrer, mas se dá em decorrência da natureza humana, isso nos faz pensar em uma filiação às teorias matérias-substanciais, onde, em tese, se terá maior possibilidade de efetividade dos direitos fundamentais. *Ibid.*, p.14-15.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>82</sup> “Recuso peremptoriamente tanto o processo hermenêutico de aplicação das normas como se fossem valores, como crítica durante o enfoque monológico e hercúleo de um juiz que se sobressai por sua virtude e acesso privilegiado à verdade”. In HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. V. I., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.245 e ss.

<sup>83</sup> Sobre a hermenêutica filosófica deve ser consultado GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II. Op. Cit.**, p. 111 e ss.

<sup>84</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Op. Cit.**, p. 245.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.245 e ss.

<sup>86</sup> Sobre o positivismo jurídico deve ser mencionada a obra de Bobio in BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições introdutórias de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.135 e ss.

<sup>87</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Op. Cit.**, p.245 e ss.

conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”<sup>88</sup>.

Harbemas também critica a jurisprudência de valores das cortes européias, dizendo que no Estado Democrático de Direito a Constituição deve ser interpretada pelo Tribunal Constitucional utilizando uma compreensão procedimental<sup>89</sup>. O doutrinador refere ainda que o Tribunal Constitucional deve zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para um entendimento da natureza de seus problemas e a forma de solução, não guardando apenas uma ordem legal suprapositiva de valores<sup>90</sup>.

Em relação ao substancialismo, observando as lições de Laurence Tribe, pode-se afirmar que o procedimentalismo completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos, dando consistência a tal forma de entendimento<sup>91</sup>.

A idéia que hoje é apregoada, por grande parte da doutrina, é a do substancialismo, no qual se valoriza muito mais o conteúdo de cada instituto jurígeno e não somente a forma de se aplicar ou de se utilizar. Isso é relevante, pois a idéia de procedimentalismo dá à Carta Magna mera força de verificação normativa, o que é diferente de nossa realidade, visto que valorizamos muito o controle de constitucionalidade das normas, o que nos conduz a uma idéia de substancialismo da Carta Política.

Tudo isso no leva a uma modalidade de interpretação<sup>92</sup> da Norma Magna que é diferente da vislumbrada por um procedimentalista, sendo a visão de um substancialista muito mais ampla.

São exemplos do substancialismo os mandamentos substantivos, dentre os mais importantes o do devido processo legal, que tem em sua base a dignidade pessoal<sup>93</sup> de ter um processo que possibilite a livre manifestação das partes, onde o processo terá um curso probatório natural que propicie a participação efetiva das partes. Outro exemplo são as ações de participação, ou seja, aquelas que dependam de votação, o que gera a possibilidade de participação de todos quantos queiram expressar sua idéia através do voto<sup>94</sup>.

Fechando a idéia analisemos a referência feita por Streck, utilizando-se das lições de Laurence Tribe, argüindo que as teorias procedimentalistas não parecem

---

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Op. Cit., p.19.

<sup>89</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. V. II., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170 e ss.

<sup>90</sup> Ibid., p. 297 e ss.

<sup>91</sup> Na leitura que é feita do livro verdade e consenso pode ser abstraída essa compreensão que serve muito para o devido entendimento da idéia deste autor que contribui, e muito, para a formação adequada de entendimento, demonstrando, até que ponto, que o substancialismo pode ser melhor que o procedimentalismo. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Op. Cit., p.20-21.

<sup>92</sup> “Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve encarar seriamente o tema “Constituição e realidade constitucional” – aqui se pensa na exigência de incorporação das ciências sociais e também nas teorias jurídico-funcionais, bem como nos métodos de interpretação voltados para atendimento do interesse público e do bem-estar geral -, então há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da “realidade constitucional””. Cf. HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p.12.

<sup>93</sup> TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. Op. Cit., p.17-33. Ver também: SAGUÉS, Nestor Pedro. **Dignidad de La persona e ideologia constitucional**. JÁ, 1994-IV-904; MORELLO, Augusto Mario y MORELLO, Guillermo Claudio. **Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud**. La Plata: Editora Platense, 2002.

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Op. Cit., p.20-21.



apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso, porém dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva<sup>95</sup>.

Por fim, podemos de forma singela tentar sintetizar a idéia dos procedimentalista no sentido de entendimento de que a Constituição seria guiada observando somente os procedimentos e nada mais. Enquanto, por outro lado, os substancialistas adaptam à noção de Estado o conteúdo material das constituições através de valores substantivos, que apontam para mudanças da sociedade, valorizando a justiça constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais.

Muitos são conduzidos a aderirem à última corrente, a do substancialismo, o que não seria de todo ruim, mas cremos que não seja o adequado, quando deveríamos pensar em uma “nova tese” que fosse, realisticamente, o meio termo, que projetasse a utilização da Constituição como um catálogo procedimental, mas que também fosse, necessariamente, substancialista, prezando sempre pelo conteúdo Mágnico que garante a efetividade dos direitos fundamentais em geral.

Ser somente procedimentalista hoje, em dias apressados e muito ligados à garantia dos direitos fundamentais, é em verdade não ser um grande visionário da Carta Política. Por outro lado tomar como sua a bandeira do substancialismo também se mostra perigosa, pois esse tipo de teórico estaria, única e exclusivamente, ligado ao conteúdo dado à Constituição, o que, também, não é o ideal, pois essa teoria desvaloriza o procedimento que, diga-se de passagem, é a forma organizacional e estrutural da Norma Maior e também se faz necessário.

