

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O DIREITO PROCESSUAL CIVIL À LUZ DAS NOVAS EXIGÊNCIAS DE TUTELA NO SÉCULO XXI: A INSUFICIÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO PARA RESOLVER OS CONFLITOS SOCIAIS CONTEMPORÂNEOS

LAW CIVIL PROCEDURE IN THE LIGHT OF NEW REQUIREMENTS FOR PROTECTION IN XXI CENTURY: A FAILURE OF POSITIVISM LEGAL TO SOLVE THE CONTEMPORARY SOCIAL CONFLICT

Angela Araújo da Silveira Espíndola¹
Jaqueline Mielke Silva²

SUMÁRIO: 1. O paradigma cientificista que norteou o Direito Processual Civil moderno; 1.1 Instrumentalidade e efetividade do processo; 1.2 A crise do poder judiciário; 2. A concepção de Direito para Ronald DWORKIN: uma alternativa para o Direito Processual Civil na pós-modernidade; 2.1 A importância das normas, princípios e diretrizes para Ronald Dworkin; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO: O paradigma racionalista – que norteou a modernidade – é insuficiente para resolver os conflitos da sociedade contemporânea. Neste novo contexto, o Direito Processual Civil deve ser (re) pensado, de modo a que tenhamos novas condições e possibilidades. O presente artigo tem por escopo analisar esta problemática a partir da hermenêutica jurídica, com a análise da primeira fase do pensamento de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Paradigma; Hermenêutica; Dworkin.

ABSTRACT: The rationalist paradigm - which guided modernity - is insufficient to resolve conflicts of contemporary society. In this new context, the Civil Procedure Law should be rethought, so that we have new conditions and possibilities. This article has the purpose to analyze this problem through the

¹Doutora e Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da IMED. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM. Vice-presidente da Associação Brasileira do Ensino do Direito - ABEDi. Advogada.

²Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora na Faculdade Meridional – IMED e Faculdade INEDI – CESUCA. Professora na Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - AJURIS, Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE, Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS, Fundação Escola Superior da Magistratura do Trabalho – FEMARGS, Fundação Escola Superior da Defensoria Pública – FESDEP, dentre outras instituições. Advogada.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

legal hermeneutics, with the analysis of the first phase of the thought of Ronald Dworkin.

Keywords: Paradigm; Hermeneutics; Dworkin.

1. O PARADIGMA CIENTIFICISTA QUE NORTEOU O DIREITO PROCESSUAL CIVIL MODERNO

O paradigma para o processualista moderno é de que o sentido da lei é unívoco. A verdade está sempre presente e deve apenas ser desvelada, como se fosse um filme fotográfico a ser revelado. Ao juiz cabe descobrir esta verdade única e proclamá-la na sentença. Na verdade, a tarefa é um tanto simples, pois o juiz conta com uma lei clara e precisa e com uma situação concreta, bastando um exercício de silogismo para chegar à decisão, que será sempre a correta, pois se a lei é precisa, não há espaço para questioná-la.

Seguindo o pensamento racionalista, imaginar que o conflito judiciário possa ter duas ou mais soluções válidas e justificáveis seria retroceder a ciência do direito até os estágios inferiores da hermenêutica; e, pior do que isso, glorificar a tópica e a retórica aristotélicas como formas de compreensão do fenômeno jurídico. Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR³, ao tratar desse tema, refere que

Os positivistas acreditam que o legislador é o único que inova na ordem jurídica, criando a norma que vai integrar um sistema ordenado, completo e justo. Para sua aplicação, querem um juiz servo da lei, imparcial, desideologizado. A interpretação é atividade secundária, só presente quando a lei não é clara; segue métodos que levam ao conhecimento da vontade da lei ou do legislador, para o que a lógica formal é um bom instrumento. O defeito principal está em condenar o intérprete ao caminho estreito da lógica formal, que pode levar a conclusões absurdas e a soluções práticas aberrantes e inadequadas. Esquece que a lei é um instrumento de realização do justo, um meio e não um fim em si, que não pode ser elevado à categoria de bem maior a preservar. A lei necessariamente é genérica e distante da realidade do caso, cujos contornos só podem ser conhecidos pelo juiz. A desconsideração das peculiaridades do caso permitirá aplicação uniforme da lei, garantindo a segurança no tráfico das relações, mas muito seguidamente consistirá na negação da justiça, o que poderia ser evitado com a flexibilização do princípio normativo.

O abandono da vertente aristotélica e o desprezo pela dialética, privilegiando os juízos lógicos e as verdades absolutas, formam as bases do processo de

³In: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Interpretação". **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

conhecimento, consagrado pelo sistema racionalista, que afasta os juízos de verossimilhança ⁴.

Ainda sobre a possibilidade de transformar o direito em uma ciência tão precisa quanto as ciências exatas, Gottfried Wilhelm LEIBNIZ ⁵ sustenta, de fato, a possibilidade de que a ciência do direito contenha uma exatidão e demonstrabilidade tanto quanto um teorema matemático. Para este autor, a moral e a ciência natural do direito podem ter a mesma clareza e, com isso, podem ser objeto de demonstração, observado o mesmo rigor com que demonstra um postulado matemático.

Enrico Tullio LIEBMAN ⁶, ao tratar da função jurisdicional, conserva traços do pensamento racionalista:

A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividade, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide posta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual que se assemelha, sob certo ponto de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações acima aludidas.

⁴Neste sentido: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, p. 102 e ss.

⁵In: "La doctrina del derecho es de la índole de aquellas ciencias que no dependen de experimentos, sino de definiciones, no de las demostraciones de los sentidos, sino de las de la razón; y son, por así decirlo, propias del derecho y no el hecho. Así, pues, como la justicia consiste en un cierto acuerdo y proporción, puede entenderse que algo es justo, aunque no haya quién ejerza da justicia, ni sobre quién recaiga, de manera semejante a como los cálculos numéricos son verdaderos, aunque no aya quién numera ni qué numerar. A la manera como se puede predecir de una cosa, de un máquina o de un Estado que, si han de existir, ha de ser hermosa eficaz y feliz, aunque nunca hayan de existir. Por tanto, no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas". (In: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los Elementos del Derecho Natural**. Traduzido por Tomás Guillén Vera. Madrid: Tecnos, 1991, p. 70.)

⁶In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 37.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Em grande número de situações, os pressupostos do mundo jurídico não possuem qualquer vinculação do direito com os fatos. O direito se refugia no normativismo puro, do qual acabam resultando conceitos anacrônicos.

O processo, então, tem por finalidade única a atuação da vontade do direito, não contribuindo em nada para a realização do mundo da vida⁷. A influência das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX se mostram presentes na doutrina CHIOVENDIANA sobre a jurisdição, pois o autor consegue vislumbrar as funções de legislar e de aplicar a lei como praticamente antagônicas.

Segundo Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA⁸, com a aplicação da lógica às ciências explicativas, ocorre uma verdadeira supressão da possibilidade de o julgador descobrir a verdade. O julgador fica tolhido de toda e qualquer autonomia crítica que possa ter como consequência a construção de mais do que uma solução para o caso prático, todas elas com validade e tomando por base critérios valorativos distintos. Tal procedimento, aliás, não teria razão de ser, pois a justiça está representada no texto de lei e, por isso, lei injusta não existiria.

