A APLICAÇÃO DO DIREITO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE APPLICATION OF LAW IN THE CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015

Nagib Slaibi Filho[30]

RESUMO: O presente trabalho visa abordar a aplicação do Direito no novo Código de Processo Civil, tendo como base a análise comparativa entre o Código de Processo Civil de 1973 e o atual.

Para tanto, será abordado o Direito Romano, que nos legou o sistema jurídico conhecido como *Civil Law*, que tem o texto escrito como grande fonte do Direito, e o C*ommon Law*, no qual o costume é a fonte do Direito.

Note-se que a aplicação do Direito está muito além da interpretação literal da norma legal. No plano da hermenêutica jurídica, há várias formas diferentes de interpretação, quais sejam: literal, sistemática, histórica e axiológica.

Entre outros temas abordados no artigo, citam-se a questão da dignidade da pessoa humana, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e da publicidade.

PALAVRA-CHAVE: Aplicação do Direito; *Common Law* e *Civil Law*; Dignidade da pessoa humana; Ética; Interpretação; Legalidade e Equidade; Novo Código de Processo Civil; Proporcionalidade e razoabilidade; Publicidade.

ABSTRACT: This paper aims to address the issue of the application of Law in the new Code of Civil Procedure, having as background the comparative analysis of the Code of 73 and the current one.

[30] Magistrado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor da EMERJ e da UNIVERSO.

In order to do so, it will be approached the Roman law that bequeathed us the legal system known as Civil Law, which has the written text as a great source of Law and Common Law, in which custom exsurges the Law.

It should be noted that law enforcement is far beyond literal interpretation from the cold rule of law. From the hermeneutics of the Law arise different forms of interpretation, which are: literal, systematic, historical and axiological.

Finally, the question of the dignity of the human being, as well as the principles of reasonableness and proportionality, and publicity, will be addressed.

KEYWORDS: Application of Law; Common Law and Civil Law; Dignity of human person; Ethic; Interpretation; Legality and Equity; New Code of Civil Procedure; Proportionality and reasonableness; Publicity.

1. Ética, Direito e aplicação do Direito

O tema da aplicação do Direito diz respeito não só aos magistrados, que são os aparentes destinatários dos comandos do art. 8º, mas também aos advogados e aos demais integrantes das instituições essenciais à função jurisdicional, pois o juiz não é o único realizador do Direito.

Interessa também a toda a sociedade, nestes primeiros anos do século XXI, pois todos estão em busca dos bens e serviços que devem ser acessíveis a todos os cidadãos e da segurança que se mostra essencial para a existência individual e coletiva.

A Ética é a parte da Filosofia que trata da conduta. O Direito é a ciência, a arte, a técnica, que trata da norma de conduta.

O Direito tem, assim, fundamento na Ética, palavra do grego *ethos*, que quer dizer o modo de ser, o caráter coletivo e individual. Os romanos traduziram o e*thos* grego para o latim *mos* (ou no plural *more*s), que quer dizer costume, de onde vem a palavra moral.

O *ethos* (caráter) e o *mos* (costume) indicam um tipo de comportamento propriamente humano que não é nato ou intrínseco como o instinto, mas é adquirido pelo hábito, pelo viver na vida social.

Norma é a regra de conduta, o termo vem do latim *norma* que significa régua ou esquadro.

A norma decorre do dispositivo ou artigo ou o símbolo gráfico da Lei, que é o seu ponto de partida objetivo, enquanto a norma decorre da apreensão do significado do dispositivo.

A aplicação do Direito consiste em fazer valer no caso concreto a hipótese prevista na norma jurídica; é cumprir a tutela jurídica ao interesse individual ou coletivo que deve se efetivar em cada caso.

É muito mais que simplesmente aplicar a letra do texto da Constituição ou da lei.

Não se aplica simplesmente a lei, mas o Direito da qual a lei é um segmento, mas não o todo.