Nesse viés é que surge a vontade de pensar em uma nova saída, uma nova teoria que venha a conceder à Constituição tanto o procedimentalismo, que é necessário, quanto o substancialismo, que é essencial. Essa junção poderá deixar a Carta Magna mais forte, eficaz e verdadeira, mantendo a organização em decorrência da influência do procedimentalismo, e mantendo a sua essência, o seu corpo e a o seu conteúdo material, em decorrência do substancialismo. Assim, deve-se buscar uma sistemática que dê maior efetividade à Constituição que dotará de maior efetividade o processo<sup>96</sup>.

### **3. A SUPERACÃO DA CRISE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL REVELADA ATRAVÉS DA HERMENÊUTICA**

Não há como não perceber a relevância que a hermenêutica possui para a ciência jurídica e, especificamente, para o Direito Processual Civil. Sabidamente nesse ramo do direito muitas problemáticas são postas a cada dia, sendo, neste peculiar, importante referir que o processo é visto majoritariamente em nosso país como um condutor e realizador de um ou vários direitos que estão garantidos aos cidadãos, essa é uma visão dualista<sup>97</sup> em que o processo esta desconectado da direito material, sendo esses

---

<sup>95</sup> Ibid., p.20.

<sup>96</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.49 e ss.

<sup>97</sup> Para aqueles que têm uma compreensão dualista do processo vejam SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1980, p.11. *verbis* “Processo é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide. Conquanto exara, a noção assim formulada não exprime com a necessária clareza um conceito compreensivo de todos os elementos característicos da coisa definida”. Coerente observar também MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de direito processual civil comentado**. São Paulo: RT, 2008, p.279 e ss; NERY JÚNIOR, Nelson. NERY. Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. Op. Cit. p.165.

naturalmente separados. Relevante referir que para os monistas<sup>98</sup> essa separação inexistente.

Assim, o Processo Civil é representado por um Código de ritos que se preocupa em positivar as condutas que poderão ser tomadas em um processo que visa a obtenção da verdade real, mas que sabidamente atinge, via de regra, a verdade processual.

Mesmo assim, para a comunidade jurídica atual, não há como não pensar em um Direito Processual Civil sem pensar em um método de conduta, de elaboração legislativa e interpretação, o que, sabidamente, não é o ideal e muito menos a melhor forma de se conduzir o pensar. Já se viu isso anteriormente quando da problemática do método que poderia interferir sobremaneira na filosofia assim como referia Heidegger.

Não se deve esquecer as ponderações que valoram o método, assim como Descartes, mas deve-se, efetivamente, buscar perceber que o Processo Civil não se reduz a um Código formalista e procedimental, mas muito mais do que isso.

O método fechado de compreensão que, supostamente, foi adotado pelo Direito Processual Civil brasileiro<sup>99</sup> [advindo do projeto de Buzaid] deve ser analisado mais uma vez, visto que não se reduz a um mero método de obtenção da verdade, mas, sim, de “luta” jurídica que embasada no livre convencimento motivado<sup>100</sup> poderá definir a *questio*.

Ao pensar no Código de Processo Civil como um método fechado de interpretação e positivação, dar-se margem ao formalismo procedimentalista que é extremamente prejudicial, ocorrendo, assim, aquilo que observamos anteriormente, a criação de uma sentença “liminar” que se perfaz sem citação da parte adversa, sem a instauração do contraditório, da ampla defesa e, sequer, da relação jurídica de Direito Processual. Veridicamente, para alguns, existirá processo e não relação jurídica de Direito Processual, já que sem parte ré inexistirá, dessa forma, o litígio, ou seja, a lide<sup>101</sup>.

Nosso Código de Processo Civil está extremamente recordado depois de tantas mudanças que os mais diferentes legisladores procederam por diversos períodos. Sabemos que isso não é positivo para um sistema jurídico que nunca foi construído para

---

<sup>98</sup> Pelos monistas podemos referir o jurista gaúcho Darci Ribeiro que acaba por seguir as linhas de Carnelutti, assim como se dava em Roma onde os romanos compreendiam não haver a cisão entre direito material e processo, visto que para estes o direito nascia a partir da decisão judicial e não da mera previsão legal. Cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva. Op. Cit.**

<sup>99</sup> Vale referir que hoje se fala em colaboração no Processo Civil sendo sobre a temática bem apreciada a questão pelo processualista Daniel Mitidiero, in MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: RT, 2009, p.63 e ss.

<sup>100</sup> Sobre esse princípio ver PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil. Op. Cit.**, p.244 e ss. Ademais, vale trazer à baila as ponderações do jurista argentino Tinant, *vide*: “De lo cual se deduce que el juez, en principio, se halla en mejores condiciones de conocer las cuestiones de derecho que las cuestiones de hecho. Como también que el modo de crear esa convicción se vincula íntimamente al problema de la apreciación de la prueba.” E continua o referido jurista referindo como se pode compreender tal tema frente a realidade da Argentina: “En cualquier caso, ya se aluda a reglas de la “sana crítica” (expresión proveniente de la ley de enjuiciamiento Civil española de 1855 y adoptada, por ejemplo, por los códigos procesales en lo civil y comercial de la Nación y bonaerense en materia de apreciación, presunciones y pruebas testimonial y pericial, arts. 163 inc. 5º, 384, 456, 474 y concs.), “libre convencimiento o convicción” (códigos alemán, del Vaticano, del Brasil), “íntima convicción” o “convicción sincera” (“sobre la verdad de los hechos juzgados”; cf. art. 373 del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires) o sistema de “libres convicciones razonadas” (dec. ley 9550/80 de la Provincia de Buenos Aires --Adla, XL-C, 3089--, siempre que se trata de una prudente apreciación y un convencimiento (destinado asimismo a convencer) del juzgador acerca del caso concreto.” In TINANT, Eduardo Luis. **En torno a la justificación de la decisión judicial. LA LEY 1997-E, 1395.**

<sup>101</sup> Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Op. Cit.**, p.79-80.

funcionar de forma plena, visto ser cópia de diversos outros países e suas legislações processuais, o que trás conseqüências nefastas para o nosso sistema jurídico Processual Civil, por termos um sistema programado para funcionar em outros países, mas não no Brasil.

