

A TUTELA JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ALGUMAS NOTAS

Lúcio Delfino¹

Fernando Rossi²

Paulo Leonardo Vilela Cardoso³

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. A quebra da neutralidade do direito processual civil: uma análise à luz das necessidades do direito material. 3. O direito processual civil adequado às particularidades do caso concreto. 4. O respeito ao *modelo constitucional do direito processual civil*. 5. O direito processual civil e o processo como *condutos* ou *métodos* de concretização dos direitos fundamentais. 5.1. A lei, os fatos e os valores constitucionais: noções elementares de interpretação jurídica. 5.2. Breves impressões sobre o *mecanismo* da interpretação jurídica: controle constitucional das leis, preenchimento do conteúdo dos princípios constitucionais e superação do critério subsuntivo. 5.3. A concretização dos direitos fundamentais por intermédio do processo e do direito processual civil. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Considerações iniciais

Para melhor compreender o objeto do direito processual civil, algumas balizas metodológicas são absolutamente imprescindíveis.

Embora de escassa idade, o direito processual civil, nos seus poucos anos de existência como *ramo autônomo*, submeteu-se a diversas alterações estruturais. Basta lembrar que, outrora, era visto como mero apêndice do direito material (fase sincrética); hoje, alcançada a plenitude de sua independência, é analisado como verdadeiro *método* de atuação do Estado para alcançar os seus fins.

Neste despretenhoso ensaio, quer-se apenas apontar algumas balizas contemporâneas que alicerçam a *teoria geral do*

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual Civil. Advogado.

² Mestre em Constituição e Processo pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Especialista em Processo Civil e Direito Civil pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Diretor da *Revista Brasileira de Direito Processual*. Professor universitário. Advogado.

³ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Uberlândia; Mestre em Direito Privado pela Universidade de Franca; Conselheiro da 14ª Subseção da OAB/MG – Gestão 2007-2009; Professor do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito de Empresa da Universidade de Uberaba; Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais; Presidente da Comissão de Estudos Jurídicos da 14ª Subseção da OAB/MG; Advogado.

processo civil, vinculando-as ao imperioso dever estatal de prestar a tutela jurisdicional, sempre segundo ditames constitucionais.

E a proposta vai ao encontro das atuais abordagens doutrinárias, num viés apegado à *realidade do mundo* e, por consequência, alheio à frieza do tecnicismo nativo à fase autonomista. É que presentemente este ramo jurídico – o direito processual civil – despreza uma visão neutral, apegada ao formalismo exacerbado, a conferir importância ao processo pelo próprio processo.

Enfim, o que se pretende é apontar algumas *premissas fundamentais*, as quais, conjuntamente, se encontram habilitadas a guiar o estudioso e o próprio operador à adequada percepção do fenômeno sob análise. São sinais ou coordenadas cuja afeição conduzirá à compreensão do direito processual civil que se acredita mais ajustada à contemporaneidade. Um colorido especial a quebrar o cinzento e neutral teor científico que já caracterizou a ciência processual em tempos outros.

2. A quebra da neutralidade do direito processual civil: uma análise à luz das necessidades do direito material

Cabe ao Estado assegurar a paz social. Bem ou mal, para atingir tal finalidade, criam-se *normas de conduta* (direito material) destinadas a regular as diversas relações travadas entre aqueles que se interagem na sociedade.

Mas as normas não se garantem *per se*. Não é porque a norma existe no plano da realidade que o conteúdo por ela imposto será sempre respeitado. Por isso, a latente possibilidade de surgirem conflitos de interesses, hábeis a atentarem não só contra aquele objetivo elementar do Estado (a paz social), senão ainda capazes de afrontar a sua própria soberania.

Além de criar leis, ao Estado compete pacificar os diversos conflitos de interesses surgidos pelo desrespeito a essas mesmas leis. Estar-se-á diante de um dos papéis da jurisdição e, por consequência lógica, do próprio direito processual civil. Afinal, o último serve à primeira, legitimando-a, atuando-a conforme importantes valores assegurados pela Constituição e em prol deles, mas sempre preso à realidade da vida. É um direito projetado para tutelar

procedimentalmente outros direitos (materiais) ameaçados ou não respeitados de maneira espontânea no plano da realidade.

Hoje se tem plena consciência da presença de uma íntima interação entre os planos do *direito material* e do *direito processual*. Direito material sem direito processual é utopia; direito processual sem direito material é inutilidade. Nas palavras de Bedaque, o direito processual é ciência cujo escopo norteia-se à construção de um método adequado à verificação sobre a existência de um direito (material) afirmado. Para conferir tutela jurisdicional àquelas situações da vida efetivamente amparadas pelo ordenamento material, deve-se ater a uma visão do direito processual preocupada com seus resultados e com a aptidão do instrumento para alcançar seus fins.⁴

Contudo, nem sempre assim foi. Nem sempre se buscou trabalhar uma coligação entre os dois planos normativos. Outrora, a neutralidade contaminou o direito processual civil. Era a fase autonomista, momento histórico no qual a ciência processual nasceu e evoluiu. Mas não havia preocupação com o resultado da atividade jurisdicional. Buscava-se mesmo obstaculizar reflexos do direito material sobre o direito processual, na ânsia de se construir uma ciência pura e neutra, absolutamente desprendida de outros ramos do direito. Numa confusão entre *autonomia* e *neutralidade*, criou-se uma ciência internalizada e, por conseguinte, despreocupada com os resultados para os quais se prestava.

Hoje a concepção é outra. O pensamento contemporâneo do direito processual civil objetiva corrigir os excessos oriundos de suas fases anteriores.⁵ Apesar dos resquícios ainda presentes, é predominante a idéia de que o processo realmente serve de instrumento ao direito material. A consciência de que o direito processual civil tem finalidades exteriores a ele instigou uma reflexão conjunta dos planos processual e material.⁶ Percebeu-se que a técnica é o caminho e não o fim em si mesmo.⁷ E a conseqüência elementar dessa

⁴ SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 12-13.

⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 43.

⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 43.

⁷ JUNIOR, Hermes Zaneti. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 378. Não publicada.

conclusão desemboca na necessidade de adequação e de adaptação do instrumento às necessidades específicas de seu objeto – o processo e o direito processual civil devem se adequar ao objeto (direito material ou substancial) com o qual operam.⁸

Esta, pois, a primeira das premissas fundamentais: apesar de autônoma, a ciência processual civil deve ser elaborada, compreendida sempre à luz do direito substancial e em função dele, sendo estéreis as construções processuais que não proporcionem real contribuição para o objeto mesmo do processo – prega-se o comprometimento com os resultados do processo mediante a necessária compatibilização entre a técnica processual e o seu escopo.⁹

3. O direito processual civil adequado às particularidades do caso concreto

O direito processual civil deve ser construído e aplicado mediante uma interpretação jurídica que não apenas considere as necessidades do direito material, mas que, por igual, leve em conta as próprias particularidades do caso concreto, isto é, a diversidade fática, a diferenciar cada uma das crises de interesses submetidas ao crivo do Judiciário, merece também ser considerada como norte indispensável à realização da justiça.

As dificuldades aqui são maiores. Afinal, o direito processual civil corresponde a uma vertente da ciência jurídica preocupada com a imposição de formas e caminhos, os quais se devem seguir e respeitar, com o intuito de se legitimar a atividade jurisdicional e o seu resultado. No normal das vezes, as *técnicas processuais* desenhadas pelo legislador se apresentam rijas; aparentemente não comportam maleabilidade.

De toda sorte, tenha-se em mente que o legislador é realmente inapto diante da riqueza das situações da vida. Por mais que se esforce, jamais conseguirá prever todas as possibilidades conflituosas e, a partir delas, desenhar procedimentos diferenciados vários e perfeitamente adequados à pacificação dessa variedade de crises de interesses oriunda da vida social. E mesmo que fosse idealizável a instituição de procedimentos múltiplos e adequados à diversidade dos

⁸ SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 20.