O legislador é também criatura humana, não consegue prever todas as condutas futuras para regulá-las desde já no texto da lei. E confessa a sua incapacidade, com comovente humildade, ao dispor na parte inicial do art. 126 do CPC/73 e no art. 140 do CPC/2015: *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.*

Ao se referir à aplicação do ordenamento jurídico, o que o art. 8º do CPC/2015 exige está muito além da fria e simples aplicação no caso concreto do comando contido no dispositivo legal ou constitucional que se poderia extrair tão somente em simples interpretação literal ou gramatical.

Aplicar o Direito abrange muito mais, como, aliás, já estava no disposto na segunda parte do art. 126 do CPC/1973, dispositivo atualizado no CPC/2015 pelo referido art. 8º, este agora mais condizente com a realidade: *No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.*

Note-se: o art. 8º está se referindo à aplicação do Direito, a arte, a técnica, a ciência da norma de conduta.

Não está se referindo ao direito objetivo, a previsão jurídica do interesse, nem ao direito subjetivo, que é a titularização por alguém da situação concreta que se extrai da norma que prevê o interesse ou bem jurídico tutelado.

Dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Tais disposições, da velha Lei de Introdução ao Código Civil, se mostram hoje ultrapassadas pelo disposto nos arts. 8º e 140 do CPC/2015, embora este pareça, repita-se: pareça somente incidir sobre a atuação do juiz no processo civil.

O disposto no art. 8º do CPC/2015 institui normas que se estendem a todo o Direito pátrio, ao substituir o disposto no art. 126 do CPC/73, que tem redação similar ao disposto no art. 4º da Lei Geral de Normas do Direito Brasileiro. Na mesma linha de orientação, embora com redação um pouco diferente, o CPC/73 dispõe:

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Ao dizer que não pode o juiz deixar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei, a legislação é muito mais respeitosa e muito menos truculenta que o bicentenário Código Civil francês de 1804, ao dispor cruamente no seu art. 4º que *o juiz que se recusar a decidir, sob o pretexto do silencio ou da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado do delito de denegação de Justiça!*

Já o CPC/2015, no citado art. 8º, vem alterar, e atualizar substancialmente a aplicação do Direito ao comandar que o juiz não está restrito simplesmente à interpretação literal ou gramatical ou semiológica, mas, sim, iluminado por todo o ordenamento jurídico.

Na mesma linha do disposto no art. 8º, de efetivação do Direito, o novo Código também ampliou os poderes judiciais no sentido de se alcançar a realização da justiça material e efetiva, em cada caso concreto, ao dispor:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Há mais de cem anos, Jean Cruet já dizia que o *juiz... tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do Direito novo contra as fórmulas caducas do Direito tradicional*[31].

Na busca de tornar efetiva a atuação do Poder Público como instrumento de ação da sociedade, e isso principalmente pelo que decorreu dos horrores da II Grande Guerra, as Constituições modernas ditaram normas no sentido de dispensar a interposição do legislador para a efetividade das normas constitucionais, como se vê no art. 5º, § § 1º e 2º, da Constituição de 1988.

2. Civil Law e *Common Law.*

No sistema do *Civil Law*, a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso. A norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder acima da sociedade.

Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada por determinado grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social, os costumes, como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado aos precedentes não só o do próprio tribunal como os dos tribunais superiores.

No terreno constitucional, os norte-americanos optaram pela Constituição escrita para organizar o Poder Público. Nos dois anos seguintes, aprovaram dez emendas constitucionais declarando os direitos individuais. Nos séculos seguintes, veio predominar a interpretação pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que se irrogaram o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803, como se vê no magistral voto redigido pelo *Justice* John Marshall.

[31] CRUET, Jean. Op. Cit..

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case Law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o da *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e os códigos, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência, decorrentes dos costumes; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

3. Legalidade e equidade

Mesmo com o princípio da supremacia perante as demais normas, a Constituição escrita não consegue regular todas as situações, nem mesmo consegue se adaptar com presteza aos fatos supervenientes.