O Processo Civil brasileiro não é dos melhores e muito menos dos piores, mas é realmente formalista, onde por vezes um direito pode ser extirpado se não seguir a forma corretamente elencada pelo *codex* o que não deveria ocorrer de forma alguma. Os ritos e formalidades são criados para dotar o sistema de certa organização, mas não para subtrair direitos como se tem visto na prática forense.

Nesse viés os magistrados e, por vezes, os advogados acabam por deteriorar, ou ainda simplesmente exterminar, com os direitos que os cidadãos possuem, mas que por formalidades podem ser inalcançáveis. Isso é reprovável ao máximo, ao pensarmos em problemáticas como as sentenças judiciais ausentes, ou ainda, defeituosas em sua fundamentação<sup>102</sup>. Isso não poderia ocorrer de forma alguma, por se tratar de questão de máxima grandeza, direitos que não deveriam ser esquecidos e muito menos perdidos em decorrência do formalismo desvalorativo. Problema similar pode ser observado nos “votos prontos”<sup>103</sup> que são postados pelos respectivos julgadores das mais altas cortes nacionais. Mas o problema não está somente no Judiciário, visto que este Poder acaba tendo que suportar volume de trabalho insuportável e insuperável com o quadro de magistrados que possui, dando-se tudo isso em decorrência do alto crescimento da consciência demandante dos cidadãos e do mercado de ações que por vezes é objetivado pelos advogados.

Em decorrência de tudo isso acabou por se formar aquilo que, já fora analisado anteriormente, intitulando-se de a relativização da coisa julgada, por muitos aceita<sup>104</sup> e por outros tantos rechaçada<sup>105</sup>, sendo uma flexibilização que vem ganhando cada vez mais força. Não se está aqui a apregoar que a coisa julgada<sup>106</sup> deva realmente ceder,

---

<sup>102</sup> Não somente o respeito ao artigo 93, IX da Carta Política deve ser considerado mais também a crítica feita pelo saudoso jurista Ovídio A. Baptista da Silva, “Daí porque, somente haverá autêntica decisão jurisdicional quando o sistema jurídico reconheça a seus juízes algum grau de discricionariedade, para que ele possa, como dissera Carnelutti, antes de decidir, “decidir-se”. A discricionariedade, como todos sabem, está institucionalmente ausente na jurisdição apenas declaratória. Nossos juízes não decidem apenas julgam. Decidir é ato volitivo, julgar é ato intelectual. Qualquer calouro em curso psicologia conhece essa distinção elementar. Decisão é ato de vontade, de que nossos magistrados estão institucionalmente privados, como dissera Chiovenda. Sim, pode haver “novas interpretações da lei velha”, não porém “como mister do juiz”. In SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da função à estrutura**. – <[www.Baptistadasilva.com.br/artigos](http://www.Baptistadasilva.com.br/artigos)>. Acesso em: 4 jul. 2009.

<sup>103</sup> Sobre os votos prontos e suas conseqüências Ovídio A. Baptista da Silva referiu que “A avalanche de recursos provoca uma extraordinária violência contra a Constituição. A causa é julgada privadamente. O julgamento não é público. Mesmo assim, ele se dá por unanimidade, sem que os demais componentes do colegiado proclamem publicamente seus votos. Para o público que assiste à sessão de julgamento, os votos dos demais magistrados, é um segredo, embora se fique sabendo depois que os votos resumiram-se ao tradicional “de acordo com o relator”. É de supor que tenham votado também na véspera. As comunicações eletrônicas permitem que o julgamento colegiado se dê antes da abertura da sessão pública. Nesta, ouve-se apenas a voz do Presidente a proclamar o resultado”. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da função à estrutura**. – <[www.Baptistadasilva.com.br/artigos](http://www.Baptistadasilva.com.br/artigos)>. Acesso em 4 jul. 2009.

<sup>104</sup> Entre o que observam com bons olhos a relativização estão Candido Rangel Dinamarco, Rui Portanova, Clèmerson Merlin Clève, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina e Rennan Faria Thamay dentre outros. Por todos ver THAMAY, Rennan Faria. A relativização da coisa julgada como decorrência da crise do Poder Judiciário na perspectiva do direito previdenciário. **Revista de Direito Social**, v. 36, 2009, p. 69-104.

<sup>105</sup> Entre os que não aceitam a relativização podemos encontrar Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery entre outros.

<sup>106</sup> A coisa julgada é uma das características da jurisdição, nesse sentido o processualista TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p.16 e ss.

mas, simplesmente, a perceber que por vezes a relativização dever realmente ser ocorrente, visto que injustiças podem ocorrer, sejam em decorrência de julgamentos apressados, não fundamentados, ou ainda pior, sabidamente injustos.

É frente a tudo isso que deve haver resistência do sistema Processual Civil, para que não venha a sucumbir frente a tantas problemáticas e injustiças que dessa celeuma podem derivar.

Ainda não bastasse esse extremo apego ao formalismo os juristas acabam por transformar o Direito Processual Civil brasileiro um sistema procedimentalista, sem pensar em garantir direitos substancialmente previstos tanto na Constituição como, por exemplo, no Código Civil.

Ao pensar em procedimento e colocar o Processo Civil nacional nessa condição, acaba-se, naturalmente, por desfavorecer as questões mais importantes, quais sejam as realizações dos direitos previamente garantidos dando ao Direito Processual Civil um caráter meramente formalista, que torna o jurista um realizador de formas e sonhador de direitos, quando a realidade deveria ser o contrário.