Para o mundo racionalista⁹, é imprescindível à formação de uma ciência processual o abandono dos juízos de probabilidade, devendo prevalecer apenas as verdades claras e evidentes. Como fator determinante para o sucesso do normativismo, imperioso foi o abandono do estudo de caso e da tradição^{10,11}.

⁷Toda norma encerrada na lei representa uma vontade geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos, que, em regra, podem multiplicar-se indefinidamente. Cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previstos pela norma, forma-se uma vontade concreta de lei, ao tempo em que da vontade geral e abstrata nasce uma vontade particular que tende a atuar no caso determinado." (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, Vol. 1, p. 18)

⁸Assim como o juiz servirá de oráculo para o soberano que, através dele, profere o julgamento, igualmente estabelece Hobbes a inevitável premissa de que a lei, sendo a expressão da justiça, haverá de conter uma única solução correta, cabendo ao julgador apenas proclamá-la na sentença." (In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**, p. 119)

⁹Trata-se da racionalidade instrumental.

¹⁰Segundo Alasdair MACINTYRE (In: **Justiça de quem? Qual Racionalidade?**, p. 399), "toda tradição se expressa num grupo particular de asserções e ações e, através delas, em todas as particularidades de uma língua e de uma cultura específicas. A invenção, a elaboração e a modificação dos conceitos, através dos quais os que fundam e os que herdaram uma tradição a compreendem, estruturam-se numa língua e não em outra, inevitavelmente. Quando os adeptos dessa tradição, pela primeira vez, planejam estendê-la a uma outra comunidade linguística, eles devem, em primeiro lugar, identificar, na nova língua, não apenas os tipos de asserção a serem reconhecidos como instâncias que dizem o mesmo que certas sentenças na língua, ou línguas, através da qual a tradição se expressou até agora, mas também o que é que não pode ser dito na nova língua, o que é, até então intraduzível".

¹¹Neste sentido, a lição de Giuseppe CHIOVENDA (In: **Instituições de direito processual civil**, p. 63): "Uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas, culturais determinam correntes e tendências novas que lentamente dispõem a doutrina a novas interpretações da lei velha, e que o juiz, como jurisperito, participa incidentalmente dessa

Por outro lado, no mundo “racionalista”, a busca pela realização do direito é inviável, na medida em que o critério de determinação do justo e do injusto são tarefas delegadas ao legislador e não ao juiz. Uma vez considerado o direito uma ciência racional que prescindir da experiência, tão exata quanto um teorema matemático, é preciso eliminar todo e qualquer probalismo inerente às concepções clássicas, à filosofia aristotélica e aos juízos retóricos. Ainda hoje o Direito Processual Civil possui fortes traços do pensamento racionalista.

O positivismo jurídico caracteriza-se por sua posição contrária a todas as formas de metafísica jurídica; portanto, afastando completamente as teorias do Direito Natural. Fora da experiência, da realidade ou do direito positivo, não existe direito. Reforça esta doutrina, também, a supremacia da legislação como fonte superior às demais fontes de direito. O positivismo jurídico seguiu várias formas distintas, sendo possível falar-se em positivismo jurídico inglês, positivismo jurídico alemão, positivismo jurídico francês, neopositivismo ou positivismo lógico (também conhecido como doutrina do Círculo de Viena). Entretanto, em linhas gerais, caracteriza-se este pensamento por ser antimetafísico e antijusnaturalista. Segundo Jürgen HABERMAS¹²,

o positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão na autoridade impugnável de tradições éticas. Ao contrário das escolas realistas, os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política. Ao contrário dos hermeneutas, eles sublinham o fechamento e a autonomia de um sistema de direitos, opaco em relação a princípios não jurídicos. Com isso, o problema da racionalidade é decidido a favor da primazia de uma história institucional reduzida, purificada de todos os fundamentos de validade suprapositivos. A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra de conhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de uma justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma forma de vida histórica, portanto, conforme o costume.

renovação. Outra coisa é considerar isso como mister do juiz, perigosa máxima que pode encorajar as interpretações individuais e cerebrinas. Com dobrada razão, podemos dizê-lo das doutrinas inspiradas na maior liberdade do julgador (a chamada escola do direito livre) e que a exageraram ao ponto de admitir um poder de correção da lei. Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrárias.”

¹²In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** - entre facticidade e validade, v. I, p. 250.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A consequência do comprometimento da ciência processual com o racionalismo é a transformação do processo em uma ciência em busca da verdade, sem que exista qualquer compromisso com a justiça concreta. Por esta razão, obviamente os juízos de cognição sumária passam a ser totalmente rechaçados, e a cognição plenária, exaustiva e infinita, a mais adequada para a busca da verdade. Tal pensamento busca privilegiar, a todo custo, a segurança jurídica¹³.

Neste sentido leciona Francesco CARNELUTTI¹⁴ que

... a semente da verdade necessita, às vezes, de anos, ou mesmo de séculos, para tornar-se espiga (veritas filia temporis) (...) O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter-se paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para colher-se. Ao lado da exigência de atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes inafastáveis do juiz e das partes. Infelizmente estas são impacientes por definição; impacientes como os doentes, visto que também sofrem. Uma das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes a paciência. O slogan da justiça rápida e segura, que anda na boca de políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição in adiecto: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura.

Em seus ensinamentos, o doutrinador italiano retrata o pensamento racionalista, que privilegia a máxima duração do processo como medida capaz de assegurar a segurança jurídica tão proclamada.

Como já restou evidenciado, a ideia de que as instituições processuais possam ser neutras e livres de compromisso com a história e com o contexto cultural e social é falsa. O direito tem que existir a partir de um contexto cultural, como um elemento de movimento social e cultural cada vez mais amplo e ultrapassando as fronteiras físicas dos territórios. Nicolai HARTMANN¹⁵, ao tratar do tema, refere que

Nenhuma época pode ter por base pontos de vista que não sejam os seus. Naturalmente, estes não são absolutos, mas, sim, historicamente condicionados, e outras épocas terão razão se os abandonarem e substituírem pelos seus. Mas também eles estarão, por sua vez, condicionados.

¹³Neste sentido: Ovídio Araújo Baptista da SILVA (**Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica, e Processo e Ideologia** – no prelo).

¹⁴In: CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 154.

¹⁵ In: HARTMANN, Nicolai. **A filosofia do idealismo alemão**. Lisboa, 1960, p. 303.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Na doutrina pátria, é incontestável a adesão dos autores brasileiros ao pensamento racionalista¹⁶ de ordinarização do processo. A maioria¹⁷ se convenceu de que a longa duração do processo é capaz de garantir uma decisão melhor e uma “ampla” defesa. Tais ideias têm uma explicação se pensarmos na possibilidade de alguém intencionalmente ingressar em juízo e mover máquina judiciária por pura e simples aventura. Contudo, esta não é a regra geral.