Enfim, a melhor fonte do Direito é a vida, a realidade, como expressa a antiga parêmia *ex facto oritur jus* (do fato nasce o direito subjetivo).

Os costumes são criados pela sociedade, as leis pelo legislador; aqueles vêm da prática da vida social, aquelas decorrem da vontade das pessoas que dispõem de poder de impor as condutas aos demais membros da sociedade.

A experiência e a razão criam o costume.

A experiência raramente cria a lei, porque a lei é desnecessária quando a conduta humana tem regulação social e segue os padrões de conduta. Aliás, é por isso que uma das características mais apontadas da lei é a capacidade de inovação na ordem jurídica, pois elas criam sempre algo de novo, algo que antes não existia.

O disposto no art. 8º do CPC/2015 difere profundamente do disposto no art. 126 do CPC/1973: aquele enfatiza o julgamento por equidade, este último o julgamento por legalidade.

Julgar pelo critério da legalidade é dar ao caso concreto a solução ou os efeitos previstos na norma jurídica decorrente do texto legal. Por exemplo, o juiz decreta o despejo do prédio porque a Lei 8.245/91, a Lei do Inquilinato Urbano, dispõe, no art. 9º, III, que a locação é extinta com o inadimplemento do aluguel e encargos, e na ação de despejo não purgou o inquilino a mora nem comprovou o pagamento.

A legalidade pode ser tomada no sentido amplo, como no art. 126 do CPC/1973, e no sentido estrito, como no art. 1.109 do mesmo Código:

> *Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*

Como a vida é muito mais rica em fatos do que pode suspeitar a previsão do legislador, hoje a maioria das causas são julgadas pelo critério da equidade, isto é, em cada caso, fundamentadamente, o juiz adota a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

São exemplos mais conhecidos de julgamento pela equidade:

a) o arbitramento dos danos nas ações de responsabilidade civil, como dispõe o Código Civil, em seu art. 944: *A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*;

b) a redução da pena como decorre do art. 413 do Código Civil*: A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio;*

c) em caso de onerosidade excessiva:

- no art. 478. *Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação;*

- no art. 479. *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato*;

- no art. 480. *Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.*

É prerrogativa do magistrado decidir as causas sem que por isso possa ser punido, segundo a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35, de 14 de março de

1979, art. 41: *Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.*

4. Interpretação do Direito

Interpretar é o ato de apreender o sentido da norma jurídica.

A Hermenêutica é a ciência da interpretação, que indica os critérios ou os meios para se apreender o significado da norma. A palavra invoca o deus grego Hermes, o mensageiro dos deuses.

Aplicar o Direito é efetivar as normas e também fazer incidir os valores e os interesses protegidos pela ordem jurídica.

A aplicação do Direito está muito além da *interpretação literal, ou filológica, ou semiológica*, que se prende somente ao texto legal, ou a *interpretação sistemática*, que gira somente em torno da incidência das regras impostas pelos dispositivos constitucionais e legais.

Insista-se: o Direito, ou ordenamento jurídico como expressa o art. 8º, está muito além da Lei, esta o conjunto dos dispositivos postos nos comandos legislativos através de artigos, parágrafos, incisos e alíneas.

5. Interpretação literal

A interpretação literal ou gramatical ou semiológica, este termo se referindo à Semiologia, ou ciência dos símbolos, presa ao significado linguístico dos dispositivos legais, somente era legítima no velho liberalismo do século XIX e do início do XX, antes da II Grande Guerra, em que se podia afirmar a supremacia do Parlamento através de leis genéricas e abstratas, sob a premissa de imanente igualdade entre os indivíduos.

Até então, a Constituição não tinha exequibilidade direta quanto aos direitos individuais, pois carecia da complementação do legislador. Por isso então se distinguiam as normas constitucionais em autoaplicáveis ou em não-autoaplicáveis.