O jurista deveria estar preparado para levar os direitos a sério<sup>107</sup> e não somente para observá-los previsto em um Código ou Constituição. Deveria haver preocupação com a efetividade desses direitos<sup>108</sup>, andando em um campo de realização e não somente no da previsão dos direitos. É isso que acontece ao priorizar a realização formalista do Processo e não a concretização dos direitos via Processo.

Nesse sentido diversas disposições são criadas de forma a valorar a formalidade e por vezes de confundir o jurista que está tentando compreender qual é a, verdadeira, intenção do legislador. Por vezes esses dispositivos são formulados para não serem compreendidos, mas, por vezes, são formulados de forma inadequada fazendo com que a confusão se instaure. Essa problemática se dá, às vezes, pela excessiva preocupação com as formalidades processuais, eis a problemática.

O próprio art. 285-A, abordado anteriormente, é problemático, assim também, por exemplo, o art. 469<sup>109</sup> do *Codex* Processual Civil que refere que não faz coisa julgada os fundamentos<sup>110</sup>, mas tão somente o dispositivo. Essa é uma das maiores problemáticas que foi enfrentada pela doutrina processualista brasileira que acabou por entender, com a ajuda da Hermenêutica, que o que transita em julgado, veridicamente, é tanto o dispositivo como os fundamentos<sup>111</sup>. Isso por natural, não poderia existir

---

<sup>107</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.283 e ss.

<sup>108</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>109</sup>“Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.”

<sup>110</sup> Essa argüição foi elaborada por Pontes de Miranda, assim vejamos: “Quando da sentença não mais cabe recurso, há *res iudicata*. As questões, que havia, de fato e de direito, foram julgadas. Passa em julgado a decisão e não os fundamentos, e o que se julga de *quaestiones facti* apenas concerne a decisão.” In MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475, 5. v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.111.

<sup>111</sup> Devemos tomar cuidados com esta análise, que fora explorada por CHIOVENDA, realmente o dispositivo transita em julgado, sendo que a fundamentação é parte implícita deste dispositivo, visto que cada decisão ao condenar, declarar, constituir ou mandar fazer algo, embasa-se em seu fundamento. Portanto, não se pode afirmar que existirá dispositivo sem seus fundamentos, ou seja, sem o porquê decidiu-se desta ou daquela maneira. Cabe ainda, mencionar que não transitam em julgado as provas usadas como base para aquela decisão, pois são requisitos explícitos da fundamentação, mais os motivos que levaram o magistrado à tomada da decisão, estão de forma implícita impregnados no dispositivo do *decisum*, podendo-se considerar como parte da *res iudicata*.

dispositivo de sentença ou acórdão sem a sua fundamentação<sup>112</sup>, quer ser o dispositivo consequência da fundamentação e quer por serem requisitos naturais da sentença conforme art. 458<sup>113</sup> do Código de Processo Civil.

É aqui que a Hermenêutica<sup>114</sup> entra, fazendo com que essas problemáticas sejam solucionadas, buscando evitar a produção de injustiças ou ainda a solvência de problemáticas já existentes e muito complexas que são criadas a partir de uma compreensão unicamente preocupada com a forma, embasada no método, e que poderá causar enormes problemas<sup>115</sup>.

Deve ser perceptível que o Direito Processual como um todo está mergulhado na filosofia da consciência que tem fundamento desde Oscar Von Bullow, naturalmente reafirmando por Carnelutti, Liebman, Cuture assim como pela escola paulista que é instrumentalista. Assim o que se dá é o solipsismo representado na figura do Juiz que tem o dever de bem conduzir o processo.

Veridicamente superar as formalidades do atual modelo de Processo Civil não é “luta” fácil, mas que pode ser construída sim. Nesse sentido o Processualista José Roberto dos Santos Bedaque propõe uma saída realmente muito interessante para a superação do formalismo, qual seja uma “delegação” para o julgador superar as formalidades, através do princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual, buscando maior adimplemento do direito material<sup>116</sup>. Se pensarmos que o legislativo realmente não tem como prever todas as situações, até porque elas se atualizam a cada dia, torna-se necessário dar ao magistrado o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador<sup>117</sup>. Essa saída aparece como uma válvula de escape que, aparentemente, é positiva, mas que pode dar espaço a discricionariedades e arbitrariedades, nesse sentido resta à dúvida da aplicabilidade da propositura do referido jurista. É, realmente, muito bem pensada e muito positiva essa

---

<sup>112</sup> Sobre o ato de fundamentar vale observar as palavras do jus-filósofo argentino Tinant *in* TINANT, Eduardo Luis. **En torno a la justificación de la decisión judicial**. Op. Cit., “Particularmente, la justificación de una sentencia judicial requiere una técnica “per-dis-suasiva” (fundada en argumentos persuasivos y disuasivos), que torne no sólo legítima la decisión alcanzada sino también razonable y aún deseable su cumplimiento (por acción u omisión). Disuadir es inducir, mover a uno con razones a mudar o a desistir de un propósito, en tanto que persuadir es razonar con lo verosímil y con lo opinable, inducir, mover, obligar a uno con razones a creer o hacer una cosa.”

O autor ainda continua, assim vejamos: “En esa inteligencia, el juez, a fin de declarar el derecho, necesita convencerse no sólo que ese derecho existe, en abstracto, objetivamente, sino también que corresponde al caso particular que le fuera planteado. Necesita, asimismo, la convicción de que esos hechos han existido históricamente, y para lograrla, realiza un conjunto de actividades intelectuales a cuya formación ayudan las partes en el proceso justificando la verdad de sus respectivas afirmaciones. De tal manera, el magistrado transita de la ignorancia a la duda y de ésta a la certidumbre hasta alcanzar un conocimiento de los hechos, empero limitado a las pruebas efectivamente producidas en los autos.”