⁹ SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 20.

direitos materiais, ainda assim não haveria um ajustamento perfeito das *técnicas processuais* aos *casos concretos* submetidos ao crivo do juiz, notadamente pelas particularidades que diferenciam cada um deles. É importante que o direito processual civil seja construído, compreendido e aplicado (interpretado) mediante um olhar decididamente ajustado às necessidades do direito material, mas que também se mostre sintonizado às singularidades do caso concreto.

Advirta-se, já aqui, que esse compromisso não envolve apenas o legislador. Por certo, é dele a responsabilidade primeira de editar as denominadas *normas processuais abertas*, cujos fins se voltam a permitir às partes e ao próprio juiz se valerem de técnicas processuais adequadas às diferentes particularidades dos casos concretos e às necessidades do direito material. Porém, o *poder de adequação procedimental do juiz e das partes não se esgota nestas normas processuais abertas*. Nem o juiz e sequer as partes se encontram presos ao programa legal instituído pelo legislador, porque a *ausência de técnica processual idônea à tutela de direito material*, seja por *carência de previsão legal*, seja ainda por *existir previsão de técnica inidônea a essa tutela*, obriga o juiz – e autoriza as partes – a identificar a técnica processual adequada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.¹⁰

Deveras, a preocupação do Estado contemporâneo também se volta à instituição de *normas de conceitos vagos e indeterminados*, as chamadas *cláusulas gerais* e os próprios *princípios* (normas abertas), capazes de permitir uma plasticidade ou adaptabilidade procedimental segundo as singularidades do caso concreto. No entanto, tal empenho – o exame do caso concreto segundo os seus detalhes fáticos - também

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 427. A título de ilustração, aponte-se o art. 475-Q, §2.º, do CPC. Estar-se-á diante de uma *norma aberta* a evidenciar que o legislador também se preocupa com as particularidades do caso concreto. Esse dispositivo é um apêndice do *caput* do art. 475-Q, o qual autoriza que o juiz ordene ao demandado a *constituição de capital*, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão proveniente de indenização por ato ilícito. Já o §2.º do art. 475 prevê: “O juiz poderá *substituir* a constituição do capital pela *inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento* de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou a requerimento do devedor, *por fiança bancária* ou *garantia real*, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.” É evidente que a plasticidade da norma confere ao juiz o poder de optar pela *técnica* mais adequada às singularidades do caso concreto. Basta pensar – como faz Alexandre Freitas Câmara – numa pequena empresa que tenha de pagar uma pensão alimentícia equivalente a um salário mínimo mensal. Certamente será menos oneroso para ela incluir o devedor em sua folha de pagamento do que constituir um capital que seja capaz de garantir esse pagamento por toda a vida do credor – o que pode corresponder a um período excessivamente longo. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2006. p. 153).

contamina o próprio juiz – órgão estatal a quem cumpre atuar a jurisdição –, obrigando-o a identificar a técnica processual adequada sempre que ausente previsão legal, ou mesmo quando inexistir previsão de técnica apropriada à tutela de direito material perseguida e às peculiaridades do caso concreto. Não sendo assim, estará caracterizada uma lacuna da técnica processual em prejuízo ao próprio resultado jurisdicional e aos anseios constitucionais que se pretendem atingir e assegurar.

4. O respeito ao modelo constitucional do direito processual civil

No seio da Constituição, há um método *principiológico* elaborado com o intuito de fornecer alguns valores imprescindíveis à legitimação da atividade jurisdicional e do seu resultado. É que esse objetivo voltado à legitimação também se vincula a um *modelo procedimental mínimo*, ao qual a jurisdição deve a necessária reverência.

¹¹

É como se o direito processual civil – e o próprio processo – possuíse uma *identidade* ou um *núcleo duro*. A essência procedimental do direito processual civil encontra-se positivada em normas constitucionais. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, esse *modelo constitucional* caracteriza-se por diretrizes mínimas, mas fundamentais, destinadas a reger o comportamento do Estado-juiz.¹²

Nessa trilha, o centro axiológico do direito processual civil é, pois, composto dos seguintes princípios constitucionais: direito à tutela jurisdicional efetiva, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à isonomia, à publicidade dos atos processuais, à motivação das decisões judiciais, à vedação das provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos, a um processo de duração razoável e aos meios que garantam a celeridade processual. Numa frase, prega a Constituição a imperiosa observância do *devido processo legal*.

¹¹ É da doutrina italiana que extrai a idéia desse *modelo constitucional do processo*, entendido como “a norma e os princípios constitucionais, respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, consentem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária.” (ANDROLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionali del processo civile italiano*. 2ª. ed. Torino : Giappichelli. 1979. p. 7).

¹² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 92. É de imprescindível leitura as lições do Prof. Cássio Scarpinella a respeito desse assunto tratado por ele com propriedade inquestionável, em seu “Curso”.

Não se quer, todavia, afirmar que esses princípios sejam absolutos – na ciência jurídica, o *absoluto* é sempre motivo de desconfiança. Não há isso porque algumas situações demandam consideração especial por parte do Estado. Na ocorrência de choques entre princípios constitucionalmente estabelecidos, deve se verificar qual dos valores por eles representados têm maior relevância no caso concreto (proporcionalidade), prevalecendo-se, naquela circunstância, um sobre o outro. Se houvesse princípios absolutos, a própria idéia de *sistema jurídico* estaria comprometida, pois esses conflitos principiológicos jamais seriam sanados de forma ajustada.

A rigor, todo esse manancial axiológico detém natureza processual, conquanto inegável a íntima relação que mantém com o direito material. É importante perceber esse aspecto para diferenciar a idéia de *modelo constitucional do processo* daquilo que será trabalhado no tópico seguinte. Afinal, é indiscutível o dever do juiz de conformar a lei aos princípios constitucionais – dentre eles os próprios direitos fundamentais – quando da sua *interpretação e aplicação* concreta – o que configura não apenas a efetivação do controle *difuso de constitucionalidade*, mas ainda uma aplicação verdadeiramente *construtiva* ou *criativa* da lei. Assim, confere-se legitimação à decisão pela própria decisão, afeiçoando-a aos valores constitucionais e, nesse viés, corroborando com a concretização do projeto constitucional estatal.¹³ Mas a legitimação da atividade jurisdicional – e do seu

¹³ Ao se pretender definir o próprio Direito, ou ao menos traçar sua finalidade, é pouco afirmar que ele cumpre a função de harmonizar as relações intersubjetivas e, assim, assegura o equilíbrio e a paz social. É esse o lúcido pensamento do jurista Cunha Campos que, com o brilho de sua inteligência, leciona, em seus “Comentários”, que o ordenamento jurídico não consiste simplesmente em um sistema de regras destinadas a manter uma ordem. O Estado dispõe de interesses, sempre renovados em função da atividade política de onde surge o corpo de governantes. E essa realização de interesses implica a elaboração dos projetos destinados à sua consecução. O Estado projeta-se continuamente porque seus interesses se renovam. Segundo o saudoso mestre mineiro, o ordenamento jurídico corresponde a um projeto estatal, um meio de assegurar sua própria realização, tornando previsíveis e necessárias as condutas humanas direcionadas a esse fim. À medida que os projetos se sucedem, o ordenamento jurídico transforma-se. *A lei assegura a efetivação de uma transformação, objetiva-se a dirigir o sentido de um movimento que é inevitável.* (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 62 e seg.). Em outro trabalho de peso, Cunha Campos reafirmou sua conclusão anterior e frisou, categoricamente, que realmente há um *projeto estatal*. E nesse projeto se fixam os objetivos e se determinam as condutas indispensáveis à sua consecução. O ordenamento jurídico traduz essas condutas de modo a obter sua ocorrência com a regularidade exigida para o êxito do projeto. (CAMPOS, Ronaldo Cunha. *O objeto do processo e a posição do Judiciário*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 35. Belo Horizonte : Forense, 1975. p. 15-42). De tais lições já se percebe a deficiência de um conceito de Direito que busca restringir sua finalidade à manutenção da paz social. É certo que os conflitos de interesses representam fator suscetível a comprometer o sucesso desse projeto. Daí a necessidade de leis aptas a nortear condutas e evitar conflitos. A ordem social integra o projeto

resultado – também se encontra condicionada à adequação a ao aludido método procedimental estabelecido pela Carta Política, condensado na expressão *devido processo legal*.¹⁴ É, por igual, condição de legitimidade da jurisdição e da própria tutela jurisdicional que sejam conduzidas conforme as diretrizes traçadas pelo modelo constitucional do direito processual civil.