Charles de Secondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, magistrado do velho regime francês, no monumental *O Espírito das Leis*, afirmava que os juízes, ao julgar as causas que lhe são submetidas, eram seres sem alma, que simplesmente pronunciavam as palavras da Lei:

Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746–1807) levou ao extremo a ideia de que o Direito simplesmente decorria do texto legal, ao proclamar que não ensinava o Direito Civil, mas o Código Civil francês de 1804, de cujas letras pretendia extrair todos os comandos necessários à vida do cidadão.

Mas o texto legal é criatura humana, e por mais excelente que seja, não se imuniza aos defeitos do seu criador, e não consegue prever todas as situações que ocorrem na vida.

Impossível ao legislador regular para o futuro a multidão dos casos que a dinâmica da vida impõe aos juízes resolver. Quase sempre os fatos derrotam a previsibilidade legal, por mais que esta seja ambiciosa ou arrogante.

Não há como substituir a função do Juiz tão somente pela letra fria da Lei, que não pode tudo prever.

A função do Juiz é aplicar o Direito, efetivar no caso concreto o que as leis preveem genericamente.

6. Interpretação sistemática

Daí se evoluiu para o que se denominou de *interpretação sistemática*, mantida a desconfiança no papel do juiz, embora prosseguindo a reverencia quase sagrada ao texto da lei.

A interpretação sistemática busca suprir as lacunas e leva o juiz e os advogados a pesquisar no conjunto legislativo, nos diversos dispositivos dos textos legislativos pertinentes, qual seria a vontade hipotética do sistema da lei, a denominada *mens legis*, esta a significar a *inteligência da lei*, ou o *espírito da lei*, os fundamentos práticos ou filosóficos que levaram à edição do ato normativo.

O fundamento da interpretação sistemática é que há uma causa ou razão ou fundamento para a existência da lei, a ideia geratriz que conduziu à edição da lei, e que esta decorreria necessariamente de uma vontade única.

Assim é possível quando o diploma legal foi gerado por poucos legisladores, o que não coaduna mais com o regime da democracia representativa, em que a vontade parlamentar decorre do consenso entre centenas de representantes na Casa Legislativa.

O prestígio da interpretação sistemática só se destacou como fundamento da interpretação enquanto as leis eram autoritárias, outorgadas, e não produto do consenso entre centenas de legisladores, como se faz nos regimes democráticos.

Somente o texto legal autoritário, outorgado, imposto de cima para baixo, pode oferecer a homogeneidade de um sistema, não a lei decorrente do consenso, ou da maioria das vontades, discutida e votada em assembleias parlamentares em que se representam as mais diversas correntes de opinião.

Então, até mesmo enfatizava a doutrina que se procurava não a *mens legislatoris* – o que pretendia um pretenso e unívoco legislador -, mas o sistema normativo pretendido pelo conjunto do texto, a denominada *mens legis*.

Aliás, o processo moderno, e não só o processual civil, só se justifica eticamente se voltado à efetivação dos direitos, à transformação da realidade de forma a atender ao que esperam as normas jurídicas no Estado Democrático de Direito. E por isso mesmo dispõe o art. 6º do CPC/2015: *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*[32]

7. Interpretação histórica

Mas continua a incompletude legislativa: a sacralidade do texto legal não combina com a vida, pois *vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade*, como Jean Cruet colocou como epígrafe de sua obra, em 1905[33].

Passou-se, então, ao processo de atualização da lei, pela denominada interpretação histórica ou atualista, esta no sentido não de se ancorar a compreensão do Direito no passado em que foi feita a lei, mas levar o intérprete a verificar a História na sua dimensão infinita, que compreende o passado, o presente e o futuro.

A interpretação histórica não pode se assentar somente sobre o pretérito que conduziu o legislador a editar o dispositivo legal, como se os mortos pudessem vincular as novas gerações, e o passado se reproduzisse no futuro, sem considerar os percalços e as dificuldades do presente.

[32] GUTIERREZ SLAIBI, *Maria Cristina Barros.* Dever judicial de julgamento do mérito. 2. ed., Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2013.

