



## O PROCESSO CIVIL E OS SEUS DESAFIOS NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO<sup>1</sup>

### *THE CIVIL PROCESS AND ITS CHALLENGES IN THE CONTEXT OF THEORETICAL NEOCONSTITUTIONALISM*

*Davi Tavares Viana<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O objetivo do artigo é analisar algumas problemáticas que giram em torno do Processo Civil no atual contexto do neoconstitucionalismo teórico. Para isso, serão abordados o acordo semântico acerca deste neoconstitucionalismo, a sua influência no Processo Civil e quais os desafios atuais a serem enfrentados no que diz respeito à legitimidade da decisão jurisdicional (o problema do ativismo judicial), ao respeito dos precedentes, à Teoria Geral do Processo Civil, ao equilíbrio entre os direitos e deveres fundamentais, à excessiva constitucionalização do ordenamento jurídico e à dignidade humana. Conclui-se, ao final, a concreta existência de inúmeros desafios para a interpretação e aplicação do Processo Civil brasileiro que passa a exigir dos operadores do direito a retirada de suas máscaras para que se confira legitimidade através de uma efetiva e democrática participação na tarefa jurisdicional. O presente artigo adota a perspectiva qualitativa com ênfase na metodologia bibliográfica, com uma abordagem eminentemente teórica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil; neoconstitucionalismo teórico; desafios; dignidade humana; novo Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** The objective of the article is to analyze some issues that revolve around the Civil Procedure in the current context of theoretical Neoconstitutionalism. For this, the semantic agreement about this neoconstitutionalism, its influence on the Civil Procedure and what are the current challenges to be faced regarding the legitimacy of the jurisdictional decision (the problem of judicial activism), respecting precedents, the Theory General Civil Procedure, the balance between fundamental rights and duties, the excessive constitutionalization of the legal system and human dignity. In the end, the concrete

<sup>1</sup> Artigo recebido em 07/07/2021 e aprovado em 01/08/2021.

<sup>2</sup> Advogado. Mestre em Direitos Humanos (UFPB). Especialista em Direito Processual Civil (UNIPÊ). E-mail: [davitviana@hotmail.com](mailto:davitviana@hotmail.com).



existence of numerous challenges for the interpretation and application of the Brazilian Civil Procedure is concluded, which starts to demand from the operators of the law the removal of their masks so that legitimacy can be granted through an effective and democratic participation in the jurisdictional task. This article adopts a qualitative perspective with an emphasis on bibliographical methodology, with an eminently theoretical approach.

**KEYWORDS:** Civil Procedure; theoretical neoconstitutionalism; challenges; human dignity; new Code of Civil Procedure.

## 1. INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, os sistemas jurídicos, principalmente os de tradição fundamentados no *civil law*, passaram a adotar um modelo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos denominado por alguns autores de *neoconstitucionalismo*. Enquanto teoria, o neoconstitucionalismo seria um “conjunto de proposições para qualificação do direito, sempre pautado na força normativa da Constituição e na adoção desta como marco referencial dos ordenamentos jurídicos”<sup>3</sup>. Mas o que significa, de fato, o neoconstitucionalismo teórico? Teria a racionalidade jusnaturalista algum influxo sobre ele? É possível afirmar a superação do positivismo jurídico enquanto sua base teórica? Estas perguntas serão enfrentadas na primeira parte deste artigo.

Já na segunda parte do estudo, serão abordados propriamente os desafios do Processo Civil no contexto do neoconstitucionalismo teórico, a saber: a legitimidade da decisão jurisdicional (o problema do ativismo judicial), o respeito dos precedentes, a Teoria Geral do Processo Civil, o equilíbrio entre os direitos e deveres fundamentais, a excessiva constitucionalização do ordenamento jurídico e a dignidade humana.

Em conclusão, o artigo, muito embora aponte os significativos avanços proporcionados pelo CPC, reconhece os complexos desafios da dogmática processual no cenário do neoconstitucionalismo teórico.

---

<sup>3</sup> MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 15



---

O método adotado será o dedutivo e de revisão de bibliografia. É preciso registrar que o resultado do artigo não pretende oferecer a melhor resposta – ou uma solução completa, mas auxiliar na reflexão dos debates aqui postos.

## **2. OS FUNDAMENTOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO: RACIONALIDADE JUSNATURALISTA E POSITIVISMO JURÍDICO BRANDO**

O neoconstitucionalismo teórico aqui proposto não significa uma concepção jurídica que visa acolher o jusnaturalismo como teoria do direito ou suceder o positivismo jurídico através de um “*pós-positivismo*” ou “*neopositivismo*”.

Sem embargo da profundidade que o tema exige, a ideia é apresentar sucintamente um neoconstitucionalismo capaz de extrair da racionalidade jusnaturalista a importância do dogma da supremacia do direito natural sobre o direito positivo e como esse pensamento influencia na relação entre os direitos fundamentais e o direito processual civil. Já em relação ao positivismo jurídico, o neoconstitucionalismo teórico não visa sucedê-lo através de um discurso pós-positivista, mas acolhê-lo em sua forma branda (*soft*).

Pois bem, os principais debates em torno da doutrina jusnaturalista giram em torno do direito natural, de um sistema de normas de conduta intersubjetivas diverso do direito positivado pelo Estado, da conexão entre o direito e a moral, das concepções concernentes às fontes do direito e da relação entre direito e política. O estudo desta corrente de pensamento jurídico ganha relevo não apenas para uma contraposição ao positivismo jurídico, mas também para que se possa elucidar o neoconstitucionalismo, cujo principal aspecto reside na relação entre “direito e conceitos materiais ligados a conceitos morais – previstos nas constituições na forma de direitos fundamentais”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51.



O jusnaturalismo significa uma corrente de pensamento que distingue o direito positivo do direito natural, sendo este superior àquele<sup>5</sup>. As principais características do jusnaturalismo que auxiliam na atual compreensão do neoconstitucionalismo teórico residem nos conceitos de inalienabilidade, de universalidade e de imutabilidade. A inalienabilidade dos direitos naturais residiria em dois aspectos principais: na impossibilidade de o Estado apropriar-se ou controlar o conteúdo dos direitos naturais e na sua superioridade formal sobre o sistema positivo. A universalidade seria a capacidade de aplicação dos direitos naturais a todos os seres humanos independentemente do contexto histórico, cultural ou político e, por fim, a imutabilidade estaria vinculada exatamente aos valores essenciais imutáveis da natureza humana<sup>6</sup>.

A formação dos Estados Modernos, em especial no final do século XVIII, contribuiu decisivamente para o declínio das teorias jusnaturalistas, especialmente em virtude da monopolização estatal da produção jurídica em contraposição ao ordenamento jurídico realizado pela sociedade<sup>7</sup>. As ideias iluministas, somadas à necessidade de segurança jurídica capaz de conferir estabilidade à industrialização do Estado Liberal, fortaleceram a valorização dos preceitos legais, isto é, a redução do jurídico ao legal, e impulsionaram o desenvolvimento da Escola da Exegese, na França, e da Escola Histórica do Direito, na Alemanha.

O sistema francês, profundamente influenciado pelo jusracionalismo manifestado na Escola de Exegese (acusada de fetichismo da lei), tinha forte influência dos direitos naturais inalienáveis, contudo não fugia do conceito do homem abstrato tratado a partir dos valores dominantes. Assim como o sistema alemão buscava a pureza do afastamento dos problemas reais, o Código Napoleônico (1804) também ignorou o homem concreto, dotando de relevância os valores da família burguesa e do seu patrimônio.