<sup>113</sup>“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

<sup>114</sup> Sobre a Hermenêutica vale conferir DILTHEY, Wilhelm. **Dos escritos sobre hermenêutica**. Madri: Istmo, 2000.

<sup>115</sup> A solução para situações de alta complexidade pode ser a utilização da Hermenêutica, mas em um caso específico nem a Hermenêutica conseguiu achar a saída para a análise do texto de Franz Kafka quando fala de um homem simples que busca conhecer as coisas ao buscar entrar por portas, reveladoras de conhecimento, protegidas por sentinelas, foi barrado de adentrar e conhecer, ficando do lado de fora, sendo esse relato encontrado em KAFKA, Franz. **Ante la ley**. Buenos Aires: Losada, 1984.

<sup>116</sup> Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.45 e ss.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p.571 e ss.

saída do referido jurista, desde que o magistrado não extrapole no seu agir, fazendo desse poder que deveria realizar direitos, um capricho de ações do julgar para realizar suas vontades individuais.

Além de todas essas questões que estiveram sob análise, demonstradoras da necessidade de boa utilização da Hermenêutica como meio de corretamente direcionar o Processo, deve ser analisada a nova disposição do art. 518<sup>118</sup> e seus parágrafos [ambos do Código de Processo Civil] que foram agregados em 2006 pela “reforma da celeridade”, que buscou, antes de tudo, a celeridade recursal, obstaculizando o acesso ao Judiciário, ocorrendo isso desde que haja súmula do Superior Tribunal de Justiça e/ou do Supremo Tribunal Federal.

Realmente o acesso ao Poder Judiciário está se tornando cada vez mais dificultoso, e porque não dizer quase impossível, visto que nesse caso do art. 518 §1º o recurso de apelação será sequer recebido caso esteja a sentença em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal<sup>119</sup>. Naturalmente é um real bloqueio de acesso dos cidadãos que queiram discutir uma questão. Nesse ponto deve ser alertado que haverá natural violação de diversos princípios basilares do Direito Processual Civil e da Constituição Federal, a começar pela vedação ao acesso ao Poder Judiciário<sup>120</sup>, violação do duplo grau de jurisdição<sup>121</sup>, desnaturação do devido processo legal<sup>122</sup> dentre outros.

Tudo isso em prol da celeridade, realmente a celeridade deve ser respeitada e buscada por todos, mas não de forma desmedida como se percebe no caso debatido. Ponto relevante é a violação ao devido processo legal nesse caso, consubstanciando essa violação claramente com quebra natural do processo que teria a sua fase recursal naturalmente ocorrente e que pós transito em julgado poderia ir para a fase executiva.

---

<sup>118</sup> Art. 518. “Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>119</sup> Nesse sentido vem a crítica feita por Nelson Nery Jr. quando relata que por mais que a sentença se adéque à súmula do STJ ou STF estas não serão superiores à lei, comentário feito para alertar a muito julgadores e operadores do direito visto que estes, por vezes e quando é mais benéfico, acabam por valorizar em suas razões muito mais as referidas súmulas do que o texto legal. Isso é perigoso e merece a devida cautela. Nesse sentido NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Op. Cit.** p.863-864.

<sup>120</sup> Nesse caso a violação chega ao ponto de tornar o recurso sequer conhecido pelo Judiciário que acaba não recebendo o apelo, por mero tecnicismo, fazendo com que o acesso ao segundo grau de jurisdição seja subtraído, acabando, inclusive, com a possibilidade de a parte apelante chegar aos principais Tribunais nacionais STJ e STF.

<sup>121</sup> Nesse caso se subtrai do recorrente o duplo grau de jurisdição que foi constituído para solver problemáticas ou injustiças praticadas na decisão de primeiro grau e que poderia ser totalmente alterada no segundo grau de jurisdição exercido pelos Tribunais de justiça (na Justiça Estadual) e pelos Tribunais Regionais (na Justiça Federal). Essa problemática vem a ser uma das mais graves, por retirar o direito de recorrer e de inconformidade com a decisão de primeiro grau, sob o único fundamento de que está essa decisão em conformidade com os preceitos sumulares do STJ ou STF. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Op. Cit.** p.864.

<sup>122</sup> Esse princípio acaba por ser violado quando se encerra o curso do processo de fora abrupta, acabando com o curso natural do processo que deveria ser observado para que se pudesse obter, pelo menos de forma parcial, a verdade processual, já que a verdade real é no processo complexa de ser alcançada, sendo a relação jurídica processual interrompida, incentivando, por vezes, aos magistrados a repetirem em suas sentenças o conteúdo das súmulas. Não que isso não seja permitido, mas que por vezes a questão guarda disparidades com o “modelo” sumulado, o que desautoriza a utilização do artigo ora comentado e combatido. Sobre essa violação Ibid, Idem.

Acabou por acontecer uma total desvalorização das decisões dos Tribunais inferiores (ditos Tribunais de Justiça dos Estados/Distrito Federal e Tribunais Regionais Federais) que sequer foram recordados e, simplesmente, retirados do ciclo de julgamentos sobre a temática. Nesse caso essa prática legislativa se parece com a ocorrência da desvalorização dos Magistrados de primeira instância que não possuem valorização em suas decisões que são, nos casos em que são conhecidas, sequer observadas e por vezes modificadas desvalorizado em substância a compreensão do magistrado sobre a celeuma, lembrando que este é que tem o real contato com as provas produzidas no processo.