[33] CRUET, Jean. *A vida do Direito e a inutilidade das leis.* 3. ed., CL EDIJUR, Leme/SP: 2008, 224 pp.

Cada geração tem o impostergável poder de traçar o próprio destino, de interpretar a lei levando em conta não os interesses e fundamentos das gerações pretéritas, mas dos interesses que avultam no presente. E nenhuma geração tem o poder de vincular as gerações futuras quanto à escolha do próprio destino.

Em tema rotineiro e visceral como o arbitramento da reparação dos danos, não ousou o legislador estabelecer critério senão o decorrente da própria situação fática, qual seja a própria extensão do dano, a significar que o caso concreto é a medida do arbitramento do dano.

Os denominados *conceitos jurídicos indeterminados*, como razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, publicidade, eficiência, constantes do disposto no art. 8º, indicam outro critério de julgamento que não o da simples legalidade. Conceitos jurídicos indeterminado conduzem o aplicador do Direito ao julgamento pela equidade, levando em conta o caso em julgamento, e não a previsão tímida e incompleta posta na hipótese legal.

O julgamento pela legalidade estrita ocorre quando se aplica no caso concreto a solução dada pela norma legal, como diz o art. 126 do CPC/73; o julgamento pela legalidade ampla quando se aplica não só a legalidade estrita como outros critérios derivados com a analogia, os costumes ou os princípios gerais do Direito.

O julgamento por equidade ocorre quando se dá ao caso a solução mais adequada, ainda que afastando o princípio da legalidade. Por exemplo, o que está no art. 1.109 do CPC/73, quanto à jurisdição voluntária: [...] *não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.*

Tal dispositivo não foi repetido no CPC/2015, por desnecessário, em face do que se contém no art. 8º, a adotar também o critério da equidade, que leve em conta não a letra fria da lei, como no critério da legalidade, mas a justiça e a efetividade do caso concreto em julgamento.

Não mais as premissas afirmadas *a priori*, como no critério da legalidade estrita, que nada mais são que meios de prevalência ou de imposição de valores de eventuais maiorias legislativas, quando não nefandos meios da mais sórdida dominação, mas a afirmação de que o Direito somente se legitima como instrumento de resolução dos conflitos de interesses que se manifestam no presente.

Não mais o juiz-robô, mas o juiz que constrói a norma jurídica que vai regular cada caso concreto com a força de lei para as partes que rogam a proteção da Toga.

Grite-se que não bastam a legalidade, as disposições, os artigos ou os símbolos gráficos que se encontram na Constituição e nas Leis para a regência da vida coletiva ou individual, pois o modo pelo qual são aplicadas as normas pelo Juiz em cada caso é que torna efetivo o Direito.

O critério da legalidade introduz o princípio da igualdade formal, decorrente do texto da lei: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, como proclama a Constituição de 1988, art. 5º, *caput, initio.*

O critério da equidade introduz o princípio da igualdade material, decorrente da aplicação em cada caso concreto.

Com a equidade, quebra-se, então, o confortável e falso conceito da igualdade formal, devendo-se buscar a isonomia material, ainda que tratando desigualmente os desiguais.

> *A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem*[34].

A isonomia formal está na letra fria da lei. A isonomia material está na vida, no caso concreto. Sua fonte é a razão, a emoção, a intuição – enfim, o espírito - do aplicador do Direito. Este não só garante direitos subjetivos, mas, também, intenta transformar a sociedade. Para isso, não passa ao largo das situações estabelecidas, dos fatos, da realidade, antes a considera para reconhecer os direitos subjetivos.

Confere-se superioridade jurídica a quem está em inferioridade econômica ou social, como se vê inumeráveis vezes no Direito daqui e de alhures.

8. Interpretação axiológica ou valorativa ou da preponderância do interesse

[34] Barbosa, Rui. *Oração aos Moços* (1999). Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. Anexo IX - Oração aos Moços, p. 8.