Ainda no tocante ao aspecto de desvalorização do processo civil, Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA¹⁸ também não aceita a função do processo civil¹⁹ meramente instrumental, ou de outros, que consideravam as regras jurídicas como secundárias, ao passo que as normas de direito material seriam as primárias:

Legislação e Justiça seriam funções sucessivas, em ordem decrescente. Não é aqui o lugar para se criticar tão defeituosa compreensão da atividade jurisdicional, nem para chamar a atenção, o que seria fácil, para a arbitrariedade separativa que faz o legislador o único foco da elaboração jurídica, e da justiça atividade de segunda plana, mecânica e incapaz de criação. À base de tudo isso está a inadmissível identificação de direito e lei. O legislador faz a lei. O direito é feito pelo legislador e por outros aparelhos jurisferentes, dentre os quais está o juiz, desde que não se apague a origem democrática da lei, principio básico nos países civilizados.

A oposição tem por fim criticar a própria divisão entre legislação e justiça e a negação de atividade criadora dos juízes.

O pensamento do século XX se volta para a exaltação da estética da ação, do movimento como valor em si mesmo, o que, nas palavras de Gregorio ROBLES,

¹⁶ Dentre estes autores, destacam-se: Vicente GRECCO FILHO (In: **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003); Humberto THEODORO JÚNIOR (In: **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990); SANTOS, Moacyr Amaral (In: **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000); Arruda ALVIM (In: **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997); Cândido Rangel DINAMARCO (In: **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003).

¹⁷ “... mas sempre cuidando que não se mutilem as garantias, quer de observância do Direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima por sua presteza. É preciso que a ligeireza não se converta em leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio, mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro, sem ser precipitado; pontual, sem imprudência. O juiz considerado é ainda pior do que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar a rapidez e a segurança.” (In: TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I, p. 382)

¹⁸ In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das Ações - Ações Mandamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. VI. t. I, p. 256.

¹⁹ A respeito do tema, vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

transformou-o em um século fundamentalmente destrutivo²⁰. O autor critica a adoção do formalismo e do instrumentalismo como ideais.

Ao mencionar a crise do modelo processual que vê o processo mero instrumento, J. J. CALMON DE PASSOS²¹ refere que, por consequência do movimento de racionalização do direito e, também, do processo, doutrinadores como CHIOVENDA, ZANZUCCHI e CALAMANDREI sequer mencionavam a instrumentalidade como um dos princípios fundamentais do processo. O uso de termos como reintegração do direito objetivo revelam que o processo servia como que para completar alguma outra coisa, a lei. O Estado, ao formalizar a lei, não faz tudo o que é necessário para que aquela seja cumprida e observada, sendo imprescindível o processo para tanto. O processo, então, passa a ser uma peça importante, já que de nada adianta existir um rol de direitos materialmente codificados e reconhecidos se não houver um meio, um instrumento de

²⁰La estética de la acción conduce a la exaltación del poder como instancia indestructible y antropológicamente extensible a todos los ámbitos de la vida, de poder desligado de su fundamento, esto es, de su razón moral, del poder elevado a razón sí mismo, del poder autocomplaciente. La última versión de esta destructiva – también autodestructiva – mentalidad, es la concepción formal o procedimentalista de la democracia. Si la democracia es tan sólo un procedimiento entonces lo importante es el número de votos, el poder cuantitativamente considerado, no el peso de las razones imposibles de medir. Y quizá gana quien mejor miente. En este contexto las sagradas palabras (democracia, derechos humanos, justicia) pueden convertirse en instrumentos de poder cínicamente instrumentalizados, de hecho así sucede en ocasiones y, en ello, si algún día hemos de salir de esta situación para conquistar una concepción moral de la democracia, habremos de abandonar la estética de la acción y sustituirla por la estética de las concepciones morales.” (ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995, p. 15 e ss)

²¹O velho processo do praxismo, desqualificado e menor (este, sim, meramente instrumental) revestiu-se, a partir do século XIX, do caráter de ciência jurídica, mediante o trabalho dos que lhe teorizaram a dogmática conceitual, avançando, no século XX, até ser vista como integrado à substância mesmo do jurídico, falando-se hoje, inclusive, em um status *civillisprocessualis*, dimensão nova acrescida à cidadania em sua compreensão anterior. Se na concepção pré-moderna foi admissível atribuir-se-lhe o caráter de mero instrumento, porquanto se afirmava preexistente e predominante o direito material identificado como direito natural divino, a crise experimentada por essa compreensão, na modernidade, determinaria, necessariamente um novo modelo de pensar o processo. Com a transição para o direito natural racional, produzido pelos homens, mas sob o império das leis da razão (o conteúdo normativo da razão prática kantiana) se foi descartando o direito natural divino, substituído a convicção antiga, representada pela crença num direito prévio a ser apenas explicitado pelos homens em termos de racionalidade. Deixou de ser visto o processo como mero instrumento, impotente para interferir na substância mesma do direito, isto porque ele próprio, processo, enquanto direito, devia submeter-se, tanto quanto o direito material, às leis da razão (o direito natural racional). Daí haver a doutrina acentuado sua interconexão substancial com o direito material, de que passou a ser uma extensão, vale dizer, tão submetido, quanto ele, às leis da razão, sem o que se desqualificaria enquanto direito, interferindo, ainda, e negativamente, na racionalidade inerente àquele. Esse entendimento foi que levou os construtores das bases da dogmática do direito processual, que lhe asseguraram, inclusive, autonomia teórica, a jamais mencionarem a instrumentalidade como um de seus princípios fundamentais.” (In: CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, 2001, p. 60)

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

realização desses direitos, mormente em uma sociedade onde a autodefesa não é mais permitida. Segundo Joan Picó JUNOY²²,

A ideologia social, emergente neste século na Europa, leva junto o fenômeno da 'socialização' do processo civil que, com o objetivo de incorporar aos clássicos princípios do liberalismo determinadas exigências do Estado Social de Direito, evidencia a distinção entre objeto do processo e processo como instrumento idôneo para atingir a efetiva e real tutela, pelo Estado, dos interesses litigiosos.

Mesmo quando o processo civil é tomado em seu instrumental, ele acaba por refletir os valores priorizados pela sociedade no momento de sua vigência. Por esta razão, é imperioso o reconhecimento, de forma unânime, de que a função de julgar é muito mais do que aplicar a letra fria da lei, é preciso superar a ideia do juiz *boca da lei*, decidindo-se diferente, com os olhos para o futuro²³. Mais do que isso, é preciso que o direito seja considerado em conjunto com todas as outras ciências que o permeiam. Ao contrário do isolamento pregado pelos juristas da Idade Moderna, é mais do que hora de se deixar o direito impregnar pelas questões que lhe são as verdadeiras formadoras. Os anseios da sociedade, a influência da economia, as repercussões da globalização, tudo isso está no direito e não é possível se fechar os olhos para esta realidade.

Neste sentido, a crise do processo pode ser identificada a partir do momento em que o valor segurança deixa de ter o maior peso na balança dos valores e cede lugar a outros, tão importantes quanto ele²⁴. Neste aspecto, os direitos fundamentais assumem grande relevo.