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

<sup>6</sup> MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64-67.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico, lições de filosofia do Direito*. Compilação de Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.



O esfriamento do direito natural decorreu do ataque profundo aos chamados mitos jusnaturalistas, tais como estado de natureza, a lei natural e o contrato social, cuja fundamentação se encontrava na filosofia racionalista iluminista calcada no pensamento cartesiano. Essa dessacralização foi conduzida no início do século XIX pelo historicismo, cuja origem se deu na escola histórica do direito surgida no final do século XVIII e cujo maior expoente foi Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) que construiu o seu sistema de direito privado, estabelecendo um conceito abstrato de relação jurídica como um “poder de vontade”, baseado no nexó lógico dos conceitos gerais abstratos. Para ele, não competia ao juiz aperfeiçoar a lei, de maneira criadora, mas apenas executá-la<sup>8</sup>.

Em decorrência da Pandectista alemã, sobreveio a ideia da relação jurídica com caráter geral e abstrato do direito material. Tal Escola tinha, como principal característica, a concepção do direito como um sistema de conceitos voltados a um caráter abstrato, isto é, absolutamente indiferente aos problemas reais. A contribuição desse pensamento deveu-se ao representante da Escola Histórica do Direito, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), através da jurisprudência dos conceitos (*Begriffsjurisprudenz*)<sup>9</sup> que entendia o Direito como um sistema hierarquizado piramidal, de modo que no topo se encontrava uma ideia central (conceito supremo) da qual deveriam irradiar por dedução lógica os demais conceitos.

Os Códigos de Processo Civil da época, a exemplo do francês e italiano, privilegiavam demasiadamente uma forma processual neutra. Sob o paradigma da razão e na tentativa de frear os absurdos cometidos pelo Estado Absolutista, a lei passou a um patamar ainda mais formal, estratificado, abstrato e coercitivo. A ordem jurídica, em vez de garantir a segurança apenas entre os cidadãos (Estado Absolutista), passou a assegurá-la contra o próprio Estado (Estado Liberal).

<sup>8</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 12.

<sup>9</sup> Dantas e Barreto apresentam que “[...] foi no âmbito da evolução das ciências naturais que a discussão a respeito da transposição do método científico para o Direito se organizou. Em verdade, o alvorecer do século XIX trouxe consigo a gradativa consolidação do método científico próprio das ciências naturais como forma idônea de descoberta da verdade. Independentemente do campo a ser investigado, era propriamente o método que garantia a correção dos resultados, e também o Direito pretendia ser fonte de um conhecimento exato. [...] É então justamente na linha da consolidação de um conhecimento jurídico sistemático que surge a Jurisprudência dos Conceitos.”. A esse respeito, conferir: DANTAS, Marcus; BARRETTO, Vicente de Paulo (Coords.). *Jurisprudência dos conceitos*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 482-483.



Nesse contexto, surge o positivismo jurídico considerado uma doutrina que inadmitte a existência de qualquer outro Direito senão aquele fixado pelo Estado e de origem humana. Tal doutrina apresentou-se condizente com o contexto histórico da época, notadamente porque proporcionou “maior fluidez nas relações comerciais e maior previsibilidade no sistema econômico em geral”<sup>10</sup>.

O austríaco Hans Kelsen<sup>11</sup> foi o seu maior representante. A epistemologia kelseniana possui a sua base em duas ideias centrais: (i) o positivismo jurídico como única postura filosófica e epistemologicamente adequada para se ter um conhecimento científico do direito considerado um fenômeno social; (ii) a ideia segunda a qual “os postulados epistemológicos tradicionalmente associados ao positivismo pertencem a um empirismo ingênuo não totalmente depurado de influências metafísicas e compromissos valorativos”<sup>12</sup>. Ademais, “*El esfuerzo purificador que domina la teoría kelseninana tiene como finalidad, precisamente, convertir la ciencia jurídica en una ciencia genuina*” e seus principais princípios são “*el principio de neutralidad y el principio de autonomía*”<sup>13</sup>.

Com o positivismo jurídico, a juridicidade da norma perdeu a correlação com a justiça, pois o interesse do Estado Legislativo passou a ser a existência ou não de autoridade daquele dotado de competência normativa. A problemática consolidou-se ainda mais com a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, segundo o qual todo julgamento deveria ser uma atividade intelectual meramente cognitiva e logicista incapaz de produzir novos direitos. As decisões judiciais deveriam refletir com exatidão o texto da lei, até porque antes da Revolução Francesa a investidura dos cargos de juízes ou ocorria mediante a aquisição hereditária ou através da compra e venda revelando, assim, uma profunda e inequívoca vinculação dos magistrados com os ideais absolutistas dominantes<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 238.

<sup>11</sup> Vale lembrar que é a partir de Hobbes (fundador da primeira teoria do Estado Moderno e defensor do *statute law*) que nasce uma das principais características do positivismo jurídico: a ideia do formalismo jurídico que não se preocupa nem com o conteúdo nem com a finalidade do Direito. No final das contas, a definição do direito dá-se apenas com base na autoridade que põe as normas e com base no imperativismo (o Direito torna-se um comando).

<sup>12</sup> CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Tradução Helene Taveira Torres; Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 419.

<sup>13</sup> ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009, p. 246.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.



No final do século XIX, a jurisdição estava totalmente alinhada aos valores do Estado Liberal e do positivismo jurídico. O individualismo e o formalismo constituíam as bases mestres capazes de conferir desprezo institucional aos direitos fundamentais, até porque fomentavam a ideia segundo a qual a essência da liberdade se esgotava nas liberdades negativas ante a correção estatal<sup>15</sup>.

Os valores da igualdade formal e da liberdade individual influenciavam os processualistas. Soma-se a esses valores o princípio da separação dos poderes, o qual negou à jurisdição o poder de conferir tutela preventiva aos direitos. Consoante esse princípio, competia à administração exercer, através do poder de polícia, a prevenção, e ao Judiciário, a repressão. A concepção de jurisdição era profundamente influenciada por uma ideia patrimonialista de reparação do dano pelo equivalente, pois, se todos os direitos podiam ser transformados em pecúnia, não havia necessidade para a jurisdição se preocupar com a tutela da integridade do direito material, visto que bastava manter a lógica do mercado.

Diante desse cenário, observa-se que o objetivo da jurisdição adquire uma conotação publicista, no sentido de afirmar o direito objetivo contido no ordenamento jurídico. Foi Lodovico Mortara (1855-1937) quem afirmou, pela primeira vez, a natureza pública do Processo Civil, contudo ele ainda se manteve preso aos valores do Estado liberal, no intuito de afirmar que a jurisdição tinha a finalidade de defender o direito objetivo.

Em 1903, através de uma conferência promovida por Giuseppe Chiovenda (1872-1937), houve a desvinculação da ação do direito material, ou seja, procedeu-se à autonomia da ação perante o direito subjetivo material, fazendo com que a função da jurisdição se voltasse exclusivamente para a atuação concreta da lei. É preciso destacar que Chiovenda, profundo adepto dos valores inspirados na Revolução Francesa, nunca desejou dizer que o juiz criava a norma individual, como fizeram Francesco Carnelutti (1879-1965) e os seguidores da Teoria Unitária do ordenamento jurídico. Para Chiovenda, o Legislativo criava as normas gerais – isto é, o Direito –, e o Judiciário as aplicava<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Conferir DIDIER JUNIOR, Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Porto Alegre, 2001.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.