Agora, com essa modificação legislativa, o “tiro” foi “disparado” contra os Tribunais inferiores, retirando dessas Cortes parte de seus poderes, fazendo com que comecemos a pensar em uma jurisdição<sup>123</sup> dos Tribunais Superiores (STJ e STF), relegando aquilo que pode ser construído e pensado nos Tribunais Estaduais e Federais. Via súmulas<sup>124</sup> hoje o Judiciário reduziu sua prestação da tutela unicamente aos Tribunais Superiores, onde sabidamente os fatos não são conhecidos e que as provas são pouco observadas, pois nesse âmbito do Judiciário o foco é material, onde a discussão será eminentemente de direito.

Compreende-se que as súmulas vieram pra ficar, mas que venha tomar o lugar dos julgadores de segundo grau quem sabe seja muito. Ademais, nessa modalidade de jurisdição, daqui a certo tempo, bastará um julgador<sup>125</sup> que edite súmulas para fixar o entendimento do Judiciário nacional e isso, sim, é altamente reprovável, ainda mais por se falar de um Poder Judiciário plural.

Para adequar esse dispositivo à realidade pode ser utilizada a Hermenêutica, como meio de salvação à comunidade jurídica e social, visto que cada caso é um caso e que por mais que a matéria seja idêntica à discutida e decidida por súmula podem existir peculiaridades no caso que não autorizarão a adoção da mesma solução sumular.

Aqui a Hermenêutica chega com toda sua força para adequar o disposto no parágrafo §1º do referido artigo, podendo dar outras formas de compreender esse dispositivo, buscando uma interpretação conforme a Constituição Federal<sup>126</sup>. Talvez uma das formas de compreender (porque compreender é traduzir e interpretar) o dispositivo seja no sentido de que o juiz “poderá”<sup>127</sup> não receber a apelação, natural compreensão, visto que não deve ser compreendida tal proposta legislativa como uma “ordem”, mas, sim, como uma faculdade, lembrando que deve se tratar de questão de súmula vinculante e não das “pequenas” súmulas editadas por todo e qualquer Tribunal<sup>128</sup>.

---

<sup>123</sup> Sobre o que venha a ser jurisdição interessante observar TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p.11.

<sup>124</sup> Parece que a busca do legislador veio no sentido de resgatar a importância das súmulas impeditivas de recursos. Essa temática discutida parece ser inconstitucional, sob os fundamentos de violação aos princípios e garantias constitucionais do processo. Nesse sentido Ibid. p.863.

<sup>125</sup> Vale lembrar as lições de Carl Schmitt no sentido de que quem deveria controlar a constituição deveria ser o Chefe do Reich, hoje Chefe do Executivo [Presidente da República]. No caso desse estilo de jurisdição, calcada em súmulas, não bastaria a existência de muitos julgadores, sendo necessário apenas um julgador que definisse tudo, o que se assemelha à busca de Schmitt. Cf. SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.195 e ss.

<sup>126</sup> Nelson Nery Jr. acaba por adiantar que não há nesse dispositivo, olhando a sua letra fria, como interpretá-lo em conformidade com a Constituição, mas somente se houver uma nova compreensão advinda da hermenêutica. Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. Op. Cit. p.864.

<sup>127</sup> Ibid. p.863.

<sup>128</sup> Ibid. idem. “Qualquer tribunal federal ou estadual, superior (STF, STJ, TST, TSE, STM) ou não (TRF, TRT, TJ) pode emitir verbete para formação de súmula *simples*, Ito é, formada a partir de reiteradas decisões no

O grande problema é a pretensão de utilização de métodos cartesianos, fechados e “quadrados” de solução, para escapar dessa arcaica forma de pensar existe a Hermenêutica para demonstrar que há solução coerente e que respeite a Constituição, sendo observado o contexto social e histórico da referida legislação que incluiu no ordenamento jurídico Processual Civil o dispositivo comentado.

A única forma de superar as celeumas interpretativas que se apresentam mais a cada dia é pensar em uma solução que respeite os direitos e garantias fundamentais, respeite a sociedade e acima de tudo venha a estar de acordo com a própria Cara Magna, vencendo um modelo metódico e fechado de observar as normas que são elaborados pelo Legislativo, donde só haverá possibilidade de sair da problemática de uma legislação prejudicial se utilizada a Hermenêutica buscando corretamente interpretar e compreender a intenção legislativa, visando a preservação da referida norma para que esta não venha a ser objeto de ações declaratórias de inconstitucionalidade.

Vale referir que esse dispositivo §1 do art. 518 do Código de Processo Civil<sup>129</sup> pende sobre forte discussão na doutrina, onde se põe a dúvida da (in)constitucionalidade, sendo que o grande fundamento para a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo vem a ser a sua total ausência de respeito para com a Constituição. Poderia ser salvo o referido artigo se adequada a sua forma de compreensão através da Hermenêutica, sendo esse movimento trazido pelo jurista Nelson Nery Júnior<sup>130</sup>.

Esses debates que foram aqui apresentados são alguns poucos dos outros tanto que poderiam ser aqui referidos e debatidos, sendo todos solucionados via Hermenêutica, fazendo com que superemos injustiças, ou ainda, irregularidades que poderia ser ocorrentes em decorrência de normas criadas de forma descuidada ou tendenciosamente direcionadas a uma situação.

A Hermenêutica<sup>131</sup> se presta a isso, fazer com que possamos todos obter a correta compreensão da norma que venha a ser dificultosa em seu entender, sendo o hermeneuta

---

mesmo sentido, súmula essa que vincula unicamente os membros do próprio tribunal, mas não outros juízes. O juiz não está obrigado a aplicar, na decisão dos processos sob sua direção, a súmula simples de tribunal.”