Ocorre que, neste sensível processo de alteração nos pesos desses valores, que muitas vezes não é percebida por determinados operadores do direito, a

²²La ideologia social, emergente en el presente siglo, lleva consigo en Europa el fenómeno de la 'socialización' del proceso civil, que con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos." (PICÓ JUNOY,Joan. "Los Principios del nuevo proceso civil español". **Revista de Processo**, São Paulo, v. 103, 2001, p. 64)

²³Esta afirmação não significa dizer que se deva eliminar a legislação de nosso sistema; muito pelo contrário. A atividade jurisdicional complementa a atividade legislativa, não simplesmente repetindo-a mas também criando-a.

²⁴Veja-se, os comentários de Carlos Alberto Alvaro de OLIVEIRA (In: Efetividade e Processo de Conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, p. 65), acerca da renovação trazida pelos estudiosos a partir dos anos cinquenta do século XX: "A partir dos anos cinquenta do século XX, com a renovação dos estudos de lógica jurídica e a ênfase emprestada ao sentido problemático do direito, resgata-se em certa medida a dimensão retórica e dialética do processo. Tal fenômeno ocorreu exatamente quando – já prenunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos."

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

resposta que o judiciário dá à sociedade nem sempre é a esperada, causando, em alguns casos, a frustração. Segundo Augusto M. MORELLO²⁵,

Onde quer que seja, multiplicam-se as denúncias de insatisfação pelo serviço da justiça. A importância do problema e a necessidade de atingir conquistas cumulativas indicam a conveniência de focar com a maior clareza possível um fenômeno que, claro está, não é simples, tem muitos rostos, complicações internas e fatores de pressão externa aos do serviço em si... Anunciam-se mudanças, inovações, uma modernização que vá de encontro a uma crise manifesta, palpável, que hoje domina a cena dessa 'administração' (Poder) fundamental para a paz social e a consolidação do Estado de Direito, com tudo o que traz para que não fique apenas na superfície, no formal, ao invés de estampar-se num Estado de Justiça.

Pensadores mais atuais, como Ronald DWORKIN, ao formularem suas teorias para o direito, tentaram evitar as falhas do positivismo, mostrando que a adoção de direitos concebidos deontologicamente podem satisfazer simultaneamente as exigências da *segurança jurídica* e da *aceitabilidade racional*. Contra o positivismo, Ronald DWORKIN afirma a possibilidade e a necessidade de decisões corretas, cujo conteúdo seja legitimado por princípios. A razão prática emerge no ponto de vista moral e se articula numa norma fundamental. Em Ronald DWORKIN, a norma fundamental goza do *status* de um direito natural. Nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, porém cada direito coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos na realização de fins coletivos, os quais se justificam a partir do princípio do igual respeito por cada um.

Diante do exposto, observa-se que um dos principais problemas que o Direito Processual contemporâneo enfrenta é o de adequar as formas processuais à efetiva realização de Direitos, o que se passará a expor a partir do próximo item.

1.1 INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO

O direito em nosso país rege-se pelo sistema da *civil law*, que notadamente privilegia as normas escritas, cujas origens datam do direito romano. A fase da instrumentalidade, do acesso à tutela jurisdicional, a efetivação das garantias

²⁵ "Por doquier se multiplican las denuncias de insatisfacción por el servicio de la justicia. La importancia del problema y la necesidad de alcanzar logros acumulativos, señalan la conveniencia de centrar con la mayor claridad posible un fenómeno que, desde luego, no es simple, tiene muchos rostros, complicaciones internas y factores presionantes externos al del servicio en sí (...) Se anuncian cambios, innovaciones, una modernización que embista a una crisis manifiesta, palpable, que domina hoy la escena de esa 'administración' (Poder) fundamental para la paz social y la consolidación del Estado de Derecho, con todo lo que ello porta para que no se queden sólo en la superficie, lo formal, en lugar de plasmarse en un Estado de Justicia." (MORELLO, Augusto M. **Estudios de Derecho Procesal I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., p. 588)

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

constitucionais e a efetividade da tutela jurisdicional são os temas atuais do processo, não apenas no âmbito nacional, mas de modo geral mundial²⁶.

O modelo dogmático do direito está preparado para lidar com conflitos e disputas interindividuais. Com a ascensão do individualismo radical, ocorreu uma flagrante diminuição da importância dos grupos na estrutura social e no sistema jurídico. Entretanto, nos dias de hoje, a realidade que se apresenta na prática forense é outra. A crise do direito reflete a crise social e com ela as visíveis mudanças de comportamento dos indivíduos e dos conflitos.

É certo que algumas alterações legislativas já se operaram no direito brasileiro. Antigos institutos jurídicos²⁷ ganham novamente espaço de destaque, estando inclusive previstos no texto constitucional. São as denominadas ações coletivas. Neste sentido, figuras como a substituição processual ganham importância, destacando-se o papel do Ministério Público.

Augusto M. MORELLO²⁸ aponta as ações coletivas como meio para alcançar uma justiça mais efetiva. Todavia, o autor, em seguida, adverte sobre o perigo de uma canalização generalizada para o judiciário de problemas que devem ser resolvidos em sede administrativa ou legislativa, ou da justiça de proteção, como denomina, sob pena de provocar outra inevitável sobrecarga no poder judiciário.

Segundo Cândido Rangel DINAMARCO²⁹,

O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter

²⁶ *"Desvinculando-se de seu antigo perfil liberal-individualista, o processo contemporâneo, sem abandonar o seu prioritário escopo jurídico, tem igualmente objetivos políticos e sociais, na medida em que reflete o estágio histórico e cultural do meio em que atua."* (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; et al. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 886)

²⁷ Do mesmo modo, as acciones populares, aproximam-se muito do conceito de interesse difuso, pois tratava-se de uma ação proposta por qualquer cidadão romano para defender um interesse público. Neste sentido, também esclarece Márcio Flávio Mafra LEAL (In: **Ações Coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 13): "... a ação, com as características que lhe são próprias, não é um fenômeno contemporâneo, mas existe há pelo menos 800 anos nas práxis anglo-americana."

²⁸ ... para contribuir a alcançar la meta (difícil) de la efetividad, ante el continuo ensanchamiento de nuevas legitimaciones, tanto en el derecho público cuanto en el privado, a raíz de la correlativa dilatación de derechos difusos colectivos, o individuales homogéneos, corresponderá depurar la massa de asuntos que ingresan al tribunal, en razón de que la tutela jurisdiccional, por ejemplo, de los intereses difusos com particular resguardo (en los colectivos por caso, la protección del consumidor contra actos de concurrencia desleal), como lo resaltaba N. TROCKER en el Congreso de Salerno, Itália, en 1975, necesitaba evitar una canalización general (que desemboca irremisiblemente en la sobrecarga) de problemas políticos, sociales y económicos a través exclusivamente del proceso judicial: determinados asuntos y conflictos deben ser advertidos en su específica dimensión económico-social y, agregamos, hallar respuesta en el ámbito de la justicia de protección, o en sede administrativa o legislativa, antes que en su vertiente jurídica adversarial judicial. (MORELLO, Augusto M. **Constitución y Proceso** – La nueva edad de las garantías jurisdiccionales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 13)

²⁹ In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-5.

soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. Assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica.

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina. A visão instrumental que está no espírito do processualista moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do legislador brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo). É indispensável que também o intérprete fique imbuído desse novo método de pensamento e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem”.