Carnelutti<sup>17</sup>, por outro aspecto, compreendia o processo a partir do interesse privado, por meio da justa composição da lide. Só haveria jurisdição quando houvesse conflito de interesse a ser resolvido pelo juiz. Ele concebia que a sentença criava a norma individual no caso concreto integrando ordenamento jurídico (Teoria Unitária Constitutiva). Já Chiovenda<sup>18</sup> defendia que a sentença seria um fato exterior ao ordenamento jurídico (Teoria Declaratório Dualista).

A contribuição de Kelsen para a jurisdição foi a de que uma norma individual estabelecida em uma sentença deveria estar ligada necessariamente a uma norma superior. Na verdade, essa norma individual faria parte do ordenamento capaz, por sua vez, de individualizar a norma superior para as partes. Como a sentença estaria ligada a uma norma superior, aconteceria apenas uma individualização da norma superior para as partes. Este ato teria caráter declaratório em virtude da adequação da norma existente ao caso concreto.

É preciso registrar, entretanto, que existe uma margem de criatividade para o juiz na criação da norma individual, conforme ensina Kelsen<sup>19</sup>: “a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada” diante da necessidade de sempre se deixar “uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.”

Banda outra, a superação do Estado Liberal pelo *Welfare State*<sup>20</sup>, processo este que auxiliou no afastamento da ideia de o juiz ser apenas a boca da lei no contexto dos anseios sociais, não significou avanço significativo em relação à jurisdição; eis que a interpretação

<sup>17</sup> CARNELUTTI, FRANCESCO. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

<sup>18</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. 1.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 388.

<sup>20</sup> Isaia aponta para o fato de que as questões sociais e as pretensões coletivas de massa não afastaram o processo civil da concepção subjetivo individualista, de modo que o rito se mantinha preso à efetividade de direitos individuais através de um enrijecimento do procedimento ordinário-declaratório e na subjetividade do magistrado. Para o referido autor, causava espanto o fato de a processualista civil ter passado tanto tempo presa ao tecnicismo do século XIX, refém do procedimento e do solipsismo judicial, do “decido conforme minha consciência”. ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 158.



---

da norma jurídica pelos juízes foi permeada pela discricionariedade, por decisionismos e arbitrariedades sem qualquer padrão de legitimidade<sup>21</sup>.

A partir de Hebert Hart (1907-1992), o positivismo jurídico passou a ser visto sob uma nova perspectiva, uma vez que ele o aproximou da jurisprudência analítica anglo-saxônica. A teoria hartiana passa a ser denominada pela doutrina de positivismo brando (*soft positivism*) uma vez que a “norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores e substantivos”<sup>22</sup>.

As bases de fundamentação de Kelsen e Hart são totalmente opostas. Enquanto o primeiro se baseia em um argumento de cunho transcendental na norma fundamental, Hart fundamenta sua regra de reconhecimento a partir de fatos sociais, sustentando sua teoria na análise hermenêutica e na filosofia da linguagem. A importância da teoria hartiana para o positivismo jurídico como teoria é sem precedentes, pois ele despertou o interesse pelo positivismo jurídico nos sistemas anglo-saxônicos que sempre o viram como uma teoria associada ao formalismo legal ou como a teoria que se desinteressava por critérios de justiça<sup>23</sup>.

Hart insere no formalismo jurídico a ideia de jurisprudência como verdadeira fonte do direito, assim como entende fundamental para a ciência do direito a necessidade de considerações linguísticas. Sua teoria da linguagem teve profunda influência de Wittgenstein (1889-1951)<sup>24</sup>. Como árduo defensor do positivismo jurídico, reconhece que existem inúmeros pontos de contato entre o direito e a moral<sup>25</sup>. Entretanto, é preciso deixar muito claro que Hart não condiciona a validade do direito à moral, ou seja, a moral não é condição de juridicidade, mas ela pode ser.

Como se vê, o *soft positivism* passou a permitir a possibilidade de o sistema aceitar critérios morais e abertos, admitindo a prática judicial como fonte do direito, passando,

---

<sup>21</sup> Sobre uma visão crítica à expansão da jurisdição constitucional: CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 228/726.

<sup>22</sup> HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 323.

<sup>23</sup> MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>24</sup> Conferir BEZERRA NETO, Bianor Arruda. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz?* 1. ed. São Paulo: Noeses, 2017, p. 41.

<sup>25</sup> HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 239.



assim, a conferir grande importância à teoria da linguagem e à argumentação jurídica, cuja função seria a de evitar o condicionamento necessário do Direito pela moral. Na prática, a definição dos termos abertos e relacionados a valores morais passaria a ser um problema linguístico, de convergência e de autoridade não permitindo, portanto, a penetração direta da moral nos sistemas jurídicos.

A solução nos casos concretos a ser adotada não deve ser a melhor solução possível, mas a solução juridicamente construída pela autoridade através do debate. Hart cria um filtro capaz de produzir um corte *quantitativo* e *qualitativo* no ingresso da moral no mundo jurídico. Quantitativo, porque passa a interessar ao Direito apenas aqueles valores reconhecidos pelos sistemas jurídicos, e qualitativo, porque o sentido jurídico pode ser igual ou não ao sentido filosófico original. Nasce então a diferença entre uma concepção convencionalista (positiva) e uma essencialista (jusnaturalista). Esta última propõe uma relação necessária entre o conceito filosófico e jurídico, ao passo que a segunda não. Os convencionalistas elegem determinados símbolos capazes de expressar conceitos convencionais, que não correspondem necessariamente à sua essência.

O *soft positivism* não se confunde com o pós-positivismo. Esse termo é caracterizado pela força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma “nova dogmática da interpretação constitucional”<sup>26</sup>.

Barroso<sup>27</sup> aponta para três transformações que caracterizam o pós-positivismo: (i) superação do formalismo jurídico baseado na razão de uma justiça imanente e na interpretação silogística e mecânica do Direito; (ii) advento de uma cultura jurídica pós-positivista em que as soluções dos problemas jurídicos não se encontram mais integralmente na norma jurídica, mas também em outras ciências externas ao direito como filosofia moral, filosofia política, economia e psicologia; e (iii) ascensão do direito público e centralidade da Constituição em contraposição à teoria jurídica do século XIX construída sob a base do direito privado.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25-30.



Já para Dimoulis<sup>28</sup>, o termo pós-positivismo possui um significado moralista e idealista em que se mistura a descrição e a avaliação do sistema jurídico, o ser do direito com referências ao dever ser ideal. Na sua visão, autores pós-positivistas consideram a interpretação jurídica um exercício de retórica sem vínculos normativos claros em nome de uma abstrata razoabilidade, tomando equivocadamente como base a teoria moralista de Dworkin e Alexy. Considerá-los pós-positivistas seria tão inexpressivo como denominar o nosso tempo como pós-guerra.

Considerar também o pós-positivismo em virtude de sua contrariedade ao positivismo jurídico parece ser outro equívoco, porque críticas já lhes são realizadas desde o final do século XIX. Sob o ponto de vista cronológico, *idem*. A abordagem tópica de Viehweg, considerada pós-positivista, foi publicada quase uma década antes da obra *The Concept of Law* de Hart, de 1961, que trouxe renovação profunda aos fundamentos do positivismo jurídico.