Enfim, é de se compreender que há mesmo um modelo mínimo essencial que identifica o “ser” do processo.¹⁵ Deve-se ter em mente que a Constituição é o ponto de partida, por se tratar de genuíno *eixo sistemático*, de qualquer reflexão a ser realizada sobre direito processual civil.¹⁶ Mais que isso, impõe à Constituição um método técnico e procedimental a ser sempre compreendido e respeitado pelo Estado-juiz, isso como condição indispensável a assegurar legitimação

estatal, mas esse nela não se resume. É de se dizer que hodiernamente, em tempos imbuídos pelo constitucionalismo, numa sociedade pautada pela ideologia de um Estado Democrático de Direito, esse projeto estatal, mais do que nunca, permanece vivo, também no ordenamento jurídico globalmente considerado, mas essencialmente na própria Constituição Federal. É a Constituição Federal o fundamento de validade do ordenamento jurídico, responsável pela corporificação da própria atividade político-estatal, conforme ensina Lenio Luiz Streck. Para além de um mero papel de ordenação, o Direito passa a assumir função de transformação da realidade social. No Estado Democrático de Direito – ainda seguindo a lição de Streck – a Constituição é a explicitação de um *contrato social*, uma norma diretiva fundamental que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais. Essa noção de Estado acopla-se, pois, ao conteúdo material da Constituição, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do *status quo* da sociedade, servindo-se a lei de instrumento voltado à ação estatal na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principlológico. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002. p. 27 e segs.). Assim, a paz social é imperativa. A instituição de leis segue também rumo à composição de conflitos intersubjetivos, os quais, se não controlados, inviabilizariam a convivência social. Contudo, essa idéia é insuficiente para se compreender adequadamente a finalidade do Direito na sociedade. Hoje, o ordenamento jurídico deve ser construído com alicerce na Constituição e seu fim dirige-se também à promoção das metas nela definidas (Constituição como *plano estatal*, um *plano de metas de um agir político-estatal*), à garantia e consecução de seu núcleo básico, representado pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais num viés visivelmente transformador.

¹⁴ Nessa linha, a lição de Humberto Theodoro Júnior: “A garantia de um processo justo, sob o prisma das garantias constitucionais, retrata, além de outros atributos, “a eficiência e a celeridade das decisões judiciais”, assim como “a efetividade da tutela jurisdicional”. É por essas possibilidades interpretativas da cláusula do devido processo legal, em todos os planos em que seu desenvolvimento reflète, que assume as proporções de um verdadeiro “standard de justiça”, capaz de limitar a atuação estatal, proteger os direitos fundamentais e concretizar a democracia.” E mais: “Permanece, pois, sempre atual a lição de Couture que qualifica como inconstitucional a lei processual que atrita com o primado da Constituição no tocante às garantias da tutela jurisdicional, privando o jurisdicionado da possibilidade de propor a ação, de defender-se, de produzir provas, de alegar, de impugnar a sentença, de ser julgado por juízes idôneos e em prazos razoáveis.” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *A grande função do processo no Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, 59. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2007. p. 17-18).

¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 121.

¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 84.

não apenas ao procedimento jurisdicional, senão ainda da própria manifestação do poder jurisdicional (tutela jurisdicional). Também acerca dessa circunstância, não deve desperceber o processualista contemporâneo.

5. O direito processual civil e o processo como condutos ou métodos de concretização dos direitos fundamentais

5.1. A lei, os fatos e os valores constitucionais: noções elementares de interpretação jurídica

A complexa estrutura montada para o alcance da tutela jurisdicional não possui características mecânicas, como se as etapas fossem facilmente cumpridas sem qualquer consciência, numa atividade fria e robótica. Ao contrário, a atividade jurisdicional se destaca pela alta escala de racionalização que nela é empreendida, um vigor dedicado a descobrir qual a mais justa resposta para o clamor retratado no processo.

Nesse viés, a interpretação jaz necessária para que se encontre o adequado sentido e alcance dos enunciados legais, sobretudo por não serem eles fórmulas prontas ou substancialmente concluídas.¹⁷ A *norma jurídica* aplicada no caso concreto será, sempre, *construída* pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito.¹⁸ Daí a corriqueira afirmação de que interpretar é compreender a natureza das coisas.¹⁹ Mas não só compreensão, pois, como ensina

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 64.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 64.

¹⁹ Não são sinônimas as expressões *texto normativo* e *norma jurídica*, conforme o faz, por tradição, grande parte da doutrina. Tecnicamente falando, *texto normativo* é a expressão final do processo legislativo que lhe deu origem. Já a *norma jurídica* é fruto da *interpretação* do *texto normativo*, sendo produzida ou fabricada pelo intérprete, mediante um trabalho que abarca não só os *enunciados*, mas também os próprios *fatos* e os *valores* envolvidos – em especial aqueles com sede constitucional –, cujo fim maior é a sua aplicação ao caso concreto sob exame, seja ele de que natureza for. Afinal, segundo leciona Eros Grau, o *texto normativo* não está pronto nem substancialmente concluído; não contém imediatamente a *norma jurídica*. Essa última é *construída* pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito.¹⁹ Por isso, *texto normativo* e *norma jurídica* não serão tratados, aqui, como idéias idênticas. Para se referir à primeira expressão, os seguintes termos serão também utilizados: *norma de conduta* (ou, simplesmente, *norma*), *programa legal*, *programa normativo*, *enunciado*, *dispositivo*, *preceito*, etc.

Hans-Georg Gadamer, *interpretação, compreensão e aplicação formam um processo unitário*.²⁰

Em última análise, interpretar corresponde à própria produção prática do direito, é a técnica que possibilita a criação intelectual da *norma jurídica* a ser concretamente aplicada ao caso concreto, cujo mecanismo leva em consideração não apenas o texto normativo positivado (programa legal), senão ainda os próprios fatos envolvidos e os valores vigentes na realidade histórica em que ela é praticada – valores esses imiscuídos aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Não basta ao intérprete reconstruir o pensamento do legislador ou tão-só buscar a *ratio* da lei; deve, sim, viver um momento criativo, que o levará a produção da *norma jurídica pacificadora*.²¹ A interpretação é trabalho artesanal de construção da *norma jurídica* aplicável ao caso concreto, e, por conseguinte, cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. A interpretação jurídica não se realiza como mero exercício de leitura de textos normativos; se assim fosse, bastaria ao intérprete ser alfabetizado.²²

Assegure-se de que o processo hermenêutico possui relevância superior ao próprio processo de elaboração legislativa, pois é por meio dele que a lei será aplicada e inserida dentro de um contexto fático específico.²³ É de se dizer – parafraseando Eros Grau – que a *norma jurídica* encontra-se em estado de potência, involucrada no programa legal, e o intérprete a desnuda. O papel do intérprete é o de desnudar a *norma jurídica*, de produzi-la, de fazê-la brotar do texto. A

²⁰ GADMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 459.

²¹ Sobre a atividade criativa do juiz, importante lição é colhida da obra de Mauro Cappelletti: “É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 42).

²² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 80.

²³ THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais e sua concretização*. São Paulo : Juruá Editora, 2002. p. 47.

interpretação jurídica completa o trabalho do autor do texto normativo.²⁴

O texto normativo é, pois, matéria que precisa ser “trabalhada”, mesmo que aparentemente seu sentido se apresente unívoco ou evidente.²⁵ E, hoje, cabe ao intérprete sempre prestigiar, dentre as diversas interpretações alternativas e plausíveis, aquela que dê lugar à atuação da vontade constitucional – em especial, aos valores inerentes aos princípios constitucionais (dentre eles, os direitos fundamentais) –, evitando-se, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade do texto normativo ou na ocorrência de omissão do legislador.

Destarte, interpretar não significa compreender a lei pela própria lei. O respeito absoluto à literalidade da lei como técnica isolada e exclusiva de interpretação é método incoerente com a ideologia que alicerça a atual realidade paradigmática estatal.²⁶ A lei é *matéria-prima* a ser considerada pelo intérprete, juntamente com os fatos envolvidos no caso concreto e com os valores constitucionais. E isso no afã de se *construir, criar* realmente a verdadeira norma jurídica pacificadora. Insista-se nessa idéia: *mais do que apenas repetir os ditames legais, na contemporaneidade o juiz tem a tarefa de completar o trabalho do legislador, criando a norma jurídica.*²⁷

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 80.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002. p. 19. A esse respeito, transcreva-se a lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino: “O Constitucionalismo moderno refuta a tese *in claris cessat interpretatio* [esse velho brocardo pressupõe a existência de leis cuja redação, se bem cuidada, impediria dúvidas, obscuridades ou contradições, tornando dispensável a atividade interpretativa], que entendia ser desnecessária a interpretação se o conteúdo do dispositivo a ser aplicado fosse por demais evidente. Modernamente, é reconhecida a imprescindibilidade da interpretação em todos os casos, especialmente quando se trata de leis constitucionais.” E concluem: “Conforme nos ensina o constitucionalista Canotilho, toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, o resultado da tarefa interpretativa.” (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 69).

²⁶ Segundo ensina Daiane Moura de Aguiar, a idéia formalista de prestação jurisdicional, afinada a um critério voltado a limitar a atividade jurisdicional à mera reprodução daquilo que foi previamente declarado pelo legislador, funda-se no fato de que o Direito nacional advém da civil Law, calcado nos ideais romano-canônicos. Leciona a jurista: “(...) *infere-se que os magistrados limitavam-se a produzir sentenças meramente declaratórias. O juiz era mero declarante do Direito controvertido, o que se transferiu fielmente ao direito amparado pela civil Law, a qual influenciou o Direito europeu continental e conseqüentemente o Direito brasileiro, sendo que, posteriormente e até a atualidade, a doutrina ainda afirma que o juiz é mero declarante do Direito, ou seja, o juiz é apenas a boca da lei.*” (AGUIAR, Daiane Moura de. *Magistratura e decidibilidade no processo civil: o poder do juiz entre a vinculação e a discricionariedade*. *Revista Coletânea Jurídica*, 2. Porto Alegre : Editora Imprensa Livre, 2008. p. 172).

²⁷ Nos tempos atuais – leciona Cássio Scarpinella Bueno –, não é mais possível conceber a atividade hermenêutica como meramente literal, como se o direito correspondesse à letra da lei e todas as

5.2. Breves impressões sobre o mecanismo da interpretação jurídica: controle constitucional das leis, preenchimento do conteúdo dos princípios constitucionais e superação do critério subsuntivo

No Estado Democrático de Direito, não basta ao juiz apenas atuar concretamente a lei na solução de um conflito de interesses. A ele, quando no exercício da atividade jurisdicional, compete controlar essa mesma lei a partir dos princípios constitucionais – dentre eles, os direitos fundamentais –, com o objetivo de assegurar legitimidade à tutela jurisdicional (legitimação quanto ao conteúdo). Para tanto, parece óbvio que o raciocínio a ser empreendido pelo magistrado deverá considerar os *significados* desses mesmos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Dessa maneira, não é possível ao juiz controlar a lei numa dimensão constitucional, segundo os valores constitucionais vigentes, sem que se valha da via hermenêutica adequada à compreensão dessa mesma lei e à compreensão dos próprios princípios constitucionais – dentre eles os direitos fundamentais, repita-se. Assim, num processo unitário, a envolver compreensão, interpretação e aplicação, cabe ao intérprete extrair conteúdos da lei, dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, sempre preso à ideologia e à realidade mesma que move o Estado Democrático de Direito e a própria sociedade.

Estar-se-á tratando de uma tarefa árdua, sobretudo pela opção legislativa contemporânea voltada à elaboração das normas de *conceitos vagos e indeterminados*, das chamadas *cláusulas gerais* e dos próprios *princípios*.²⁸ Essa opção legiferante aponta para o fato de que o

conseqüências jurídicas possíveis para quaisquer fatos estivessem em estado de latência nos códigos e variados diplomas normativos, na cômoda posição de aguardo, a serem simplesmente pinçadas e aplicadas pelo juiz quando devidamente invocado para tanto. O paradigma do direito e a postura do intérprete e aplicador do direito diante do fenômeno jurídico alteraram-se completamente. No atual estágio do pensamento jurídico – continua o mestre – a função do juiz é realmente uma atividade criativa. Não se espera dele tão-somente a realização de uma reflexão quase-que-matemática sobre dadas premissas para concluir em um ou em outro sentido. Ao revés, espera-se do órgão julgador que aceite, na formulação das suas próprias premissas e na sua conclusão, elementos diferentes, diversos, não levados em conta na evolução e sistematização do pensamento do direito na primeira metade do século XIX, em especial na era das codificações. E conclui: “*Já não se pode falar, em todos e em quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente subsuntiva mas, bem diferentemente, sua função passa a ser concretizadora, no sentido de criadora do próprio direito a ser aplicado, justamente em função da complexidade do ordenamento atual.*” (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 121).

²⁸ Kátia Aparecida Mangone, em interessante trabalho científico, assim conceitua as cláusulas gerais, os conceitos vagos e os princípios: “*Princípios são regras de conduta e nortes de interpretação (art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil). (...) As cláusulas gerais não são princípios, mas podem trazer em seu conteúdo princípios. Na aplicação daquelas, o juiz cria o direito, sendo, assim, fonte de direito e*

legislador conscientizou-se de sua inaptidão para criar normas que se ajustem à riqueza das circunstâncias da vida, capazes de solver e satisfazer toda uma gama de conflitos e de pretensões advindos do próprio avanço contínuo da humanidade. Assim é que tais espécies normativas detêm larga generalidade, característica que as torna receptíveis a uma soma abstrata e infindável de valorações.

É importante ressaltar que a *norma jurídica* (*norma de decisão* ou *decisão jurisdicional*), a ser construída e aplicada ao caso concreto, deve, também, ser tomada como valor, embora haja acirrada controvérsia, pois muitos afirmam que essa concepção, emancipada do método interpretativo tradicional, abriria as portas da interpretação à entrada de “*um positivismo de conformidade com os valores da ordem do dia*” (Böckenförde),²⁹ prejudicando-se a própria racionalidade. Ainda nessa ótica, a normatividade seria substituída pelo subjetivismo do juiz, o qual se situaria em condição de superioridade, mesmo quando comparado ao próprio texto constitucional. *Os valores do juiz se sobreporiam aos enunciados constitucionais*. Enfim, para alguns doutrinadores, conferir aos juízes um poder que lhes autorize a preencher a lei mediante valores na ânsia de construir a norma jurídica específica hábil a solucionar o caso concreto seria, nada mais, que avalizar a incerteza e a insegurança jurídica, aceitando-se julgamentos com alta dose de subjetivismo, uma arbitrariedade hábil à condução da sociedade ao perigoso “governo de juízes” ou à “ditadura constitucional dos tribunais”.