Assim, uma nova postura no que se refere à tutela jurídica se faz imperiosa; todavia, não se pode olvidar que o ser humano possui uma capacidade de resistência quase inacreditável³⁰. As novas posturas, exigências das mudanças sociais e culturais, na maioria das vezes, senão sempre, costumam a ser aceitas e incorporadas, principalmente no que diz com a produção normativa. Por esta razão, o debate e o questionamento por parte dos operadores do direito devem ser permanentes, pois esta é a forma de denunciar e cobrar as alterações e adaptações pertinentes.

³⁰José Carlos Barbosa MOREIRA (In: “O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição.” **Revista Forense**, v. 304, p. 152), afirma: “Outra possível explicação para a resistência a mudanças é a pura e simples indolência mental. Abandonar a rotina demanda esforço que pode ser desagradável, quiçá penoso. Se nos acostumamos a dar aos nossos problemas, por tempo considerável, as mesmas soluções, há forte probabilidade de que pelo menos alguns de nós encarem com pouco entusiasmo o desafio de procurar novas soluções ou – pior ainda – de enfrentar novos problemas. Fatalmente se sentirá a tentação de fazer de conta que os problemas continuam a ser os conhecidos e a comportar soluções familiares: admitir o contrário importaria aceitar a enfadonha necessidade de ‘aprender tudo outra vez’. Os operadores jurídicos não são mais imunes que o resto dos mortais a semelhante gênero de fraqueza.”

1.2 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Uma das maiores deficiências de nosso tempo, é o desinteresse pela atividade política e a má compreensão do que ela vem a ser. Dissociou-se a sociedade do Estado, o econômico do político e o individual do social. A atividade política pode ser entendida como algo específico de um segmento da sociedade profissionalizado para isso. A desvalia do político foi acentuada nas últimas décadas, quando o autoritarismo militar criminalizava a atuação política dos outros segmentos sociais e desqualificava a formação política dos brasileiros. A desqualificação do político leva à desqualificação do indivíduo como cidadão, acentuando no Direito sua face de pura dominação, antes que seu caráter de resultante da livre interação dos segmentos sociais por meio da ação de seus atores.

Independentemente da adoção de uma divisão e classificação do processo em conhecimento, execução e cautelar, uma vez que o Estado proíbe a autotutela e assume o papel de interveniente obrigatório na resolução dos conflitos, é necessário que ele siga a aplicação de princípios de forma a garantir a boa prestação jurisdicional.

Há três momentos distintos em que o conflito pode ser observado: quando instaurado; quando resolvido e no período entre o antes e o depois, no qual se encontra o processo. O processo contemporâneo se apresenta alicerçado em princípios, inclusive previstos constitucionalmente, de modo a garantir a segurança das relações jurídicas. O que está acontecendo no momento é uma crise de conflito entre os próprios princípios que sustentam o sistema processual, resultado da mudança de comportamento na sociedade e das necessidades que os membros dela têm em termos de prestação jurisdicional.

A universalização do procedimento ordinário, como regra, não prejudicou a todos, uma vez que os privilegiados sempre se serviram de procedimentos especiais, além do que, o procedimento ordinário, seguido do processo de execução, pode bem servir à tutela dos direitos patrimoniais. Mecanismos como o previsto no art. 273 do Código de Processo Civil atuam, de certa forma, neste sentido, promovendo um certo equilíbrio entre a efetividade e a ampla defesa, pois não retira do processo toda a sua carga de exaurimento na produção de provas antes do acerto pelo juiz. Neste ponto, Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA atenta para o fato de que uma medida antecipatória não implica "desordinarizar", tratando-se exclusivamente de uma decisão interlocutória. Entretanto, enquanto medidas que antecipam a tutela pretendida pelo autor, satisfazem antecipadamente uma parcela de efeitos do ato jurisdicional final³¹.

³¹SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. v. 1, p. 136.

Cabe ressaltar que tais medidas não desrespeitam a lógica interior da contradição, debate, prova, decisão e recursos. A vantagem, no caso, está no fato de que, através de uma decisão de cunho interlocutório (pelo menos a luz do Código de Processo Civil)³², o julgador antecipa efeitos da sentença futura, protegendo a parte contra os efeitos nefastos do perigo decorrente da demora da prestação jurisdicional.

A contradição entre a regra existente no próprio diploma processual é flagrante, pois ao mesmo tempo que privilegia o rito ordinário e a busca da *verdade* até o exaurimento, há regra de conduta determinando que o processo deve assegurar ao vitorioso a utilidade necessária com o mínimo de esforço e gasto. Ora, supondo que o autor que ajuizou a demanda venha realmente a ser o vencedor do pleito e que sua lide tenha adotado o rito do processo ordinário de conhecimento, chega a ser infame cogitar-se em mínimo de esforço e gasto.

Mas a questão da efetividade não está restrita ao modelo de processo ordinário adotado no Código de Processo Civil.

Por outro lado, se, de um lado, deve-se prestigiar a independência da magistratura em sua interação com os demais entes estatais, mostra-se imprescindível à saúde democrática de um povo institucionalizar-se um sistema de responsabilização dos magistrados e de controle social sobre eles, de modo a evitar-se a possibilidade de vir a reproduzir-se o déspota que há tanto tempo se procurou eliminar. A independência de que precisam desfrutar os juízes em face dos agentes das demais funções do Estado é diretamente proporcional à sua responsabilidade sóciopolítica. Consequentemente, somar poderes ao magistrado, sem lhes acrescer também a responsabilidade, é deslegitimá-lo democraticamente³³.

É inegável que o Direito Processual Civil está em descompasso com a realidade contemporânea, em que pese termos alguns exemplos de tentativa de adequação. Temos um modelo de processo elaborado a partir das teorias que sustentaram a modernidade. Todavia, a sociedade se transformou. Vivemos hoje em uma sociedade globalizada. Portanto, o que talvez pudesse ser perfeitamente compatível com a era moderna, apresenta seríssimos problemas com o atual momento que estamos vivenciando, a chamada pós-modernidade. É preciso (re) construir o Direito Processual Civil a partir da sociedade em que atualmente vivemos. Para isso, é preciso reconhecer que ele está adaptado a uma tradição da era moderna e que, por esta razão, é imperfeito e insuficiente para resolver os conflitos que emergiram nesta nova era. A concepção de Direito de Ronald

³² Ovídio Araújo BAPTISTA DA SILVA, declina posicionamento divergente (In: **Da sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 3).

³³ Neste sentido: PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo** – Julgando os que nos julgam, p. 106.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

DWORKIN é uma das alternativas para se compreender o Direito Processual Civil na pós-modernidade.

2. A CONCEPÇÃO DE DIREITO PARA RONALD DWORKIN: UMA ALTERNATIVA PARA O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA PÓS-MODERNIDADE

Para Ronald DWORKIN, uma concepção de Direito que negue a separação absoluta entre Direito e moral e não se socorra de princípios de justiça material pré-estabelecidos, é uma doutrina perigosa. É perigosa porque, na prática jurídica dos tribunais, a distinção entre o Direito e a moral não é tão clara. A crítica do pressuposto da distinção rígida entre o Direito e a moral é o objetivo fundamental do ataque de Ronald DWORKIN ao positivismo jurídico³⁴. A crítica ao pressuposto de separação entre o Direito e a moral conduz à construção de uma teoria do Direito na qual a moral e a política ocupam lugar relevante³⁵.