O disposto no art. 8º exige a interpretação axiológica, decorrente dos valores ou interesses ali postos como essenciais.

Na busca do valor que deva fazer predominar no julgamento da causa que lhe é submetida, finalmente o juiz atravessa a ponte de ouro entre o Direito (a Ciência da norma de conduta) e a Ética (a Ciência da conduta), esta o fundamento, a razão, a legitimação daquele.

Os fins sociais e as exigências do bem comum, ali referidos, são os valores notadamente declarados no art. 3º da Constituição, quais sejam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, as tarefas ou "dever de casa" da sociedade brasileira:

> *Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*
>
> *I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*
>
> *II - garantir o desenvolvimento nacional;*
>
> *III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*
>
> *IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

A Constituição e a Lei, esta no sentido amplo, neste século XXI, não mais são consideradas imparciais e distantes da realidade diferentemente do que se pensava no século XIX. Como decorre do transcrito art. 3º da Constituição, a sociedade e o Poder Público são agentes de transformação sociais e, assim, não mais olímpicos e indiferentes à realidade.

O compromisso de todos os agentes sociais com os mandamentos constitucionais dirige a conduta de todos os agentes públicos e privados na busca dos resultados de construir uma sociedade livre, justa e solidária, visando garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e tudo o mais constante do mencionado art. 3º.

9. Dignidade da pessoa humana

A expressão *dignidade da pessoa humana* decorre dos fundamentos recitados logo no início da Constituição, art. 1º, III, e se remete ao individualismo filosófico, que prevalece desde o Renascimento, de que todos os seres humanos têm a mesma dignidade e relevância, ainda que se

encontrem em situações diferentes e não sejam exatamente réplicas dos demais, pois a diversidade é imanente à natureza humana.

O valor da dignidade humana expressa muito mais do que um mandamento no sentido de que todos são merecedores do respeito. Expressa que o Direito leva em conta que o ser vivo nascido de mulher, o homem, traz em si os direitos fundamentais como decorrência de sua condição indisponível de integrante da Humanidade.

Não é a Constituição ou o texto da lei, ainda que escrito em letras de ouro no mais valioso suporte, que dá direitos à pessoa humana. Cada um de nós traz em si os direitos e deveres que a todos assistem.

Immanuel Kant[35] considera a dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. O ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias.

Ainda nesse sentido, Kant [36] postula:

> *No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade?*

E Carmen Lúcia Antunes Rocha conclui estas observações sobre o princípio da dignidade humana[37]:

> *O sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial*

[35] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006, p. 134 e 141.
[36] Apud SARLET, Ingo Wolfgand. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.
[37] Antunes Rocha, Carmen Lúcia. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO. O SOCIAL. http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf

da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no Direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.

10. Razoabilidade e proporcionalidade

O disposto no art. 8º também remete o juiz aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este também denominado pelos civilistas de princípio da ponderação dos interesses e pelos penalistas de princípio da redução do excesso.

É comando normativo salutar, pois conduz o operador do Direito a repensar a sua função, sopesando os valores em confronto no julgamento da causa. Não é mais a de mera aplicação do que está escrito na lei, na antiga e medieval expressão *dura lex sed lex* (a lei é dura mas é a lei), mas à relevante função de construir a regra de conduta que regulará a intensa e densa vida da sociedade, atento aos valores, aos interesses, à denominada objetividade jurídica que o Direito pretende amparar.

Luís Recaséns Siches (1903-1977), guatemalteco naturalizado mexicano, foi haurir no Iluminismo do século XVIII, no racionalismo criticado por Kant, a expressão hoje tão difundida: *A lógica do Direito é a lógica do razoável*. Para ele, toda axiologia supõe fundamentos *a priori*, o que não exclui da presença no Direito de elementos empíricos; no meio caminho entre o formal e o empírico está a lógica do razoável, como mediação entre a teoria, que são os princípios do ordenamento jurídico e a *práxis*, que é a sua aplicação à vida humana.