Calamandrei, por exemplo, e por certo influenciado pelos valores que contagiavam sua época, lecionava ser ilícito ao juiz realizar, sobre o direito constituído, valorações críticas, cujas bases poderiam ser qualificadas de “justas” ou “injustas”, segundo correspondam, mais ou menos, a certos ideais de justiça no sentido moral ou social. Para o mestre italiano, a justiça que administra o juiz é, no sistema da formulação legal (ou da legalidade), a justiça em sentido jurídico, isto é,

obrigações. As cláusulas gerais dotaram o sistema de mobilidade, permitindo a atualização dos preceitos que são constantemente modificados pelo convívio em sociedade. Ao positivar-se um princípio, torna-o uma cláusula geral. Os conceitos vagos diferenciam-se das cláusulas gerais, pois, nos primeiros, após o magistrado fazer o preenchimento valorativo, deve aplicar a solução que a lei determina; já nas segundas, o juiz, além do trabalho valorativo, deve criar a solução correta para o caso.” (MANGONE, Kátia Aparecida. Cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados e os princípios regentes do processo civil: ampliação dos poderes do juiz? Impactos no sistema recursal. *Impactos processuais do direito civil*. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno São Paulo : Saraiva, 2008.p.;44).

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006. p. 625.

no sentido mais estreito e menos opinável, de conformidade com o direito constituído, independentemente da correspondência deste com a “justiça social”. Assim, quando se afirma que o objeto do processo é atingir uma “mais alta justiça social”, essa idéia deve ser entendida em coordenação com o princípio da legalidade, no sentido de que o juiz, ao administrar imediatamente a justiça em sentido jurídico, a fazer observar as leis, objetiva traduzir, na prática, os ideais de justiça social nos quais o legislador tem se inspirado ao formulá-los. Referindo-se ao ordenamento italiano, esclarece que só em casos excepcionais “o ordenamento permite aos juízes decidir segundo a equidade; mas a regra fundamental é que o juiz deve ser o servidor da lei e seu intérprete fiel, em conformidade com a tradição romana: “*magistratum legem esse loquentem*”. As tendências, que hoje são observadas em alguma legislação européia, de ampliar os poderes do juiz, e dar crédito com grande atraso aos ensinamentos da escola do “direito livre” que teve grande êxito na Alemanha há alguns decênios, não enraizaram na Itália, onde o sistema da legalidade, garantia da unidade do Estado, das certezas do direito, do igual trato dos casos similares e da liberdade dos indivíduos dentro dos limites da lei, considera-se justamente como uma etapa da evolução humana e que não podem ser abandonadas sem recuar em direção à barbárie.”³⁰

Os tempos, entretanto, são outros; o paradigma é outro. Os valores se alteraram, a sociedade hodierna se tornou bastante complexa, as relações são plurais e diversificadas, o avanço tecnológico e científico parece não encontrar fronteiras. Toda essa complexidade a imbuir a vida social não mais permite soluções que reduzem o fenômeno jurídico à lei (fenômeno reducionista). Nesse clima histórico, não há como outorgar ao legislador exclusividade na criação do direito e na assecuração da segurança jurídica.³¹ Aliás, o próprio legislador – repise-se o que foi dito linhas atrás – conscientizou-se de que as leis não são capazes, *per se*, de conferir segurança e estabilidade às relações

³⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Vol. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas : Bookseller, 1999. p.100-101.

³¹ Citando Portanova, Daiane Moura de Aguiar leciona: “As decisões tomadas atualmente pelo Poder Judiciário materializado na pessoa do magistrado já não conseguem alcançar a sociedade se imbuídas apenas do formalismo jurídico imprimido ao sistema jurisdicional pátrio. A busca da justiça e da verdade baseada numa verossimilhança que alcance os anseios da sociedade é criação do Direito, visto que, “não sendo criador, o juiz serve apenas ao Estado formal do Direito sem servir, como deve, ao Estado democrático”, ou seja, “a partir de uma postura crítica, esperam-se efeitos na postura ideológica do jurista que conduzam a mudanças no Direito em geral e no Poder Judiciário.” (AGUIAR, Daiane Moura de. *Magistratura e decidibilidade no processo civil: o poder do juiz entre a vinculação e a discricionariedade*. Revista Coletânea Jurídica, 2. Porto Alegre : Editora Imprensa Livre, 2008. p. 177).

jurídicas, tanto que intensificou a técnica de editar preceitos legais de caráter aberto (cláusulas gerais, normas de conceitos vagos e indeterminados e os princípios), cuja generalidade alarga sobremaneira a possibilidade construtiva do intérprete.

Nessa linha, José Maria Rosa Tesheiner, com seu peculiar espírito crítico, é esclarecedor ao afirmar que o processo não é sempre mero instrumento de realização da lei material. Ao proferir a sentença, o juiz, por certo, *cria* a norma jurídica concreta, que não se subsume necessariamente numa norma abstrata anterior. O processo assim *constitui* a norma jurídica de direito material, o que é muito diferente de simplesmente aplicar a lei abstrata pré-instituída pelo legislador. Tesheiner percebe que esse direito, que é real (a verdadeira norma jurídica criada pela atividade jurisdicional) e não mera abstração, possui algo de caótico. Afinal, situações idênticas recebem tratamento diferenciado, por razões não raro aleatórias. Esse direito obviamente está em constante evolução, o que não significa que o de hoje seja melhor do que o de ontem, nem sequer melhor adaptado às circunstâncias atuais. É um misto de ordem e de desordem. É o direito moderno, especialmente se de fundo democrático, é polifônico, mas não harmônico – contém consonâncias e dissonâncias. Em suma, “o direito não é máquina que exija operadores. *Ele é recriado, dia a dia, por todos quantos, anonimamente ou não, participam da comunidade jurídica. São os construtores do Direito.*”³²

Logo, estando os princípios constitucionais (dentre eles os direitos fundamentais) impregnados de normatividade, possuem valia indiscutível na solução dos casos concretos, não apenas funcionando como norte hermenêutico de compreensão e aplicação das regras, mas integrando o conteúdo mesmo da decisão jurídica. Repise-se que a tutela jurisdicional não há de ser legitimada através de uma interpretação apenas subsuntiva, mas, sim, mediante um viés exegético

³² TESHAINER, José Maria Rosa. *Operadores não, construtores do direito*. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acessado em: 30/12/2006. Não é a lei fonte de segurança jurídica como se aceitava outrora. Aliás, sequer corresponde ao direito propriamente dito, caracterizando-se meramente como um programa legal a depender da necessária interpretação jurídica, a depender do trabalho de criação e complementação do intérprete. Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, *a produção normativa não leva ao ideal de segurança jurídica*.³² É nesta esteira que se afirma e se reafirma *não existir norma jurídica que não a norma jurídica interpretada*. (HÄBERLE, 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. 9).

apto a controlar a lei numa dimensão constitucional (controle difuso de constitucionalidade),³³ segundo conteúdos a serem extraídos dos próprios princípios constitucionais e direitos fundamentais. Esse manancial principiológico possui caráter altamente genérico, circunstância a intensificar o trabalho do intérprete, cabendo-lhe valorá-lo, completando-o e preenchendo seu conteúdo, num agir direcionado à adequada apreensão de seus significados. Encontrado o significado do princípio constitucional, servirá ele de baliza a controlar a lei aplicável ao caso concreto, conferindo-lhe o adequado colorido à construção legítima da norma jurídica pacificadora.