Pode-se dizer que o ataque de Ronald DWORKIN ao positivismo baseia-se em uma distinção lógica entre normas, diretrizes e princípios. O modelo positivista tem como característica ser estritamente normativista, porque se baseia em normas, deixando de fora de sua análise as diretrizes e os princípios.

2.1. A importância das normas, princípios e diretrizes para Ronald Dworkin

Para Ronald DWORKIN³⁶, junto às normas existem princípios e diretrizes políticas que se identificam por seu conteúdo e força argumentativa. As diretrizes fazem referência a objetivos sociais que devem alcançar e que se consideram socialmente benéficos. Os princípios fazem referência à justiça e à equidade. Enquanto que as normas aplicam-se ou não, os princípios dão razões para decidir em determinado sentido, mas – diferenciando-os das normas – seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio é o que determina quando se deve aplicá-lo em uma determinada situação.

³⁴Ronald DWORKIN toma como ponto de referência a teoria de Herbert Hart, porque considera ser a versão mais depurada do positivismo jurídico.

³⁵Cf. V. K. de CHUEIRI, *"uma jurisprudência sensível, que enfatiza a questão dos princípios (da moral), deve não só mostrar as ligações que se estabelecem entre a prática jurídica e a prática social, mas, também, empreender um programa contínuo de exame e crítica à prática social. A relação entre princípios morais e prática jurídica (entre ética e direito), à luz da jurisprudência pós-HART, sofisticada, ao redimensionar a análise a que são, usualmente, submetidas as questões cotidianas do direito, na medida em que se estabelece uma ponte entre a teoria jurídica e a teoria moral, a justificar uma coerente tomada de decisão"*. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 69-70.

³⁶DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traduzido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995, p. 147.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791.

Os princípios, por sua vez, informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo juiz, quando violar um princípio específico considerado importante³⁷. Exemplificando: a determinação, segundo a qual ninguém pode obter vantagem (lucro) através do seu próprio erro, é uma norma que funciona como um princípio, enquanto a determinação, segundo a qual acidentes de trânsito devem diminuir, é uma norma que funciona como política.

Portanto, há dois níveis em que a noção de princípio atua: internamente, em oposição à política, consubstanciando o cerne da teoria da *adjudication* de Ronald DWORKIN, e, externamente, em oposição à regra jurídica (determinando o debate com Herbert Hart, analisado no próximo item).

Na análise dos casos difíceis, o autor americano critica o modelo de função judicial positivista³⁸. Para ele, um caso é difícil se existe incerteza, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas - porque as normas são contraditórias - seja porque não existe norma exatamente aplicável.

Ronald DWORKIN³⁹, porém, sustenta que os casos difíceis têm resposta correta. É evidente que pode haver situações em que não se pode aplicar nenhuma norma concreta, mas isto não significa que não sejam aplicáveis os princípios. O autor assinala que o material jurídico, composto por normas, diretrizes e princípios, é suficiente para dar uma resposta correta ao problema apresentado. Para Ronald DWORKIN⁴⁰, a discricção judicial não é boa, porque o juiz não está legitimado nem para ditar normas nem, muito menos, para ditá-las de forma retroativa, levando-se a sério a democracia. Ao juiz se deve exigir a busca de critérios e a construção de teorias que justifiquem a decisão - e esta deve ser consistente com a teoria.

Os juízes, nos casos difíceis, devem socorrer-se dos princípios. Todavia, como não há uma hierarquia pré-estabelecida entre princípios, é possível que estes

³⁷W. S. GUERRA FILHO afirma que "*os princípios podem se contradizer, sem que isso faça qualquer um deles perder a sua validade jurídica e ser derogado. É exatamente numa situação em que há conflito entre princípios e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando à medida que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro princípio. Esse papel lhe cai muito bem pela circunstância de se tratar de um princípio extremamente formal e, a diferença dos demais, não haver um outro que seja o seu oposto vigorando, em um ordenamento jurídico digno desse nome*". **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 73.

³⁸Segundo Ronald DWORKIN, o modelo positivista hartiano é incapaz de dar conta da complexidade do direito. Na tradição positivista mais desenvolvida, mantém-se a tese da discricção judicial. No caso de não existir uma norma exatamente aplicável, o juiz deve decidir discricionariamente. O direito não pode oferecer resposta a todos os casos que surgem. Conforme já visto, o positivismo hartiano sustenta que nos casos difíceis não existe resposta correta prévia à decisão do juiz, que tem notadamente marcado um caráter discricionário. DWORKIN atacará a teoria da função discricionária do juiz com a tese da resposta certa. **Los derechos en serio**, p. 150.

³⁹DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 150.

⁴⁰DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 150.

possam fundamentar decisões distintas. Ronald DWORKIN⁴¹ sustenta que os princípios são dinâmicos e mudam com grande rapidez e que todo intento de canonizá-los está condenado ao fracasso. Por este motivo, a aplicação dos princípios não é automática, mas exige a fundamentação judicial e a integração da fundamentação na teoria. O juiz, ante um caso difícil, deve balancear os princípios e decidir-se pelo mais relevante.

Uma das chaves do êxito da obra de Ronald DWORKIN⁴² se encontra na sua preocupação com o tema "certeza" no Direito. Sua teoria tem a originalidade de enfocar a análise do Direito desde a perspectiva dos casos difíceis e das incertezas que produzem. Os casos difíceis apresentam problemas que a teoria deve resolver (teoria = redução da incerteza⁴³). Ronald DWORKIN⁴⁴ considera que toda teoria jurídica deve ter um aspecto descritivo e outro prescritivo. A teoria não serve somente para conhecer o Direito vigente senão que também é um auxiliar indispensável do juiz. Assim, Ronald DWORKIN critica o pressuposto metodológico positivista da separação absoluta entre a descrição e a prescrição. Em um caso difícil, a teoria serve para que o juiz decida com fundamento racional. A teoria é o fundamento de validade da tese da resposta certa. Sem uma teoria do Direito, não é possível solucionar os casos difíceis. O juiz, ao utilizar a teoria como critério para a resolução dos conflitos sociais, aplica o Direito. A teoria não só descreve senão que forma parte do Direito. Pelo exposto, observa-se que a teoria de Ronald DWORKIN é pragmática.

A filosofia de Ronald DWORKIN⁴⁵ tem por fundamento os direitos individuais. Isso significa que os direitos individuais - especialmente o Direito a igual consideração e respeito - são preponderantes frente à maioria. Nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo podem triunfar frente a um autêntico Direito.

O esquema que Ronald DWORKIN utiliza para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais. Poder-se-ia sintetizar do seguinte modo:

- ◆ em todo o processo judicial, há um juiz encarregado de resolver o conflito;
- ◆ existe um direito que deve vencer o conflito, e o juiz deve indagar a quem corresponde vencer;
- ◆ este direito sempre existe, ainda que inexista norma aplicável;

⁴¹DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 14.