<sup>129</sup> Vale referir que se for respeitado o referido artigo, conforme a sua natural edição, será propiciado ao Tribunal o conhecimento da causa de pedir somente via agravo de instrumento que não será passível de possibilitar a discussão sobre o conteúdo da *questio*, mas que só tornará possível a análise frente a decisão interlocutória que diz respeito ao não recebimento do recurso. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de direito processual civil comentado. Op. Cit.** p.530.

<sup>130</sup> “Aplica-se somente à apelação: norma de exceção, que restringe direito, não pode ser interpretada ampliativamente, diz a velha e consagrada regra de hermenêutica.” In NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante. Op. Cit.** p.864.

<sup>131</sup> Nesse sentido vale trazer a belíssima lição de Lenio Streck, *vide* “Nesta quadra de tempo, na era das constituições compromissórias e sociais, enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar *capas de sentido aos* textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Conseqüentemente, o método (o procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da realidade. Antes de argumentar, o interprete já compreendeu. A compreensão antecede, pois, qualquer argumentação. Ela é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, por exemplo, que o juiz, primeiro decide, para só depois fundamentar; na verdade, ele só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento (a justificação). E somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que linguagem não é um mero instrumento ou *terceira coisa* que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). O *abismo gnosiológico* que *supera* o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são, não depende – hermenêutico jurídico-filosófica – de pontes que venham a ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita. Daí a importância da pré-compreensão, que



um realizador e mantenedor da interpretação conforme a Constituição, mantendo a higidez e os valores constitucionais que estão, sempre, acima de qualquer outro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final pode ser perceptível que a utilização da hermenêutica<sup>132</sup> é, sim, uma das formas de superação, quer por ao menos amenizar a crise que se instalou no Processo Civil e que, aparentemente, não pretende “ir embora”.

Compreender, interpretar, traduzir e demonstrar a real intenção da legislação ou dos julgados é tarefa do hermeneuta que está pronto a torna o “fardo” do Direito Processual Civil menos pesado o que, por si só, já se mostra uma grandiosa vantagem e saída.

Passar pela crise - como nos exemplos citados da relativização da coisa julgada, das sentenças liminares dentre outros - é uma pretensão possível de ser realizada, vencendo os formalismos desvalorativos e os procedimentalismos pouco produtivos, demonstrando que ainda é possível, realmente, levar os direitos a sério e não simplesmente postá-los em uma Carta Magna ou em um Código formal que nada tem de verdadeira substância.

Fica mais fácil pensar de uma hermenêutica no direito, onde esta forma de solvência de problemáticas de alta indagação venham a tornar mais palpável a efetivação dos direitos fundamentais e não uma mera previsão legislativa que dotaria um “papel” de total ineficácia e ausência de valor, por ser uma mera previsão que em nada pode ser realisticamente útil.

Esse alerta é freqüentemente feito pelos juristas que estão realmente preocupados com toda essa celeuma tanto no direito como no Processo Civil com em outros ramos do direito, demonstrando que a hermenêutica pode ir “onde” o Processo não é capaz de ir, sem uma ajuda, ao ponto de solução das grandes “confusões” da compreensão tanto do viés sujeito objeto como das incompreensíveis normas e decisões que se apresentam mostrando a difícil tarefa que o jurista e hermeneuta possuem.

Pensar em um Processo Civil recortado e nada técnico é pensar em um Código totalmente incongruente com a sua origem e principiologia, visando o mero adimplemento da celeridade sem compromisso com o devido processo legal, razoável duração do processo, contraditório e ampla defesa dentre outros tantos princípios que são, simplesmente, desconsiderados frente à busca desenfreada de velocidade processual, não sendo essa busca a mais adequada para a feitura de justiça e concretização fenomênica dos direitos garantidos através dos séculos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

---

passa à condição de condição de possibilidade nesse novo modo de olhar a hermenêutica jurídica. *In* STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito**. *Op. Cit.*, p.434.

<sup>132</sup> Como diria o jus-filósofo argentino Tinant “De tal modo, el resultado de la interpretación judicial alberga un saber no sólo jusfilosófico y científico jurídico (con el auxilio del arte o técnica procesal) sino --fundamentalmente-- prudencial-retórico. La función de la prudencia jurídica (la prudencia judicial por excelencia) es establecer en qué consiste la acción o dación que se debe concretamente por razón de justicia, en tanto lo retórico implica la necesidad de mostrar la razonabilidad y justicia contenida en la conclusión del silogismo prudencial con la finalidad de persuadir a sus destinatários” *in* TINANT, Eduardo Luis. **En torno a la justificación de la decisión judicial**. *Op. Cit.*

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **La sociedad sitiada.** Trad. de Mirta Rosenberg. Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 2006.

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Vida líquida.** Trad. de Albino Santos Mosquera. 1. ed., 4. reimp., Buenos Aires: Paidós, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BERIZONCE, Roberto Omar. **As garantias do cidadão na justiça.** Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993.