A razoabilidade, como critério hermenêutico, os americanos a extraíram do *due process of Law*, o conjunto de garantias processuais asseguradoras do caráter dialético do processo que objetiva inibir a liberdade ou a propriedade (veja-se a herança que está no art. 5º, LV, da Carta de 1988).

Os Juízes da Suprema Corte, a partir da década de 30, muitas vezes como reação às inovações do *New Deal* rooseveltiano, usaram e abusaram do critério da razoabilidade, chegando

mesmo o grande Justice Charles Evans Hughes a afirmar que *nós (todos) vivemos sob uma Constituição e esta é aquilo que nós (a Corte) diz que é...*

A teoria da razoabilidade pressupõe premissas (pré-emitidas) ou pressupostos (pré-supostos) identificando-se com os preconceitos (ou valores pré-concebidos) que norteiam a aplicação do Direito.

Em contraposição ao enunciado de Recasens Siches, e aí afirmando o empirismo, a experiência de vida como fundamento filosófico, Oliver Wendell Holmes cruamente afirmava que a lógica do Direito é a vida, propugnando a perquirição, em cada tema, dos valores culturais, sociais, políticos ou econômicos que devem conduzir à aplicação da norma.

Daí, finalmente, se imbrica a teoria da razoabilidade com o denominado critério da proporcionalidade, a buscar nos valores em contraste aquele de maior densidade que predominará na resolução do caso em julgamento.

Ao extrair do dispositivo as normas que aparentemente estejam em conflito quanto aos valores por elas protegidos, cabe ao intérprete sopesar tais valores, colocá-los em ponderação e, a final, optar pela norma que tutela o valor que deve preponderar no caso em julgamento.

Então o aplicador do Direito não mais declara a lei, buscando inspiração somente no texto legislativo. Mas constrói gradualmente a norma de conduta que vai regular o caso concreto, não só através do texto legislativo, mas também da atualização e do cuidadoso confronto dos valores em disputa.

O Direito não é só razão, é a vida. É tópico, pois depende do tempo e do lugar, não é utópico (em lugar nenhum e assim onipresente) como o ideal da Justiça.

Ubi homo ibi societas, ubi societas ibi jus, assim referia Ulpiano no *Corpus Iuris Civilis* a significar *onde está o Homem, há sociedade; onde há sociedade há Direito*.

O operador jurídico navega sempre em mares revoltos - as tempestades são produzidas pelos interesses conflitantes que decorrem da própria individualidade - em busca do porto, nem sempre seguro, onde se concretiza a resultante norma de conduta.

11. Publicidade

A publicidade no atuar judicial é decorrente menos do disposto no art. 93, IX, da Constituição, mas muito mais do fato de que o juiz é autoridade pública e não está simplesmente

resolvendo um caso privado e disponível, como aqueles resolvidos pelos árbitros escolhidos pelas partes.

E assim é porque a fonte da autoridade do árbitro é o compromisso ou cláusula arbitral, em que as partes exercem a disponibilidade do direito subjetivo de lhe delegar a resolução do conflito de interesses pelas regras processuais e de direito material que eles estabelecem.

É a publicidade a regra da jurisdição porque o juiz exerce autoridade pública, resolve o caso de acordo com as regras do ordenamento jurídico e somente pode restringir a publicidade quando assim exigir o caso em julgamento, como dizia o art. 155 do CPC/1973 e repete o CPC/2015:

> *Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*
>
> *Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.*

12. Eficiência ou efetividade

A eficiência na jurisdição é a efetividade das decisões, isto é, não se pode ter um processo tão autônomo que ignore a vida que existe no conflito de interesses que o juiz deve resolver.

Só se instaura a relação processual entre demandante, demandado e juiz porque há uma demanda, isto é, o demandante apresenta o pedido, que é a pretensão posta no processo. Dizia Francesco Calamandrei que a pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.