⁴²DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 15.

⁴³Neste aspecto, há similitude com a concepção Luhmaniana a respeito da dogmática jurídica. Ver capítulo II.

⁴⁴DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 16.

⁴⁵DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 158 e ss.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

- ◆ nos casos difíceis, o juiz deve conceber a vitória a uma parte, baseando-se nos princípios que os fundamentam;
- ◆ os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que os fundamentam;
- ◆ o juiz, ao fundamentar sua decisão em um princípio pré-existente, não inventa um direito nem aplica legislação retroativa: limita-se a garanti-lo.

Ronald DWORKIN⁴⁶ propõe um novo modelo de decisão judicial, contrastante com os modelos tradicionais⁴⁷: o modelo da resposta certa. O juiz carece de discricção e, portanto, de poder político. A verdadeira resposta corresponde à teoria que é capaz de justificar, de melhor modo, os materiais jurídicos vigentes.

Ronald DWORKIN⁴⁸ entende que a função dos tribunais, nos casos controversos, seria não a de criar um novo direito, mas a de descobrir o Direito que se acha oculto até então. Tal descobrimento se faria através dos princípios e das diretrizes⁴⁹.

Os princípios, para Ronald DWORKIN⁵⁰, caracterizam-se com um conjunto de normas outras (que não regras jurídicas) no sentido do seu *improvement* econômico, político e social. O termo "princípio", em seu sentido específico, vai se opor à noção de política, ao dizer respeito a um tipo de norma cuja observação é um requisito de justiça e equidade ou, ainda, de alguma outra dimensão moral. A noção de política, por sua vez, diz respeito a um tipo de norma cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade.⁵¹

⁴⁶DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 102 e ss.

⁴⁷Modelos tradicionais: A) Modelo silogístico – defendido pelo formalismo jurídico. Segundo esta concepção, a tarefa do juiz é lógico-mecânica. O problema do juiz é a subsunção do caso a uma norma pré-estabelecida. Se não existe norma aplicável, o juiz deve rejeitar a demanda. No direito não existem casos difíceis, porque tudo o que não está proibido está permitido. A função do juiz está subordinada à lei. B) Modelo realista – defendido por muitas correntes antiformalistas. Segundo esse modelo, as decisões dos juízes são fruto de suas preferências pessoais e de sua consciência subjetiva. O juiz primeiro decide e após justifica sua decisão mediante normas. O juiz tem poder político, não está subordinado à lei. Concede ao juiz um autêntico poder político que não é congruente com o sistema de legitimação do estado democrático nem com o postulado da separação de poderes. C) Modelo positivista da discricção judicial - este modelo reconhece a existência de casos difíceis, nos quais não existe norma aplicável. É defendido por Hart e Bobbio. Nos casos difíceis, o juiz exerce um poderdiscricionário. Para este modelo, o direito não oferece uma resposta correta, mas uma variedade de respostas possíveis. O juiz elege discricionariamente as mesmas. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 20 e 21.

⁴⁸DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 102 e ss.

⁴⁹Katya KOZICKI critica a posição de Ronald DWORKIN, afirmando que "*não nos parece adequada tal colocação, uma vez que mesmo a adoção destes princípios e diretrizes é insuficiente para prover o sistema jurídico de forma a que este não apresente fissuras*". ROCHA, Leonel Severo (org.); KOZICKI, Katya; et al. **Paradoxos da auto-observação** – percursos da teoria jurídica contemporânea, p. 149.

⁵⁰DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 147.

⁵¹Exemplificando: a determinação segundo a qual ninguém pode obter vantagem (lucro) através do seu próprio erro, é uma norma que funciona como um princípio, enquanto a determinação segundo a qual acidentes de trânsito devem diminuir, é uma norma que funciona como política. CHUEIRI, Vera Karam de.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Eros Roberto GRAU⁵² adota o critério tomado por Ronald DWORKIN, exemplificando com os seguintes dispositivos constitucionais:

Princípios - art. 1.º, 'caput' e incisos; art. 2.º; art. 4.º; art. 5.º, 'caput' e incisos; art. 170, 'caput' (parcialmente) e incisos;

Diretrizes - art. 3.º, parágrafo único do art. 4.º, art. 170, 'caput' (parcialmente).

A propósito, aqui, já na primeira visualização do texto, verificamos que a dignidade da pessoa humana comparece, no art. 1.º, III, como princípio, e, no art. 170, caput, como diretriz ('assegurar a todos existência digna').

Toda decisão jurídica cujo argumento esteja baseado em princípios atenderá a um direito individual; todavia, se o mesmo estiver baseado em políticas, atenderá a um fim coletivo, face ao bem-estar geral da comunidade. Segundo Ronald DWORKIN⁵³, as decisões judiciais devem ser geradas por princípios, uma vez que tribunal e legislativo não se confundem: programas legislativos podem ser razoáveis e corretamente justificados por políticas. Quando os juízes constroem regras não anteriormente reconhecidas, não estão eles livres no sentido em que o são os legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões costumeiras apoiados em princípios e não em políticas. Devem desenvolver argumentos acerca do porquê as partes tinham, de fato, 'novos' direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem como cumpridos, quer no momento em que as partes agiram, quer em algum outro momento pertinente ao passado. Segundo Ronald DWORKIN⁵⁴,

Quando os juízes constroem regulamentações (...) não admitidas anteriormente, eles não têm total liberdade em seu modo de proceder. Os juízes devem tomar suas decisões sobre a lei ordinária com base em princípios, não em políticas: devem desenvolver os argumentos segundo os motivos pelos quais as partes sustentaram na realidade os seus "novel" (novéis) direitos e deveres legais que eles, os juízes, põem em vigor no momento de ação das partes, ou em algum outro momento pertinente já passado.

Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 158.

⁵²GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1988, p. 105.

⁵³DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 150 e ss.

⁵⁴*"When judges construct rules (...) not recognized before, they are not free in the way (...) legislators are (...). Judges must make their common-law decisions on grounds of principle, not policy: they must deploy arguments why the parties actually had the 'novel' legal rights and duties they enforce at the time the parties acted or at some other pertinent time in the past."*DWORKIN, Ronald. **Law's empire.**Londres: Fontana Press, 1986, p. 76.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O modelo de Ronald DWORKIN supõe que o juiz não se transforme em legislador, tendo em vista que o poder judicial tem como função garantir direitos pré-estabelecidos. Sua tese é compatível com o postulado da separação de poderes, tendo em vista que o juiz está subordinado à lei e ao Direito.

Na linha de análise de Ronald DWORKIN, sugere-se a negação do poder político do juiz, sem reduzir sua atividade a uma mera operação mecânica. Em seu modelo, o juiz é garantidor de direitos e não criador dos mesmos. De outra parte, a análise de Ronald DWORKIN não supõe uma quebra de legitimação do Estado Democrático nem a criação de normas retroativas.

O Direito, enquanto fenômeno social, deve ser analisado através da prática argumentativa. A opção interpretativa em detrimento de teorias semânticas dominantes – sobretudo o positivismo – procura compreender o caráter argumentativo da prática jurídica para desvelar o sentido do Direito como dimensão simbólica da equidade, da justiça (em termos abstratos)⁵⁵.