### 3. O NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO

Não restam dúvidas de que o positivismo jurídico sofreu profundo abalo após o nazismo e o fascismo dentro de um suposto quadro da legalidade. A democracia passou não mais a significar a vontade da maioria. Isso ocasionou um elevado debate quanto à primazia jurídica da Constituição sobre as instituições e qual lugar ela deveria ocupar<sup>29</sup>. O pós-guerra suscitou um repensar sobre o papel das constituições enquanto instrumentos limitativos do poder<sup>30</sup>.

De acordo com Carbonell<sup>31</sup>, a partir dos textos fundamentais do pós-segunda guerra da Itália (1947), da Alemanha (Lei Fundamental de Bonn, 1949), de Portugal (1976) e da Espanha (1978), o constitucionalismo deixou de lado o modelo estático e partiu em direção

<sup>28</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 63.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Bol. Fac. Direito U. Coimbra*, v. 81, 2005.

<sup>30</sup> GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2007.

<sup>31</sup> CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.



a uma evolução de muitos sentidos fundamentados em um novo paradigma de Estado constitucional.

O constitucionalismo chegou vitorioso no início do milênio, trazendo ao imaginário das pessoas três ideias fundamentais: (i) legitimidade baseada na soberania popular como base da vontade popular devidamente expressada através do poder constituinte; (ii) limitação do poder mediante repartição de competências, decisões tomadas mediante procedimentos preestabelecidos, respeito aos direitos individuais e das minorias; (iii) valores devidamente incorporados à Constituição como fruto de lutas acumuladas historicamente<sup>32</sup>.

Eduardo Cambi<sup>33</sup> acolhe os termos “neoconstitucionalismo”, “neopositivismo” e “neoprocessualismo” entendendo que o moderno conceito de Constituição lhe atribui uma função transformadora que visa a efetividade de um constitucionalismo inclusivo capaz de construir uma sociedade livre, justa e solidária<sup>34</sup>. Além do mais defende a superação do formalismo jurídico (processual), acolhe a primazia dos princípios e rejeita o império do silogismo judicial.

Já Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>35</sup> não utilizam nenhum dos três termos em sua obra de teoria geral do processo civil. Ao invés disso, preferem utilizar termos como “constitucionalismo contemporâneo” em contraposição ao “constitucionalismo de matriz liberal-burguesa” ou “constitucionalismo moderno”; “positivismo jurídico oitocentista”, “positivismo jurídico kelseniano de Novecentos” ou “positivismo clássico” adotado pela escola chiovendiana e que tinha como base a ideia de um raciocínio jurídico vinculado a simples dedução (juízo lógico dedutivo).

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>33</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.

<sup>34</sup> “Entretanto, essas Constituições preveem valores e expectativas muito altas, podendo ser consideradas até utópicas. São utopias de Direito Positivo, por que jamais se realizam de forma plena. Malgrado não possam ser realizadas integralmente, trazem metas colocadas, pelo Direito, para transformação da sociedade. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 26.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.



De fato, não é tarefa fácil conceituar o neoconstitucionalismo<sup>36</sup> uma vez que o termo, além de se referir a diversos fenômenos distintos, engloba inúmeros assuntos complexos tais como o Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais, a teoria do direito, democracia constitucional, moral e política.

Na visão de Otávio Luiz Rodrigues Jr.<sup>37</sup>, não existe uma escola denominada de Neoconstitucionalismo, mas um grupo de escritores que, com fundamentos diversos, entendem que após a segunda guerra surgiu um ‘novo constitucionalismo’ marcado por uma plasticidade conceitual de difícil acordo semântico. A dificuldade conceitual faz com que alguns autores, a exemplo de Carbonell<sup>38</sup>, tratem de neoconstitucionalismo(s).

O termo neoconstitucionalismo se equipara, na verdade, ao constitucionalismo jurídico em contraposição ao constitucionalismo político (ou constitucionalismo do Estado Liberal). Após a segunda guerra mundial, inicia-se a fase do constitucionalismo jurídico ou processo de constitucionalização do ordenamento jurídico<sup>39</sup> cujas características são uma Constituição extremamente invasora capaz de condicionar tanto a produção legislativa quanto a jurisprudencial<sup>40</sup>.

Todo esse movimento jurídico decorrente da profunda mudança paradigmática passou a ser denominado nos países de sistema da *civil law* de *neoconstitucionalismo*, que no Brasil teve seu marco histórico apenas com a Carta de 1988.

---

<sup>36</sup> Sob um olhar mais crítico, Streck ensina que a bandeira neoconstitucionalista defende um direito constitucional da efetividade assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e “uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic)”. Tudo isso por causa da pretensa ideia de que a jurisdição seria “responsável pela incorporação dos verdadeiros valores que definem um direito justo”. A esse respeito, conferir: STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 62.

<sup>37</sup> RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 161.

<sup>38</sup> CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>39</sup> Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 81, p. 233-289, 2005. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>40</sup> GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009. p. 49.



Conclui-se até o presente momento que o *neoconstitucionalismo teórico*, enquanto proposta aqui apresentada pode ter as seguintes características: **(a)** marca a era do constitucionalismo jurídico em contraposição ao constitucionalismo político; **(b)** muito embora não acolha o jusnaturalismo como teoria do direito, sofre influxos profundos de sua racionalidade; **(c)** rechaça o pós-positivismo como teoria do direito; **(d)** acolhe, banda outra, o positivismo jurídico brando como teoria do direito nos termos propostos alhures.

#### **4. OS DESAFIOS DO PROCESSO CIVIL NO CONTEXTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO TEÓRICO**

Estabelecida a delimitação jurídica – sob o ponto de vista da Teoria do Direito – onde está inserido o Processo Civil, serão tratados a seguir os desafios desta disciplina no cenário do Neoconstitucionalismo teórico.

O primeiro desafio diz respeito à legitimidade da decisão jurisdicional que reclama prudência com o chamado ativismo judicial. Sob o influxo do positivismo jurídico oitocentista, a igualdade de tratamento formal perante a lei fazia com que a parte só existisse no Direito Processual Civil se estivesse contida expressamente em seu texto, ou seja, no Código cuja pretensão era o de generalização e uniformidade<sup>41</sup>. O Processo Civil, portanto, era compreendido como um fim em si mesmo, autônomo e abstrato. A aplicação das normas processuais e do procedimento deveria a todo custo ser concretizada de maneira inflexível e formalista. Nesse contexto, o processo civil foi moldado absolutamente alheio à realidade social para externar o desejo do legislador<sup>42</sup>.

Ovídio Baptista chama a atenção para o *mito da ordinaryness* em que independentemente do direito material discutido é preciso submeter o litígio por um idêntico procedimento de cognição exauriente. Neste ponto, o processo não passaria de um “processo formulário romano” ou “método, que, na melhor acepção cartesiana, acaba transformando o

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 117.

<sup>42</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Da função à estrutura. *Revista de Processo*. Vol. 158. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008, p. 14.



---

processo em um fenômeno incapaz de lidar com as peculiaridades do caso concreto”<sup>43</sup>.

O desprezo à realidade concreta dos sujeitos tornava o processo imune à legitimidade do exercício de poder especialmente em face das necessidades de tutela dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de se efetuar uma reaproximação entre o direito processual e o direito material com o objetivo de concretizar os objetivos constitucionais.