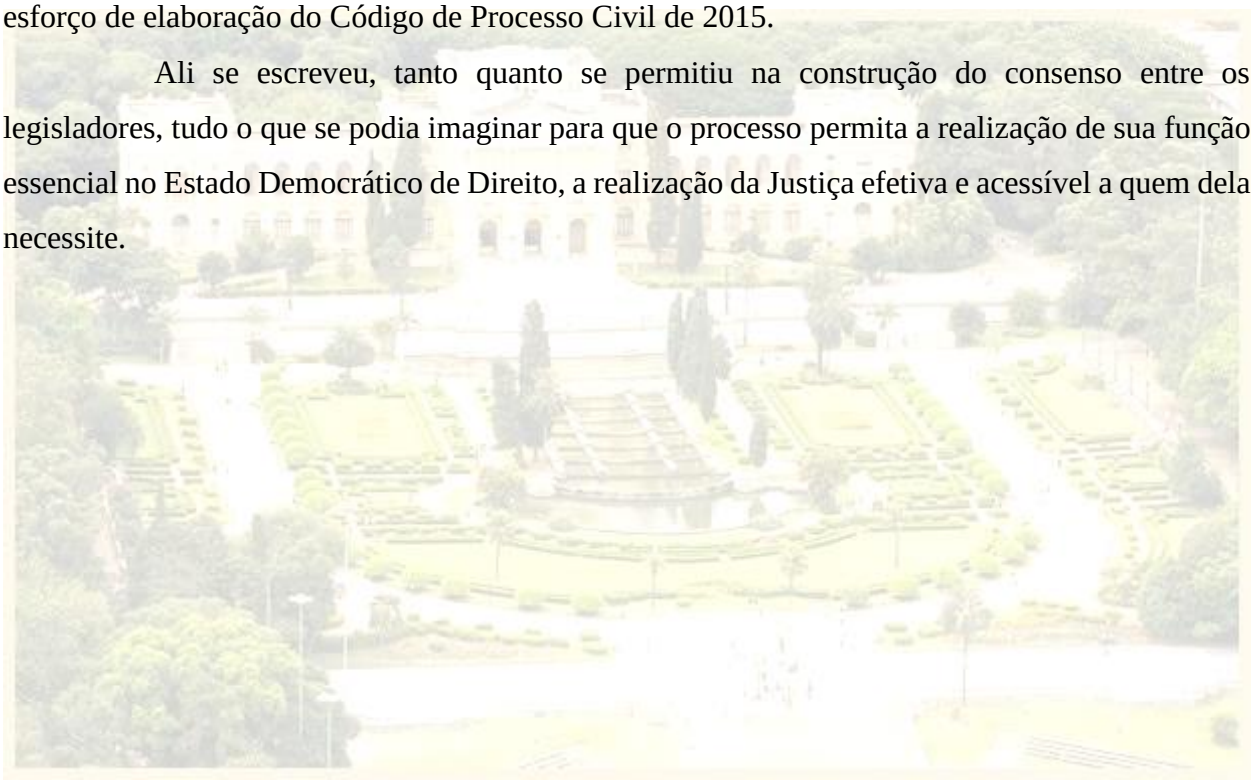
O Código de Processo Civil de 1973, na exposição de motivos, estabelece uma identidade entre os conceitos de lide e de mérito:

> *Lide é, consoante a lição de CARNELUTTI, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a a outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.*

Dispõe o CPC/2015 sobre o dever de todos os sujeitos do processo, e não somente do juiz, de se buscar a resolução do mérito:

> *Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

13. Conclusão

O desenvolvimento social, a mudança dos costumes, a consciência individual e coletiva sobre a dignidade da pessoa humana foram alguns dos fatores que levaram ao imenso esforço de elaboração do Código de Processo Civil de 2015.

Ali se escreveu, tanto quanto se permitiu na construção do consenso entre os legisladores, tudo o que se podia imaginar para que o processo permita a realização de sua função essencial no Estado Democrático de Direito, a realização da Justiça efetiva e acessível a quem dela necessite.