BOBBIO, Norberto. **El futuro de la democracia.** Trad. José F. Fernández Santillán. México: Fondo de cultura económica, 1999.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição Aberta.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **Campo de poder:** campo intelectual. Buenos Aires: Estroboas copia, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **Introducción y La producción de la lengua legítima.** Madrid: Akal, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil: vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudo sobre direitos fundamentais.** 1º ed. São Paulo: RT, 2008.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do judiciário:** primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Forum, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DESCARTES, René. **Discurso do método e meditações.** Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DILTHEY, Wilhelm. **Dos escritos sobre hermenêutica.** Madri: Istmo, 2000.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAYE, Jean Pierro. **Qué el la filosofía**. Barcelona: Edciones, 1998.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**.
- FOUCAULT, Michel. **El orden del discurso**. Barcelona: Fabula Tusquests Editores, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Las palabra y las cosas: una arqueologia de las ciencias humanas**. 2. ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- GANDHI, Mahatma. **O pensamento vivo**. 1. ed., Lima: Los libros mas pequenos del mundo, 2007.
- GARAPON, Antonie. **Le gardián de promesses**. Paris: Odile Jacob, 1996.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. **Revista do direito administrativo: As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologias, e pureza no direito dos USA**. Rio de Janeiro, 239: 359-388, 2005.
- GILLY, François-Noel. **Éthique et génétique, La bioéthique em questions**. Ellipses, París, 2001.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**. V. I., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia**. V. II., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.
- JAYME, Erik. **Cours général de droit intenacional prive**, In recueil des cours, Académie de droit intenacional, t, 251, 1997.
- KAFKA, Franz. **Ante la ley**. Buenos Aires: Losada, 1984.
- KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la lógica jurídica**. Buenos Aires: Eudeba, 1973.
- KATO, Shelma Lombardi de. A crise do direito e o compromisso da libertação in **Direito e justiça: A função social do Judiciário**. Org. José Eduardo Faria, 3. ed., São Paulo: Ática, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4º ed., São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins fontes, 2003.

- LABRUSSE-BRIOU, Catherine. **Le droit saisi par La biologie**. Des juristes au laboratoire, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996.
- LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Rio de Janeiro: Olympio Editora, 1986.
- LUHMANN, Niklas. **Sitemi sociali**: Fondamenti di una teoria generale, Bolonha: Il Mulino, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MARÍ, Enrique E. **Papeles de filosofía (...para arrojar AL Alba)**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 1993.
- \_\_\_\_\_. Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden, en VV.AA., Derecho y psicoanálisis. **Teoría de las ficciones y función dogmática**. Buenos Aires: Hachette, 1987.
- MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de direito processual civil comentado**. São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: Teoria geral do processo. v. 1. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo V: arts. 444 a 475, 5. v. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: RT, 2009.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- MORELLO, Augusto Mário. **El proceso justo**: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. La Plata: Platense, 1994.
- MORELLO, Augusto Mario y MORELLO, Guilherme Claudio. **Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud**. La Plata: Editora Platense, 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed., rev., ampli. e atual., São Paulo: RT, 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. rev. atual., São Paulo: RT, 2002.
- NEVES, Antônio Castanheira. **O direito hoje em com que sentido?** Lisboa: Editora Piaget, 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed., rev. e ampli., São Paulo: Saraiva, 2003.
- OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- \_\_\_\_\_. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Madrid: Debate, 1990.

PUELLES, Antonio Millán. **Fundamentos de filosofia**. 13. ed., Madrid: Ediciones Rialp S.A., 2000.

REALE, Miguel. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: SENAC, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y La tutela judicial efectiva**. Barcelona: J.M.Bosch editor, 2004.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Apresentação de João Carlos Brum Torres. Traduzido por Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2009.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **Dignidad de La persona e ideologia constitucional**. JÁ, 1994-IV-904.

\_\_\_\_\_. **Elementos de derecho constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Artraz, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2. ed., São Paulo: Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1997.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 5. ed., São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed., rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão: em 38 estratégias**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Da função à estrutura**. – <[www.Baptistadasilva.com.br/artigos](http://www.Baptistadasilva.com.br/artigos)>. Acesso em 04 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, São Paulo: RT, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARUFFO. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità.** Giuffrè, 1974.

\_\_\_\_\_. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, in **revista trimestrale di diritto e procedura civile.** Tradução de Candido Rangel Dinamarco. Giuffrè, 2001.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo.** São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição voluntária.** Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoietico.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THAMAY, Rennan Faria. A relativização da coisa julgada como decorrência da crise do Poder Judiciário na perspectiva do direito previdenciário. **Revista de Direito Social**, v. 36, 2009.

TINANT, Eduardo Luis. **Bioética jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos.** 1. ed., Buenos Aires: Dunken, 2007.

TINANT, Eduardo Luis. TEALDI, Juan Carlos [diretor]. **Diccionario latinoamericano de bioética.** Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.

\_\_\_\_\_. **En torno a la justificación de la decisión judicial.** LA LEY 1997-E, 1395.

\_\_\_\_\_. **Ética, derecho y biotecnología.** JÁ, 2000-IV-1101.

\_\_\_\_\_. **Genética y justicia.** (compilador-director); coautores: BYK, Christian, MAINETTI, José A., MEDINA, Graciela, BIANCHI, Néstor O., MARTÍNEZ MARRIGNAC, Verónica L., BERGEL, Salvador D., y LOJO, María Mercedes, SCJBA, La Plata, 2001.

\_\_\_\_\_. **Los derechos humanos a la luz de la bioética.** JÁ, 2003-III-1023.

\_\_\_\_\_. **Persona y tiempo ¿hacia un tiempo biogenético?** Revista electrónica El Sigma, 2007.

\_\_\_\_\_. **Progreso científico y tecnológico y derechos humanos. Con especial referencia al derecho a la salud.** Revista La Ley *on line*, 11/3/09.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La démocratie em Amérique.** Paris: Garnier: Flammarion, 1951, t. II.

VATTIMO, Gianni. **O Fim da Modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna,** Lisboa: Editorial Presença, 1987.

VIANA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOLTAIRE. **Dicionário filosófico.** Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin claret, 2008.

WEBER, Max. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo**. Buenos Aires: ediciones libertador, 2007.

ZYMLER, Benjamim. **Política e Direito: uma visão autopoietica**, Curitiba: Juruá, 2002.