E essa *valoração* ou *densificação* dos princípios constitucionais não deve seguir rumo a técnicas ultrapassadas, as quais buscam na mente (ou espírito) do legislador, ou na historicidade do preceito, o seu real significado. Na trilha dos ensinamentos de Martin Heidegger³⁴ e Hans-Georg Gadamer,³⁵ a hermenêutica não deve ser encarada como simples método técnico-normativo, mas como um modo de compreensão dentro da tradição, algo inerente à própria experiência humana (interpretação filosófica), ou seja, a interpretação de algo se funda numa posição prévia, numa visão ou concepção prévia. Ela, por certo, levará em consideração as impressões anteriores, o prévio universo cultural, social, histórico do intérprete. Seus pré-conceitos irão influenciar a interpretação.³⁶

³³ É equivocado pensar que o juiz precisa ser provocado para efetuar o controle de constitucionalidade das leis. A declaração da inconstitucionalidade no caso concreto – ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino não depende do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. O juiz ou o tribunal, de ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando sua aplicação ao caso concreto, pois esses têm por poder-dever a defesa da Constituição. Enfim, mesmo que as partes não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, isso por entendê-la inconstitucional. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 728).

³⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis : Vozes, 1988.

³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis : Vozes, 1997.

³⁶ A linha de pensamento que alicerça a hermenêutica filosófica ou existencial – Ieciona Magalhães Filho – foi inaugurada por Heidegger e desenvolvida por Gadamer. Trata-se de uma hermenêutica que repudia o método. Para Gadamer, a compreensão resulta de um diálogo entre o intérprete e o texto. Esse texto “responderia” às indagações formuladas pelo intérprete, ao mesmo tempo que nele suscitava as perguntas, em um genuíno *círculo hermenêutico*. A compreensão do texto está condicionada por *pré-conceitos* ou *pré-juízos*, expressões que, ao revés de possuírem significados pejorativos, apenas indicam a existência de conceitos e juízos pressupostos em nossas interpretações, o que não poderia deixar de ocorrer, tendo-se em vista a historicidade do homem. Gadamer reconhece o valor da tradição decorrente da herança histórica e não da autoridade, motivo pelo qual fala em *fusão de horizontes*. Essa seria a fusão do horizonte do intérprete com a do texto. O horizonte do texto seria a riqueza de sentido nele incorporada por sucessivas interpretações que lhe foram dadas no curso da história. Depois de reiteradas fusões de horizontes,

Assim, as interpretações não se esgotam numa única compreensão, não sendo, sequer, definitivas. Variam conforme as alternâncias históricas e culturais experimentadas pelo intérprete. Nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira, “onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível.”³⁷ A interpretação, então, se relaciona à própria existência mesma do intérprete. Não deve ser encarada como um método, senão como algo ligado ao contexto vital do existente humano, vinculada ao mundo da experiência, da pré-compreensão.³⁸

Dessa maneira, se é certo que essa *nova hermenêutica* confere maior abertura interpretativa ao juiz, também é verdade que eleva sobremaneira a sua responsabilidade. Afinal, não bastará ao juiz uma intimidade com o direito positivo. É insuficiente que nutra familiaridade com a doutrina e a jurisprudência, mananciais de onde brotam a interpretação jurídica explicitada pelos juristas e tribunais. Mais do que isso, espera-se dele um estreito compromisso cultural com a sociedade, voltado ao enriquecimento de sua tradição, dos seus pré-conceitos ou pré-juízos. Esse caminho hermenêutico exige do julgador certa sintonia com os diversos palcos de diálogos sociais, isso para que se harmonize a realidade em que vive e atua a sociedade, ampliando sua consciência acerca das diversas interpretações realizadas não só por órgãos estatais, mas também pelos cidadãos, opinião pública, grupos de interesses, experts, os quais – na linha defendida por Peter Häberle – são também intérpretes ativos do texto normativo.³⁹ Esse compromisso cultural, por certo, irá permitir-lhe, num agir argumentativo e motivado, e sempre atento às manifestações dos envolvidos no processo e ao *due*

tanto o horizonte do intérprete como o do próprio texto, adquiririam ampliação maior, de maneira tal que um reencontro do intérprete com o texto daria margem a novas perguntas e, conseqüentemente, a novas respostas. Esse círculo hermenêutico, ainda na ótica de Gadamer, teria a forma de uma espiral, porquanto o sentido seria inesgotável e a compreensão sempre sujeita a ampliação e aprofundamento. (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004. p. 39-41).

³⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática*. São Paulo : Loyola, 1996. p. 228.

³⁸ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acessado em: 11/12/2006.

³⁹ HÄBERLE, 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. 15.

process of law, exercer, de modo adequado, o seu papel de produzir a tutela jurisdicional.⁴⁰

A esse respeito, aliás, Sálvio de Figueiredo Teixeira, em clássico trabalho, evidenciou que a função do juiz reclama permanente aprimoramento e só adquire real importância quando recebe sólida formação jurídica e humanística. Assim, ele estará realmente preparado, será o mais severo guardião do direito e da comunidade, em tarefa árdua, mas de uma dignidade que não se pode comparar com nenhuma outra. E conclui, afirmando que, assentada a evolução do direito pela jurisprudência, impõe-se reconhecer a necessidade de uma magistratura adequadamente preparada e atualizada, haja vista que, se ninguém se torna sacerdote do direito sem grandes esforços, também certo é que a magistratura tão-só se torna útil à sociedade quando seus juízes se tornam dignos da função em que se investiram, não só pela conduta, mas também pela própria vocação e cultura.⁴¹

Assevere-se, por fim, que a adoção da hermenêutica filosófica não importa numa postura contributiva à insegurança jurídica, afinada à arbitrariedade que um “governo dos juízes” poderia revelar. Não há governabilidade de juízes, mas um trabalho, *devidamente*

⁴⁰ Luiz Guilherme Marioni, socorrendo-se das lições de Alexy, apresenta uma real dimensão do problema da interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. Esclarece, de início, que os direitos fundamentais deveriam expressar, em tese, o consenso popular. Mas o consenso é formado por concepções particulares, muitas das quais conflitivas e antagônicas. Noutras palavras, se é certo que os direitos fundamentais correspondem ao consenso popular, também é certo que o preenchimento do conteúdo desses direitos fundamentais, normas principais por natureza, é tarefa difícil, haja vista a diversidade de valores que integram a personalidade de cada indivíduo. Admitindo-se que ao juiz compete controlar a lei a partir dos direitos fundamentais, aceitando-se um dever da jurisdição em garantir a legitimidade da decisão mediante a sua conformação com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, estar-se-á, por certo, reconhecendo que, ocorrendo conflito entre a lei a ser aplicada ao caso concreto e um direito fundamental, deverá o juiz afastar a decisão do legislador e decidir de maneira adequada a dimensão constitucional. E, nesse momento, o papel da argumentação é fato de legitimação essencial da decisão judicial, cabendo ao juiz demonstrar, publicamente, que seu julgamento está amparado em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis.⁴⁰ Deve o órgão julgador lançar mão de uma argumentação racional, capaz de convencer a sociedade no caso em que aparece a desconfiança de que a decisão do parlamento toma de assalto a substância identificada em um direito fundamental. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acessado em: 10/11/2006).