Uma questão relevante, portanto, refere-se à legitimidade da decisão jurisdicional, em que o juiz confronta a lei em face dos direitos fundamentais. O problema está em como harmonizar a legitimidade à afirmação jurisdicional dos direitos fundamentais diante da legitimidade da decisão judicial face a legitimidade da lei editada pela casa legislativa, evitando-se o ativismo judicial<sup>44</sup>, a discricionariedade judicial ou qualquer ideia de Direito livre da lei ou de Direito dos juízes<sup>45</sup>.

Parte da doutrina atual entende que o juiz carece de legitimidade de origem e que, portanto, a sua legitimidade para controlar a decisão do Parlamento adviria do procedimento, o qual confere autoridade para o juiz exercer o poder de decisão através dos parâmetros estabelecidos pelo próprio legislador.

Alguns doutrinadores apontam para o fato de que a doutrina processual moderna não demonstra preocupação com debate concernente à legitimidade da relação entre juiz e

---

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. O que o processo civil precisa aprender com a linguagem? / What does the civil process need to learn with the language?. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 317-335, ago. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1874>. Acesso em: 07 out. 2020. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p317-335>, p. 319.

<sup>44</sup> Sobre o tema do ativismo judicial: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord.). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado* Vol. 13, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 71/91. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*, Ano III, no 6, Lisboa: Almedina, julho/dezembro de 2011, pp. 241/268. \_\_\_\_\_. *Moreira Alves v. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. In: FELLETT, André Luiz Fernandes *et al* (Org.) *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 541-594. FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodium, 2011. LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

<sup>45</sup> Sobre o ativismo judicial, a judicialização da política, o Judiciário e as políticas públicas ver Tesheiner, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 451/465.



legislador<sup>46</sup>. Contudo, qualquer doutrina que trate desse assunto precisa se adequar à ideia de um Estado cujo objetivo principal é tutelar os direitos sob a ótica da Constituição Federal, mediante a adequação das necessidades do direito material ao procedimento a ser aplicado.

Esse debate enfrenta a sensível questão do *contramajoritarismo* diante da necessidade de saber como uma decisão judicial firmada na norma constitucional pode contrariar a lei editada pelo Parlamento. Se partirmos do pressuposto de que o fundamento da República Federativa do Brasil é a *dignidade humana* (art. 1º, III), e isso significa na prática o irrestrito respeito à vida, seja ela intrauterina ou extrauterina, qualquer lei ou ato jurídico/político/administrativo que a viole é inconstitucional.

Deste modo, é prudente que a magistratura se afaste ao máximo da ideia de contrariar a lei sem passar pelo devido procedimento do controle de constitucionalidade<sup>47</sup> e/ou da interpretação conforme a Constituição<sup>48</sup>. É preciso esforço mútuo e diligente dos Poderes constituídos e da sociedade para a construção pacífica de soluções constitucionais através do amplo debate entre a “minoría” e a “maioría”.

Muito embora não seja o objetivo do presente trabalho, registre-se que, acerca da legitimidade da decisão jurisdicional, ou da extensão da jurisdição constitucional, existem as teorias textualistas, procedimentalistas e substancialistas. As primeiras defendem a interpretação literal das normas constitucionais. Essa teoria enfrenta sérios problemas em razão da natureza aberta e indeterminada dos direitos fundamentais, tendo que buscar soluções para as dúvidas interpretativas fora do texto constitucional. Para se alcançar o sentido literal do texto constitucional, o intérprete, de acordo com essa teoria, procura saber qual o sentido da norma: o instituído pela geração constituinte ou pela geração atual.

Já os procedimentalistas, fundamentados em Günther e Habermas<sup>49</sup>, compreendem

---

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 437-488.

<sup>47</sup> Controle repressivo em relação ao órgão controlador (político, jurídico, misto); controle preventivo (comissões de constituição e justiça e veto jurídico); controle repressivo de constitucionalidade; controle repressivo realizado pelo poder judiciário (difuso ou aberto, concentrado ou via de ação direta); ação direta de inconstitucionalidade genérica; ação direta de inconstitucionalidade interventiva; ação de inconstitucionalidade por omissão; ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

<sup>48</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

<sup>49</sup> A preocupação de ambos estaria na busca de soluções imparciais não pretendendo, portanto, “oferecer critérios conteudísticos objetivos, mas apenas procedimentos para a resolução de conflitos morais”. CAMBI,



que não é possível a sociedade acolher valores fundamentais pacificamente, por isso deixar essa atribuição aos juízes importaria em uma tirania dos tribunais. Ainda, para essa corrente, a legitimidade da jurisdição não está presente no conteúdo material dos direitos fundamentais, mas nos procedimentos que dão suporte ao regime democrático. Habermas, nesse ponto, defende a ideia segundo a qual os juízes constitucionais precisam garantir as condições decorrentes do processo democrático de legislação<sup>50</sup>.

Por fim, a teoria substancialista compreende que a legitimidade da jurisdição reside no conteúdo substancial dos direitos fundamentais. Ou seja, o Poder Judiciário possui a função de interpretar a vontade geral ou os valores substanciais implícitos no Direito Positivo<sup>51</sup>. Esta última teoria é abraçada pela esmagadora maioria brasileira.

O neoconstitucionalismo teórico processual, portanto, exige do magistrado uma postura jurídica e eticamente responsável, a fim de evitar excessos e subjetivismos, através da realização de uma prestação jurisdicional confiável, coerente, ponderada, equitativa, racional, alinhada com a realidade social, cultural política e econômica, visando à concretização da finalidade e do desejo instituído no princípio da dignidade da pessoa.

É preciso uma atitude cautelosa e prudente perante o chamado ativismo judicial. Sua negação não pode significar o enfraquecimento à tutela dos direitos fundamentais, pois aquele não exprime necessariamente a proteção destes. Sem embargo da profundidade que o tema reclama, uma posição ativista por parte do Poder Judiciário pode em certa medida enfraquecer o Estado Democrático na medida em que gera com o tempo uma inércia patológica do Poder Legislativo, local adequado para o maduro e democrático debate de questões controvertidas.

Lenio Streck em *Hermenêutica e Jurisdição* diz que “há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista ou não: a decisão, nos moldes em que foi/será proferida, pode ser repetida em situações similares?”<sup>52</sup>.

---

Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 373

<sup>50</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., 2017. v. 1., p. 440.

<sup>51</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 380.

<sup>52</sup> STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: livraria do advogado 2017, p. 157.



Outro ponto que merece destaque neste quadro de ideias é o limite à observância aos precedentes<sup>53</sup>. O precedente é um “dado autônomo, independente da experiência do raciocínio que o fez surgir” e “possui valor ainda que, em torno dele, não exista qualquer experiência ou raciocínio aproveitável”<sup>54</sup>. O seu benefício estaria em: (a) tutelar a segurança jurídica e a confiança mediante critérios de previsibilidade e estabilidade capaz de conferir igualdade não perante a lei, mas diante da decisão judicial; (b) conferir coerência à ordem jurídica mediante observância da lógica do sistema; (c) desestimular a litigância; (d) favorecer acordos; (e) despersonalizar demandas; (f) contribuir para a razoável duração do processo.

Na era do neoconstitucionalismo teórico, mais que um mero aplicador da lei, deve o juiz compreender sistematicamente todo ordenamento jurídico a partir da irradiação dos direitos fundamentais, atribuindo sentido, unidade<sup>55</sup>, coerência e finalidade ao texto processual, sem prejuízo da sensibilidade sobre os detalhes fáticos que envolvem a demanda.