A interpretação crítico-criativa não se limita à mera exegese, à mera interpretação do que o autor disse conforme seus propósitos e intenções. O significado já começa a se definir na atitude do intérprete, a gerar uma interação entre intenção e objeto. Na esteira da *chainoflaw* (continuidade do Direito), o Direito é um exercício de interpretação construtiva, interessando-lhe antes os propósitos e intenções do intérprete, conquanto surja como consequência das intenções do autor.

A interpretação supõe um momento pré-interpretativo, no qual a natureza da prática é identificada. Neste estágio, o intérprete coleta regras, padrões e descrições do comportamento característico dos participantes e de suas atividades, os quais se constituem nos elementos da prática em questão.

Em seguida, ocorre a interpretação propriamente dita, cabendo ao intérprete buscar a melhor justificação possível à prática, cujos elementos foram identificados no primeiro momento. Aqui o intérprete propõe um valor para a prática, ao descrever um esquema de interesses ou objetivos aos quais a prática deve servir, expressar⁵⁶. A interpretação mostrará que a prática tem um apelo normativo, isto é, proporcionará uma justificação dos seus principais elementos e da sua participação nela⁵⁷.

O estágio pós-interpretativo ou reformador consiste no ajuste do sentido da interpretação, em face do que a prática exige para se adequar melhor à justificação aceita no estágio interpretativo. Isto não significa que a prática deva

⁵⁵CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 103.

⁵⁶DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, p. 52.

⁵⁷Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 105.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

mudar, pois o que ocorre são visões conflitantes sobre o que a prática realmente é e o que realmente quer dos seus participantes como resultado.

Estes três estágios constitutivos da interpretação buscam, segundo Ronald DWORKIN⁵⁸, um equilíbrio entre a justificação da prática jurídica e suas exigências pós-interpretativas.

Para que o Direito possa suceder como um conceito interpretativo, é necessária uma identificação pré-interpretativa do seu domínio, baseada em paradigmas que suportem sua argumentação. O acordo pré-interpretativo inicial é necessário para que a comunicação tenha como referência o mesmo dado (o mesmo universo). Este é o requisito necessário para que se entre na história de uma determinada prática⁵⁹.

Todavia, segundo Ronald DWORKIN⁶⁰, há um ponto paradigmático na prática jurídica, qual seja: o de orientar e constranger o poder governamental. Neste caso, o Direito admitiria o uso da força, desde que para o cumprimento dos direitos individuais decorrentes das decisões políticas passadas, nas quais o uso da força fora justificado. Vale dizer, os direitos e responsabilidades autorizam a coerção, pois decorrem de decisões nas quais observou-se o estrito respeito aos direitos individuais⁶¹.

A tarefa principal da teoria jurídica é designada por Ronald DWORKIN como interpretativa e é, em parte, avaliadora, uma vez que consiste na identificação dos princípios que simultaneamente se ajustam melhor ao Direito estabelecido e às práticas jurídicas de um sistema jurídico ou se mostram em coerência com eles, revelando assim o Direito na sua melhor iluminação⁶².

Para Ronald DWORKIN⁶³, os princípios assim identificados não são apenas partes de uma teoria do Direito, mas também partes implícitas do próprio Direito. Ele caracteriza esses princípios e as concretas proposições do Direito que decorrem a partir deles como Direito num sentido interpretativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁸DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, p. 66.

⁵⁹Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 107.

⁶⁰DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, p. 90.

⁶¹Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos, p. 108.

⁶²"*But for all their abstraction, they are constructive interpretations: they try to show legal practice as a whole in its best light, to achieve equilibrium between legal practice as they find it and the best justification of the practice*". DWORKIN, Ronald. **Law's empire**, p. 90.

⁶³DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**, p. 61 e ss.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

A partir do presente ensaio pode-se chegar às seguintes conclusões:

- a). O paradigma racionalista teve grande influência no âmbito do Direito Processual Civil, que se revelou através do positivismo jurídico.
- b). Como fator determinante para o sucesso do normativismo, houve o abandono do estudo de caso e da tradição.
- c). O comprometimento do Direito Processual Civil com o racionalismo, transformou ainda o processo em uma ciência em busca da verdade, sem que haja qualquer comprometimento com a justiça concreta.
- d). A ideia de que o Direito Processual Civil é neutro e livre de qualquer compromisso com a história é falsa.
- e). O Direito tem que ser resultado do movimento social e cultural.
- f). O positivismo jurídico revela-se insuficiente para resolver os conflitos da sociedade contemporânea, sendo a hermenêutica jurídica uma das possibilidades de se enfrentar a nova realidade que atualmente vivenciamos.
- g). A proposta de Ronald Dworkin é uma das alternativas de se superar as falhas do positivismo jurídico.
- g). Junto às normas, há princípios e diretrizes políticas que se identificam por seu conteúdo e força argumentativa. As diretrizes fazer referência a objetivos sociais. Os princípios se referem à justiça e à equidade.
- h). Os princípios informam as normas jurídicas concretas. Assim, a literalidade da norma pode ser desatendida pelo magistrado quando violar um princípio específico.
- i). Há a possibilidade de decisões corretas, desde que amparadas por princípios jurídicos, sempre que se estiver diante de um caso difícil.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Interpretação". **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CHIARLONI, Sergio. "Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto". **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 56, n. 1, p. 1-16, marzo. 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, Vol. I. Traduzido por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CHUEIRI, V. K. de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Londres: Fontana Press, 1986.

_____. **Los derechos en serio**. Traduzido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

_____. **Taking Rights Seriously**. Estados Unidos da América: Harvard University, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRECCO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia** - entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Benosiebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARTMANN, Nicolai. **A filosofia do idealismo alemão**. Lisboa, 1960.

ISERHARDT, Antônio Maria de Freitas. "Sistemas jurídicos, ciência do direito e direito: sociologismo jurídico pontensiano versus normativismo jurídico kelseniano". In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003, p. 27-40.

KOZICKI, Katya; et al.. ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação** - percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: SAFE, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. São Paulo: Saraiva, 1968.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los Elementos del Derecho Natural**. Traduzido por Tomás Guillén Vera. Madrid: Tecnos, 1991.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem?** Qual Racionalidade? São Paulo: Loyola, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição." **Revista Forense**, v. 304, out./nov./dez. 1998, p. 152.

MORELLO, Augusto M. **Constitución y Proceso** - La nueva edad de las garantías jurisdiccionales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

_____. **Estudios de Derecho Procesal I**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A, 1998.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e Processo de Conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, p. 65.

ESPÍNDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Jaqueline Mielke. O Direito Processual Civil à luz das novas exigências de tutela do Século XXI: a insuficiência do positivismo jurídico para resolver os conflitos sociais contemporâneos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo** – Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PICÓ JUNOY, Joan. “Los Principios del nuevo proceso civil español”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 103, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. **Tratado das Ações** - Ações Mandamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. VI. t. I.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, V. I.

_____. **Curso de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. v. 1.

_____. **Da sentença Liminar à Nulidade da Sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; et al. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. I.

W. S. GUERRA FILHO. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

Submetido em: Junho/2014

Aprovado em: Junho/2014