⁴¹ ALMÍCAR DE CASTRO *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 28. Rio de Janeiro : Forense, 1981. p. 106-120. Curiosidade interessante é fornecida por Guerra Filho quando afirma que, na Áustria, País pioneiro na criação de uma Corte Constitucional na Europa, a sua Constituição determina expressamente que uma parte dos juízes seja escolhida entre professores de direito e de ciência política (art. 147, II). (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2a. ed.. São Paulo : RCS Editora, 2005. p. 27). Por que não importar essa interessante construção legal para o Brasil?

motivado (justificativa judicial), destinado a completar o programa legal instituído pelo legislador, conferindo ao caso concreto uma solução mais harmônica à realidade hodierna. Mesmo porque os juízes não atuam sem balizas, como se tudo pudessem. Também os princípios constitucionais – dentre os quais se incluem obviamente os direitos fundamentais, repita-se – servem-se a limitar a atuação do intérprete autêntico, estabelecendo referências dentro das quais o hermenauta exercitará seu senso do razoável e sua capacidade de fazer justiça diante de um caso concreto.⁴²

5.3. A concretização dos direitos fundamentais por intermédio do processo e do direito processual civil

No Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais adquirem força e importância de relevo. Se a Constituição é soberana, os princípios que abriga também o são. E a “matéria-prima” das Constituições é basicamente principal.⁴³

⁴² FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. *Reflexões sobre o direito principiológico*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_novembro2006/principal.htm>. Acessado em: 11/12/2006. Como mostra Cássio Scarpinella Bueno, a “liberdade” de interpretação do juiz é sempre “mitigada”. Trata-se de uma “liberdade” de interpretar não segundo a sua vontade pessoal, mas conforme a vontade coletiva. Não é o direito ciência de verdades demonstráveis, sendo, sim, uma ciência de verdades consensuais convencionadas. Por isso – continua o processualista – a “liberdade” conferida ao juiz na realização da interpretação jurídica, mesmo buscando preencher a mais aberta das normas, é sempre uma “liberdade-fim”, “voltada, sempre, à realização de uma finalidade estranha ao agente e consoante aos interesses de toda a comunidade.” O intérprete autêntico exerce uma “liberdade” muito mais norteada a capturar os valores dispersos pela sociedade para melhor aplicar a norma, o que certamente não significa autorizar o juiz a decidir como se não houvesse, no ordenamento jurídico, outros valores, outras consciências, outros interesses que não os próprios dele. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do processo civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 70).

⁴³ Dois argumentos são suficientemente vigorosos para evidenciar a superioridade hierárquica da Constituição Brasileira, se comparada às leis infraconstitucionais (*princípio da supremacia da Constituição*) – situação, como não poderia ser diferente, pacífica na doutrina e jurisprudência. Primeiramente, nossa Constituição é classificada, *quando à alterabilidade*, como *rígida*, pois se exige, para a sua alteração, um processo legislativo especial, mais solene e intrincado. Assim é que o seu art. 60 estabelece um *quorum* de votação de três quintos dos membros de cada casa, em dois turnos de votação, para aprovação das emendas constitucionais. Ao revés, a votação das leis ordinárias e complementares se dá em um único turno de votação (CF, art. 65), com o *quorum* de maioria simples (CF, art. 47) e absoluta (CF, art. 69), respectivamente para leis ordinárias e complementares. Por último, e ainda com o intuito de evidenciar a aludida superioridade da Constituição, basta perceber a existência de técnicas voltadas a assegurar o *controle de constitucionalidade* dos atos normativos inferiores. Existe tal controle justamente para certificar uma adequação de verticabilidade entre a própria Constituição e as demais manifestações normativas. Nesse particular, é interessante perceber que todos os órgãos de poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, exercem esse controle de constitucionalidade. Assim, não cabe apenas ao Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional, fiscalizar a constitucionalidade das leis, senão ainda ao Executivo e Legislativo, que assim também agem exercendo o que se denomina de *controle prévio ou preventivo de constitucionalidade*.

Não é o momento de se aprofundar no estudo dos denominados direitos fundamentais. Mas nunca é demasiado elucidar sua importância na contemporaneidade. Como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos, integram os direitos fundamentais, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial da ordem normativa do Estado Democrático de Direito.⁴⁴ São considerados elementos da ordem jurídica objetiva, compondo um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.⁴⁵

Já se disse que a Carta Magna estabelece finalidades e valores-guia a serem perseguidos pelo Estado, formata um verdadeiro projeto de atuação estatal. Os direitos fundamentais compõem o núcleo desse projeto e, só por isso, merecem concretização. Não representam eles apenas declarações ou normas programáticas. Não é a Constituição um simples “pedaço de papel”.⁴⁶ A esse respeito, percebe-se que ela própria impõe, de forma expressa, sua natureza normativa e imediata aplicação (CF/88, art. 6.º, §1.º).

É de se dizer – forte em Konrad Hesse – que a Constituição, embora condicionada pela realidade histórica, não se configura apenas a expressão mesma dessa realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. A Constituição logra conferir forma e modificação à realidade. É ela verdadeira força ativa a orientar a conduta segundo a ordem que estabelece.⁴⁷

E se assim é, havendo um projeto a ser concretizado pelo Estado, todos os órgãos do poder a ele estão vinculados. Não só o legislador deve atuar em prol dos direitos fundamentais, mas também

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

⁴⁶ Dizia Ferdinand Lassalle que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais de poder que nele atua, isto é, as formas reais que mandam no país. Para Lassalle, constituem os fatores reais do poder as forças que atuam, política e legitimamente, para conservar as instituições jurídicas vigentes. E mais: na sua visão, convivem em um país, paralelamente, duas Constituições: uma *real*, efetiva, que corresponde à soma dos fatores reais de poder que regem esse mesmo país; e outra *escrita*, por ele denominada “folha de papel”. Esta última só teria validade se correspondesse à Constituição real, isto é, se tivesse suas raízes nos fatores reais de poder. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Niterói : Editora Impetus, 2007. p. 6).

⁴⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24.

os representantes do Executivo e do Judiciário necessitam conformar sua postura a esse ideal *transformador*.⁴⁸

É certo que a Constituição projeta finalidades a serem seguidas e valores cuja concretização se impõe (um projeto estatal). Nesse prisma, o processo judicial – e o próprio direito processual civil –, indispensável à legítima atuação jurisdicional, merece ser visto como verdadeiro método de atuação estatal, uma técnica necessária a assegurar a consecução dessas finalidades e o alcance desses valores.⁴⁹

Sendo assim, o juiz encontra-se renovado em poder e em responsabilidades.⁵⁰ Não se aceita mais um juiz apático, descompromissado com os ideais da sociedade, simplesmente preso aos ditames legais, vinculado a uma concepção frouxa de justiça que vincula o direito unicamente à lei. Não se fala mais no juiz do caso concreto, mas, sim, no juiz da Constituição, cuja preocupação central ultrapassa a pacificação social para atingir a tutela de direitos numa dimensão constitucional, com o propósito confesso de atribuir efetividade aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais.⁵¹

⁴⁸ Consoante leciona Rogério Greco, citando as lições de Ferrajoli, o juiz exerce papel decisivo quanto ao controle de *validade* da norma, ao compará-la com o texto constitucional. Não deve ser um autômato aplicador da lei, mas, sim, o seu mais crítico intérprete, sempre com os olhos voltados para os direitos fundamentais conquistados a duras penas, em um Estado Constitucional de Direito. Destarte, a interpretação da lei deverá ser realizada sempre conforme a Constituição, e o juiz nunca deverá se sujeitar à lei de maneira acrítica e incondicionada, senão, antes de tudo, à Constituição, que lhe impõe a crítica das leis inválidas através de sua reinterpretação em sentido constitucional e a denúncia de sua inconstitucionalidade. (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007. p.100).

⁴⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 46.

⁵⁰ Essa “renovação” de poderes e de responsabilidades do juiz decorre da própria evolução dos tempos. Os valores liberais esculpíram um juiz passivo, expectador dos fatos e dos fundamentos encaminhados pelas partes, direta ou indiretamente, ao processo. A liberdade, naquela época, deveria ser preservada a todo custo, e um juiz ativo certamente iria de encontro a esse ideal. Na contemporaneidade, contudo, os valores da sociedade e do Estado se alteraram, ganharam mais estatua e complexidade. Há ideais (constitucionais) a serem concretizados pelo Estado, e o Judiciário, como órgão estatal, também possui responsabilidade nesse mister. Não apenas o legislador deve estar atento a essa alternância de valores; ao juiz, intérprete autêntico da norma, cabe igual atenção para interpretar a legislação processual em consonância com os valores constitucionais atualmente vigentes e que alicerçam o caminhar do Estado constitucional e da sociedade na democracia contemporânea.