Neste ponto, o CPC inovou ao disciplinar no artigo 489 que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial que: (i) “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e/ou (ii) “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Como se vê, a liberdade do julgador diante dos precedentes restou assegurada pelo diploma processual, contudo o seu pleno exercício necessita ser acompanhado de uma cadeia minimamente lógica de raciocínio discursivo lastreado sempre na singularidade dos fatos e no ordenamento jurídico nacional.

Não menos importantes são os desafios com a Teoria Geral do Processo Civil. Entender os conceitos de processo, de jurisdição, de ação e de defesa na atualidade envolve

<sup>53</sup> ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>54</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 85.

<sup>55</sup> Esse limite entre normas ordinárias e constitucionais transmite uma ideia de sistema separado, quando, na verdade, é preciso se ter uma unidade do ordenamento, em que se possa identificar e individuar os princípios fundamentais e gerais pertencentes a cada “setor normativamente relevante nas normas constitucionais e nos valores que elas exprimem”, conforme esclarece Perlingiere em: PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 571.



um permanente diálogo com a sociedade globalizada, plural, multicultural e em constante transformação, daí a necessidade de uma compreensão do caso concreto anterior à aplicação legal. As hipóteses discutidas e levadas ao Judiciário requerem sentido e valor, para, a partir de então, serem interpretadas à luz da legislação legitimada pela tutela adequada dos direitos humanos.

Não restam dúvidas de que a subordinação da legislação ordinária à Constituição Federal e aos valores nela contidos gerou profunda alteração na concepção de direito material e de conceitos básicos pertencentes à teoria geral do processo – jurisdição, processo, ação, defesa. O direito de ação, por exemplo, no Estado neoconstitucional, recebe uma nova roupagem, na medida em que é compreendido como um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O magistrado deve viabilizar a realização da tutela do direito em uma dupla dimensão: através da estruturação do procedimento, capaz de conferir a tutela do direito material no caso concreto, e da promoção da segurança jurídica por intermédio da solidificação dos precedentes.

Resta clarividente que o Processo Civil não pode mais ser visto *apenas* a partir de seu aspecto interno e estático, mas através de uma visão mais ampla, que tenha, como foco, a tutela aos direitos e aos deveres. O processo não se resume mais a uma relação jurídica processual construída no final do século XIX em que a doutrina se empenhava em exaltar a autonomia do direito processual como um fim em si mesmo<sup>56</sup>. Inexiste qualquer lógica na manutenção da separação dos conceitos de procedimento e de processo, uma vez que o procedimento que revela os propósitos do Estado Constitucional nada mais é do que o processo jurisdicional do Estado contemporâneo<sup>57</sup>.

E o que dizer da questão concernente ao equilíbrio entre os direitos e deveres fundamentais? O juiz necessita de uma aguçada percepção constitucional e humanista ao verificar quando a técnica processual é incapaz de conferir a tutela adequada e efetiva ao direito, para realizar, quando necessário, o controle da inconstitucionalidade da regra

<sup>56</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, v. 1, n. 6, p. 265-306, 2015. p. 265; 305.

<sup>57</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, op. cit., 2017.



positiva. Nesse contexto reside o equilíbrio entre os *direitos* e os *deveres* das partes<sup>58</sup>. Inconcebível a manutenção da ideia hobbesiana de supremacia dos direitos sobre os deveres<sup>59</sup>, eis que o neoconstitucionalismo teórico reclama a garantia não apenas dos direitos, mas, também, dos deveres constitucionais.

Outro ponto que merece destaque no contexto neoconstitucional é a ‘panconstitucionalização’. Superada está a ideia “paleopositivista” (termo utilizado por Ferrajoli<sup>60</sup>) segundo a qual a validade da lei decorre da autoridade de quem a edita, distanciando-se totalmente dos valores da sociedade e dos princípios de justiça devidamente elaborados por um procedimento racional e democrático.

No final das contas, o neoconstitucionalismo teórico retira da lei a sua posição de supremacia, subordinando-a aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, bem como equilibrando-a com a tutela da segurança jurídica e da confiança. Daí a doutrina<sup>61</sup> se debruçar sobre temas controversos como: (a) revisão do princípio da separação dos poderes; (b) crise da democracia representativa; (c) democracia e direitos fundamentais; (d) desneutralização política do Judiciário; (e) judiciário e democracia; (f) judicialização da política; (g) devido processo legal substancial; (h) protagonismo judiciário.

Contudo, é preciso ter em vista o fato de que a constitucionalização do ordenamento não pode implicar na “hiperinterpretação” do documento constitucional capaz de afastar regras de interpretação culturalmente aceitas, frutos de um controle cultural social sobre a

---

<sup>58</sup> Quem comparar a bibliografia sobre direitos fundamentais com aquela dedicada aos deveres fundamentais percebe o fortíssimo desequilíbrio. Por que a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais? O desinteresse é devido, por um lado, à hostilidade de muitos autores ao caráter, pelo menos aparentemente, antiliberal dos deveres fundamentais e, por outro lado, à sua limitada relevância nas Constituições de inspiração liberal. [...] A postura da inércia da doutrina em relação aos deveres fundamentais parece se confirmar no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 não se refere a “deveres fundamentais”, apesar de usar repetidamente expressão “direitos fundamentais”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 72-73.

<sup>59</sup> Hobbes tira a ideia de “dever” do direito e a deixa na concepção de lei. Enquanto o direito confere poderes, a lei impõe deveres. “O reconhecimento político do desejo conduz à primazia do direito sobre o dever”. DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p. 86-88.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa ... [et al]; organizadores: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

<sup>61</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.



atribuição de significados dos enunciados, sob pena de se produzir instabilidade e incerteza jurídica<sup>62</sup>.

A ‘panconstitucionalização’ do ordenamento jurídico produz a banalização dos direitos fundamentais, a constitucionalização exacerbada e, por fim, a sobrecarga da jurisdição constitucional<sup>63</sup>. Corre-se o risco de se decidir com base na moral deste ou daquele juiz tornando, desse modo, o Judiciário incontrolado, sobretudo diante “de um legislativo inoperante e de uma legislação inadequada sobre os processos de escolha política”<sup>64</sup>.

Por fim, não se pode deixar de enfrentar o maior dos desafios: a aplicação da dignidade humana pelo Direito Processual Civil. Mesmo diante da dificuldade de se encontrar uma definição consensual, clara, precisa e universalmente válida, a dignidade, enquanto própria condição humana e valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito de suas relações intersubjetivas, possui o reconhecimento e a mais ampla e irrestrita proteção por parte da ordem jurídica constitucional brasileira.

A noção jurídica de dignidade, em específico, significa demonstrar como a doutrina e a jurisprudência constitucional estão “compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando o desenvolvimento de uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa”<sup>65</sup>. A noção jurídica de dignidade não significa compreendê-la de maneira fixa e estanque, até porque a sua natureza harmoniza uma pluralidade de valores existentes em uma sociedade democrática. A sua compreensão também permite entender a própria noção de direitos humanos fundamentais.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos

<sup>62</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>63</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 139-140.

<sup>64</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 259/260.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017. p. 22.



demais”<sup>66</sup>.

O Tribunal Constitucional de Portugal revela uma dimensão histórico-cultural da dignidade da pessoa humana em detrimento de uma visão puramente apriorística<sup>67</sup>. Trata-se de uma visível refutação à influência do direito natural que considerava dignidade como uma categoria *a priori*.

O status jurídico normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito do ordenamento constitucional não está no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II da CRFB), pois, na qualidade de princípio constitucional, a dignidade foi elevada à condição de valor fundamental (art. 1º, III da CRFB), atuando como: (i) base elementar das regras jurídicas; (ii) valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem jurídica; (iii) princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa; (iv) limite transcendente do Poder Constituinte; (v) valor fonte da ordem jurídica; (vi) valor jurídico fundamental da comunidade; e (vii) “valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática”<sup>68</sup>.

A dignidade humana é um princípio constitucional fundamental autônomo, primeiro, porque está expressamente formulado na Carta Magna. Ela também é um princípio fundamental, “porque juridiciza um valor ético que, de um lado, projeta-se sobre todo ordenamento jurídico, e, do outro, dá ao ordenamento jurídico fundamento ou justificação”, e, por fim, é princípio autônomo, pois seu conteúdo não é deduzido ou induzido a partir de outros princípios, “eis que tem formulação expressa em enunciado linguístico específico”<sup>69</sup>.

Mas será que é possível verificar a realização da dignidade humana em específico no novo código de Processo Civil? Conforme visto, o neoconstitucionalismo teórico,

---

<sup>66</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição*. São Paulo: Malleiros, 2003. p. 204.

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição*. São Paulo: Malleiros, 2003. p. 206.

<sup>68</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016. p. 82.

<sup>69</sup> STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 92. p. 112.



principalmente através do princípio da dignidade da pessoa humana alçada a fundamento da República, tem trazido profundas modificações para o Processo Civil. Mudanças paradigmáticas que visam à realização de uma dogmática a partir da dimensão da pessoa, ou seja, direcionado ao direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

O modelo neoconstitucional teórico de processo resta devidamente materializado não apenas na doutrina, mas também na legislação, especialmente no primeiro código de processo civil concebido após a Constituição Federal de 1988<sup>70</sup>. Conquanto se leve em consideração as já existentes previsões singulares expressas na Carta Magna, como visto acima, o novo ordenamento jurídico processual deverá ser interpretado conforme a CRFB integralmente, sobretudo no tocante aos seus princípios que visam as garantias fundamentais, consoante seu art. 8º.

Ou seja, o vetor-diretor hermenêutico de toda operação processual do direito brasileiro dar-se-á mediante a observância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB). Entretanto, inobstante sua intenção e essência positiva, é necessário indagar se a atividade jurisdicional norteadas pela dignidade da pessoa humana, diante da formalidade e instrumentalidade do processo, não se tornaria mera cláusula geral sem eficácia.

Visando resolver esta e outras problemáticas com o objetivo de alcançar o intento constitucional, um mandamento legal também foi direcionado ao juiz, exigindo dele um comportamento de proatividade, desvinculando-o do pacto de mediocridade tácito que assombra o judiciário brasileiro, para que, de ofício, concretize a dignidade das partes do litígio, inclusive, através da “cláusula geral de atipicidade” – art. 536, § 1º - para as situações específicas não previstas na ordem jurídica, como por exemplo, a prioridade na tramitação

---

<sup>70</sup> Nesse norte, pode-se afirmar que o modelo constitucional do processo, a que o CPC se afeiçoa, é o que parte da garantia máxima de acesso à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV) e se completa com as garantias, também fundamentais, do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), da vedação das provas ilícitas (art. 5º, LVI), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), da publicidade dos atos processuais (arts. 5º, LV, e 93, IX), da fundamentação obrigatória das decisões judiciais (CRFB, art. 93, IX), da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV), da duração razoável do processo e do emprego dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CRFB, art. 5º, LXXVIII). A esse respeito, conferir: MEDEIROS NETO, Elias Marques; TOLEDO, André Medeiros. A dignidade da pessoa humana e o novo Código de Processo Civil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17, n. 32, 357-407, jan./jun. 2017. p. 361-362.



processual de um indivíduo acometido de doença grave não descrita no rol do art. 1.048, inciso I, do CPC.

Ora, o contexto do CPC configura a eficácia positiva do princípio, face em que obriga o Estado a promovê-lo ativamente. No mais, existe a eficácia negativa da dignidade humana, a qual garante que qualquer um não decaia de seu *status* de pessoa, seja por culpa do próprio Estado ou de outrem que atua na tentativa de tolher os direitos fundamentais do indivíduo. O que, em sede de processo, configura o devido processo legal.

*Verbi gratia*, um dos exemplos paradigmáticos do novo diploma processual é o seu art. 3º que aduz o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, relacionando-se com as duas faces da eficácia da dignidade. Inclusive, no § 2º do supracitado artigo, há o princípio da solução consensual dos conflitos, visando o estímulo da autocomposição como o ideal, espraiando-se por todo o ordenamento, nos arts. 165, 166, 319, inciso VII e 694 do CPC.

Diante do fragmento do art. 4º em que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, observa-se dois corolários da dignidade humana, isto é, a duração razoável do processo, para evitar que o litígio se perca no tempo, dificultando sua solução, e o da primazia do julgamento do mérito, pois, conforme posto por Câmara, “o processo é um método de resolução do caso concreto, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado”<sup>71</sup>.

Ademais, em seu art. 5º, o CPC consagra, agora, expressamente a boa-fé<sup>72</sup>, erguendo-a à categoria de norma fundamental do processo, a qual é espelhada tanto nos pedidos das partes – vide seu art. 322, § 2º: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé” – quanto nas decisões judiciais, por força do art. 489, § 3º: “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

<sup>71</sup> MEDEIROS NETO, Elias Marques; TOLEDO, André Medeiros. A dignidade da pessoa humana e o novo Código de Processo Civil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17, n. 32, 357-407, jan./jun. 2017. p. 376.

<sup>72</sup> “O sintagma “boa-fé” é utilizado na linguagem dos juristas e modo multifacetado, nem sempre designando o mesmo fenômeno jurídico. A própria legislação registra a locução em diversas situações e significados, ora com o conceito indeterminado integrante de regra jurídica, ora como princípio, ora plasmando uma acepção objetiva, como *standard* jurídico (boa-fé como pauta da conduta de vida) e como regra de comportamento, ora acepção subjetiva (boa-fé como crença e/ou estado de ignorância), muito embora melhor se deva qualificar a boa-fé como instituto ou modelo jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018, p. 41/42).



---

Além do dever de agir com boa-fé, na verdade, as partes do processo devem ir além, porquanto “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6º do CPC), ou seja, deve existir um verdadeiro cooperativismo processual.

Nesta senda, apontando o juiz como um agente colaborativo juntamente às partes, reforça-se a ideia do diálogo, caracterizando os deveres: a) de esclarecimento, porque o juiz deve clarificar as dúvidas quanto às alegações e pedidos; b) de consulta, uma vez que o magistrado deve garantir o contraditório das partes, oportunizando suas manifestações sobre as questões fáticas e jurídicas; c) de prevenção, para que não haja a deturpação teleológica do processo; e d) de auxílio, para que haja a assistência e real resolução do mérito, evitando-se nulidades e extinções antecipadas.