⁵¹ Apreende-se o vigor dos valores constitucionais pela mera análise do vigente CPC de 1973, submetido a diversas reformas direcionadas a adequá-lo às exigências atuais. Apegue-se apenas ao disposto no §1.º do art. 475-L deste Diploma Legal. Estar-se-á tratando do incidente processual denominado *impugnação*, oriundo da Lei n.º 11.232/2005, e cujo fim é o de possibilitar ao executado defender-se na execução de sentença (*cumprimento de sentença*). Segundo o art. 475-L, II, do CPC, a “*inexigibilidade do título*” (*rectius*: *inexigibilidade da obrigação*) pode ser argüida como matéria de defesa na *impugnação* à execução. Por sua vez, segundo o aludido art. 475-L, §1.º, considera-se também *inexigível* o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a CF. Trata-se de dispositivo que consagra a

A jurisdição sofreu mutações. Sua finalidade ganhou um colorido mais imponente. Seu escopo social ampliou-se sobremaneira. E essas mudanças afetam o direito processual civil e o próprio processo, já que são eles que operacionalizam a atividade jurisdicional, colaborando imediatamente para a sua legitimação.

Por ser assim, o próprio direito processual civil e todos os seus institutos merecem uma compreensão focada na realização dos direitos fundamentais assegurados no plano constitucional.⁵² Frente a esse olhar contemporâneo, é imprescindível conceber o processo judicial – e o próprio direito processual civil – também como meio ou método teleológico de concretização do *projeto estatal constitucional*, de atuação das finalidades e dos valores constitucionais, sobretudo aqueles atinentes aos direitos fundamentais.

Advirta-se que não se está a tratar do plano técnico-procedimental, também definido pela Constituição e já enfrentado anteriormente. A Carta Magna, assim, além de traçar diretrizes procedimentais que iluminam a atividade jurisdicional, impõe, por igual, finalidades, valores, enfim, um verdadeiro *projeto estatal substancial*, cuja realização também compete à atividade jurisdicional, instrumentalizada pelas normas processuais. Numa frase, a atividade jurisdicional não só caminha conforme diretrizes (procedimentais) constitucionais, mas também possui, como objetivo intransponível, o poder-dever de realizar valores (materiais) previstos na Constituição. *A crise de interesses submetida ao Judiciário é, pois, sanada segundo parâmetros constitucionais, de ordem procedimental e material.*

6. Conclusões

Por fim, algumas breves ilações a respeito de tudo o que foi desenvolvido neste breve ensaio merecem ser apontadas:

possibilidade de alegação, em sede de impugnação, da *teoria da relativização da coisa julgada material*, como bem percebe o processualista carioca Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2006. p. 128. Consultar também: JÚNIOR, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Coisa julgada inconstitucional*. Coordenação de Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro : América Jurídica, 4ª. ed. 2004). Vê-se, nesse dispositivo, a força imperativa da Carta Política, a superar a própria coisa julgada material, justamente por não se admitir a exigibilidade de uma obrigação fundada na inconstitucionalidade.

⁵² BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 2007. p. 56.

- ✚ Encontra-se superada a idéia de que a autonomia científica do direito processual civil impediria um íntimo diálogo dele com o direito substancial. *Autonomia* não significa *neutralidade*. Assim, atualmente se apresenta necessário que a ciência processual civil seja elaborada e compreendida sempre à luz do direito substancial – e em função desse mesmo direito material –, sendo estéreis as construções processuais que não proporcionam real contribuição para o objeto mesmo do processo. Portanto, deve se eliminar a excessiva e inadequada formalidade, para atender ao clamor social por um processo de resultados reais e palpáveis.
- ✚ Não se pode conceber a tutela jurisdicional como fruto de uma atividade fria e despretensiosa. É inconcebível advogar uma interpretação e aplicação do direito processual civil matematicamente neutra, em desconsideração às ricas nuances de cada caso concreto submetido ao crível do Judiciário. Dessa forma, ao Legislativo cabe a preocupação de instituir os denominados conceitos vagos e indeterminados, as chamadas cláusulas gerais e os próprios princípios, capazes de permitir uma plasticidade procedimental que considere intimamente as singularidades do caso concreto. Preocupação que também afeta o próprio juiz, a quem cabe atuar a jurisdição, obrigando-o a identificar a técnica processual adequada sempre que ausente previsão legal, ou mesmo quando inexistir previsão de técnica apropriada à tutela de direito material perseguida e às peculiaridades do caso concreto. Não sendo assim, estará caracterizada uma lacuna no rol de técnicas processuais, em prejuízo ao próprio resultado jurisdicional e aos anseios constitucionais que se pretendem atingir e assegurar.
- ✚ A atividade jurisdicional e o seu resultado devem guardar respeito a um *modelo mínimo procedimental*, cuja previsão se encontra, em minúcias, positivada na própria Constituição. A legitimação da jurisdição e a da tutela jurisdicional se encontram vinculadas também à adequada compreensão e observância do *devido processo legal*.
- ✚ A Carta Magna, além de traçar diretrizes procedimentais que iluminam a atividade jurisdicional, impõe, por igual, finalidades, valores, enfim, um verdadeiro *projeto estatal substancial*, cuja

realização também a ela cumpre, instrumentalizada pelas normas processuais. A jurisdição não só caminha conforme diretrizes (procedimentais) constitucionais, senão ainda detém o objetivo intransponível – um verdadeiro poder-dever – de efetivar os valores (materiais) previstos na Constituição. *A crise de interesses submetida ao Judiciário é, pois, sanada segundo parâmetros constitucionais de ordem procedimental e material.*

7. Bibliografia

AGUIAR, Daiane Moura de. Magistratura e decidibilidade no processo civil: o poder do juiz entre a vinculação e a discricionariedade. *Revista Coletânea Jurídica*, 2. Porto Alegre : Editora Imprensa Livre, 2008. p. 171-183.

ALMÍCAR DE CASTRO apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 28. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

ANDROLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionali del processo civile italiano*. 2ª. ed. Torino : Giappichelli. 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil*. São Paulo : Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Vol. I. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas : Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. Rio de Janeiro : Lumen Juris Editora, 2006.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 62 e seg.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. O objeto do processo e a posição do Judiciário. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 35. Belo Horizonte : Forense, 1975. p. 15-42.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FREIRE SOARES, Ricardo Maurício. *Reflexões sobre o direito principiológico*. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_novembro2006/principal.htm>. Acessado em: 11/12/2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis : Vozes, 1997.

GADMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo : Malheiros Editores, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2a. ed.. São Paulo : RCS Editora, 2005.

HÄBERLE, 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.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis : Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991..

JUNIOR, Hermes Zaneti. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p. 378. Não publicada.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *A grande função do processo no Estado Democrático de Direito*. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, 59. Belo Horizonte : Editora Fórum, 2007. p. 11-22.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. *Coisa julgada inconstitucional*. Coordenação de Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro : América Jurídica, 4ª. ed. 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3ª. ed. Belo Horizonte : Mandamentos Editora, 2004.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Cláusulas gerais, conceitos vagos e indeterminados e os princípios regentes do processo civil: ampliação dos poderes do juiz? Impactos no sistema recursal*. *Impactos processuais do direito civil*. Coordenação de Cássio Scarpinella Bueno São Paulo : Saraiva, 2008. p. 1-49.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acessado em: 10/11/2006.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acessado em: 11/12/2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática*. São Paulo : Loyola, 1996.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Niterói : Editora Impetus, 2007.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002. p. 27 e segs.

TESHAINER, José Maria Rosa. *Operadores não, construtores do direito*. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acessado em: 30/12/2006.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais e sua concretização*. São Paulo : Juruá Editora, 2002.