Agora acerca do art. 7º do CPC, este assegura às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Então, primeiramente, exige-se o debate e a participação acerca do problema por quem o interessa, não restando encargo solitário ao juiz. Não é à toa a disposição do art. 10 segundo o qual o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Secundariamente, optou-se pela regra de que as partes devem abordar os pontos de uma possível decisão que vá afetar-lhes; em consonância a isto está o art. 9º, sendo exceções as medidas *inaudita altera parte*, haja vista que a surpresa não compactua com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No mais, ao longo do código, percebem-se outros dispositivos que visam à concretização da vida digna, como o art. 199, o qual assegura a acessibilidade aos meios eletrônicos de comunicação processual às pessoas com deficiência, a proibição de perguntas vexatórias à testemunha (art. 459, § 2º), a tramitação prioritária dos processos que envolvam idosos ou portadores de doença grave (art. 1.048, inciso I), a proibição de certos tipos de citação inadequadas (art. 244) e, entre outras, a impenhorabilidade de alguns bens, a qual possui inúmeras hipóteses, elencadas no rol do art. 833.



---

Ademais, existem outros tópicos do CPC que objetivam a garantia da dignidade da pessoa humana, como as vedações à exibição de documentos do art. 404. Este dispositivo almeja a proteção do direito fundamental da intimidade, impreterível para que o indivíduo possua vida digna, conforme os termos do art. 5º, inciso X, da CRFB.

Noutra orientação, o parágrafo único do art. 404, permitida a analogia, possui o mesmo raciocínio da impenhorabilidade, pois não obstante haja o direito do réu, a garantia do autor também deve ser observada. Portanto, assim como a penhora poderá recair parcialmente sobre bem tido como impenhorável, por este exceder valor comum no cotidiano, se o documento for, apenas em parte, não exibível, o restante deverá ser mostrado.

Sobretudo, para garantir a dignidade da pessoa humana dos credores exequentes, por exemplo, existe a cláusula de atipicidade das medidas que o magistrado poderá adotar para efetivar a satisfação e consequente solução da lide, baseada no art. 139, inciso IV. Ou seja, também não pode o juiz, a seu bel-prazer, determinar quaisquer medidas, uma vez que violaria inúmeros consectários da dignidade da pessoa humana, sendo completamente desproporcional e irrazoável para com a parte objeto da determinação judicial.

Além de tudo, ainda optou-se pela autonomia da vontade das partes, antes normalmente destacadas nos negócios jurídicos materiais, no processo, com o art. 190 do Código de Processo Civil, com a atipicidade da negociação processual. Isto é, consagrou-se o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, facultando às partes a possibilidade de recriarem as normas que ditam os trâmites processuais, a partir do chamado negócio jurídico processual.

Nesse contexto, verifica-se a realização da dignidade humana no CPC com a ampliação e o fortalecimento da autonomia privada com a respectiva delimitação do seu espaço, imune, em regra, à intromissão da ação estatal. A evidência está nos “meios alternativos de resolução de conflitos”, a saber, a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*). Outrossim, são denominadas de “meios alternativos de resolução de controvérsias” – MASCs ou “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias” – MESCs. Para Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, “estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam ‘alternativos’, mas sim



adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas”<sup>73</sup>. Através deste mecanismo, dizem os referidos autores, contribui-se para a configuração de um espaço reservado para a construção conjunta da solução do conflito, resguardando-se em qualquer hipótese a autonomia da vontade.

Por fim, mas de relevante importância, mister se faz abordar o novo processo de interdição, o qual, valendo-se das novas tecnologias presentes no mundo hodierno, com fulcro no art. 751, § 3º do CPC, assevera que poderão ser aplicados recursos tecnológicos que ajudem o interditando a expressar seus fenômenos volitivos e responder aos questionamentos.

E, além disso, todas as características subjetivas da pessoa a ser interditada deverão ser consideradas pelo magistrado ao prolatar sua sentença, uma vez que esta considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, ou seja, até mesmo no processo específico que primordialmente visa à suspensão do exercício de alguns dos direitos pela própria pessoa, suas qualidades não lhe serão retiradas, reconhecendo-o como é, preservando sua dignidade humana.

Logo, é possível concluir que o art. 8º do CPC não é mera cláusula geral ineficaz, muito embora o tema em debate seja passível de constante e permanente amadurecimento e reflexão, é o norte da bússola hermenêutica de qualquer intérprete do direito processual brasileiro.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo teórico extrai da racionalidade jusnatural e do positivismo jurídico brando, enquanto teoria do direito, elementos importantes capazes de auxiliar na construção de um espaço constitucional onde o juiz compreende sistematicamente todo ordenamento jurídico a partir da irradiação dos direitos e deveres fundamentais, atribuindo

---

<sup>73</sup> CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “Mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, v. 259, n. 2016, p. 471-489, 2016. p. 471.



---

sentido, unidade, coerência e finalidade ao texto processual, sem prejuízo da sensibilidade sobre os detalhes fáticos que envolvem a demanda.

A visão meramente formal, abstrata e neutra do processo civil cedeu espaço para um amadurecido dogmatismo cuja teoria geral abraçou definitivamente o desejo de efetivar a realização da dignidade humana através de mudanças substanciais em conceitos como os de jurisdição, de processo, de ação e de defesa que passam a ser vistos não como um fim em si mesmos, mas como instrumentos de efetiva tutela do direito material.

O Processo Civil precisa constantemente estar atento às necessidades do direito material em consonância com a realidade da vida e isso restou configurado nos relevantes temas enfrentados pelo recente CPC pós-Constituição de 1988. Não é demais dizer que tais mudanças, inclusive à nível de teoria geral do processo civil, não foram perfeitas tampouco completas – aliás, nunca será. Contudo, no geral, o novel CPC expressou uma sensibilidade à necessidade da realização da dignidade humana através um direito processual civil atento aos direitos e deveres fundamentais à tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva.

Conclui-se, portanto, que muitos são os desafios para a interpretação e aplicação do atual Processo Civil visto sob a ótica do neoconstitucionalismo teórico. E isso reclama que os participantes da relação processual tirem suas máscaras e confirmem legitimidade através de uma efetiva e democrática participação na tarefa jurisdicional. E não só isso. Além da participação das partes, é de suma importância que o Estado propicie uma adequada atenção aos precedentes e proporcione procedimentos adequados e aptos à tutela do direito material, especialmente, a tutela dos direitos, deveres e garantias fundamentais lastreados na dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.
- ARIZA, Santiago Sastre. La ciência jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.



- 
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo jurídico*. Tradução de Jaime A. Clasen. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “Mediação sem mediador”. *Revista de Processo*, v. 259, n. 2016, p. 471-489, 2016
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2018.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2009.
- CARNELUTTI, FRANCESCO. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958
- CHIASSONI, Pierluigi. *O enfoque analítico na filosofia do direito: de Bentham a Kelsen*. Tradução Heleno Taveira Torres; Henrique Mello. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. 1.
- DA SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*. 2. ed. Revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 63.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli/Alexandre Morais da Rosa ... [et al]; organizadores: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoria constitucional*. Trad. Miguel Carbonell. Cidade do México: Fontamara, 2007.
- HART, Hebert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.



- ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade*. Curitiba: Juruá, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2018
- MEDEIROS NETO, Elias Marques; TOLEDO, André Medeiros. A dignidade da pessoa humana e o novo Código de Processo Civil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17, n. 32, 357-407, jan./jun. 2017.
- MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas e princípios lógicos da Constituição*. São Paulo: Malleiros, 2003
- \_\_\_\_\_. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Palhoça, Ano VIII, n. 14., p.19-51, jan./jul. 2017.



- 
- SILVA, Ovídio A. Baptista. Da função à estrutura. *Revista de Processo*. Vol. 158. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica e jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: livraria do advogado 2017.