

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

ACESSO À JUSTIÇA II

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadora: Adriana Goulart de Sena Orsini – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-284-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

A presente obra é composta por artigos científicos de relevo, selecionados após rigorosa disputa e defendidos de forma brilhante no Grupo de Trabalho intitulado “Acesso à Justiça II”, durante o XXV Encontro Nacional do CONPEDI/UNICURITIBA, ocorrido entre 7 A 10 de dezembro de 2016, em Curitiba/PR sobre o tema “Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito”.

Nada mais oportuno, em contexto de indagação sobre o papel dos atores e das instituições no Estado Democrático de Direito, tratar do acesso à Justiça. Assim, é com especial satisfação que apresentamos à comunidade científica os artigos que compõem esta obra, estudos comprometidos com a defesa da fundamentalidade do acesso e da Justiça, e que trazem uma concepção ampliada e capilarizada do acesso, de forma solidária e democrática, atendendo a concepção da Justiça como valor.

Dentre os temas que compõem o presente trabalho, podemos destacar aqueles que se circunscrevem ao Código de Processo Civil - CPC de 2015, abordando suas reformas, a duração razoável do processo, a redefinição do ônus da prova, o sistema precedentalista, novos olhares sobre as serventias e o usucapião extrajudiciais, bem como a mediação nas formas intra e extrajudiciais.

Ao abarbar-se dos conteúdos contemporâneos contidos neste estudo, o leitor perceberá que o diálogo com outros saberes foi constante e extremamente rico: comunicação, sociologia, psicologia e educação foram alguns saberes abordados de forma criativa e pertinente, denotando a imprescindível interdisciplinariedade que deve permear textos de qualidade e atualidade e, reafirmando, de outro modo, a centralidade do debate sobre o acesso à justiça no Brasil.

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini - UFMG

**A ESTRUTURA DO CÓDIGO CIVIL E A PRINCIPIOLOGIA ADOTADA PELO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**THE STRUCTURE OF CIVIL CODE AND OF PRINCIPLES ADOPTED BY NEW
CODE OF CIVIL PROCEDURE**

Fernando Peres ¹

Resumo

O presente estudo tem por objeto a análise da estrutura do Código Civil e a principiologia adotada pelo novo Código de Processo Civil. Aborda-se a normatividade contemporânea e os institutos jurídicos utilizados na elaboração da codificação. Destaca-se, o aprimoramento qualitativo das normas material e processual, sem a correspondente celeridade no âmbito judicial.

Palavras-chave: Código civil, Novo cpc, Codificação

Abstract/Resumen/Résumé

The present study aimed to analyze the structure of Civil Code and of principles adopted by the new Code of Civil Procedure. Deals with the contemporary normativity and legal institutions used in the preparation of coding. Highlights-if the qualitative upgrading of the standard materials and procedures, without a corresponding speed in the judicial sphere.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil code, Cpc new, Coding

¹ Especialista em Direito do Trabalho pela USP. Graduado em Administração de Empresas e Direito. Mestrando em Direito pela UNINOVE – Universidade Nove de Julho. Advogado em São Paulo.

INTRODUÇÃO

Após a Constituição de 1988, a codificação vem sendo alterada no ordenamento pátrio, cuja necessidade se fez em razão de adequação ao Texto Maior. Os direitos fundamentais expressam valores superiores, e foram sendo destacados nessas ordenações. Por conseguinte, adota-se uma sistemática principiologia que assegure, celeridade, efetividade, socialidade, eticidade e operabilidade como estrutura fundamental das novas codificações e regramentos legais.

Objetiva o presente trabalho apresentar considerações sobre a possível confluência estrutural e ideológica adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 e o Código Civil de 2002, apurando a principiologia constitucional em ambos os diplomas. Ambos os diplomas jurídicos visaram a sistematização e adoção de conceitos contemporâneos da ciência do direito, tais como; os princípios gerais, as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. No mesmo sentido, ou seja, de aperfeiçoamento normativo, adotou-se disposições principiológicas confluentes com o Texto Constitucional em ambas as codificações(Civil e Processo Civil), sob a ótica dos Direitos Humanos.

O problema se apresenta por evidenciar que os Códigos anteriores (Civil e Processual Civil), se apresentavam dissonantes em suas estruturas com o Texto Constitucional e as modernas codificações. A sistemática atual, visa normatizar preceitos de abertura com completude do ordenamento como sistema. Entretanto, Evidenciam-se poucos resultados práticos efetivos, em termos de melhora quanto ao tempo decorrido na solução dos conflitos pelo órgão jurisdicional. Por outro lado, não olvidamos uma melhora na qualidade das decisões cuja abertura é benéfica ao sistema, além de melhora na integração e superação da lacuna normativa. Por conseguinte, o sistema, efetivamente vem se tornando mais completo (completude), conforme se referia Norberto Bobbio.

Apontamos como objetivo geral que as alterações nos Códigos Civil e de Processo Civil, conduziram a confluência entre os diplomas, estrutura e principiologia, levando incomensuráveis benefícios às ciências jurídicas como proteção dos Direitos Fundamentais.

Quanto aos objetivos específicos, destacamos a inoperância e não efetividade latente quanto aos descumprimentos judiciais (legislação processual) e na mesma linha, inefetividade do direito material, afetando a cidadania e ofensa a dignidade da pessoa humana. Por outro lado, Entendemos existir mecanismos (novos) para acelerar a mora processual, embora a cultura jurídica arraizada nos magistrados nacionais, estejam ainda resistentes a essa nova interpretação que desponta.

Utilizaremos de pesquisa com caráter eminentemente revisional e método hipotético-

dedutivo. Por fim, análise bibliográfica confrontando preceitos constitucionais e a doutrina sobre o tema.

Para tanto, este artigo está dividido em duas partes. Na primeira, analisar-se-á um breve relato histórico sobre ambos os diplomas legais (Código Civil e Processo Civil). Na segunda, será verificada a harmonia e confluência de ambos Códigos. Por fim, são traçadas considerações finais.

1. BREVE RELATO HISTÓRICO DA TRANSIÇÃO (CONSTITUIÇÃO DE 1988 – CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).

Ao ser promulgada a Constituição de 1988, os preceitos constitucionais trouxeram novo feixe de luz ao ordenamento jurídico, e que exigiu da codificação e das leis, de um modo geral, inexoravelmente, adequação a emergente estrutura e principiologia constitucional. Os novos ideais trazidos pela Norma Suprema, necessitava incidir sobre todo o sistema normativo até então existente, impondo cultura e visão na valorização humana, na cidadania, no solidarismo, enfim, nova axiologia ao ordenamento.

Os Direitos Fundamentais dispostos no Texto da Constituição “constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável”(SOUTO MAIOR, 2007, p. 32), com o fito de realizá-lo de fato, para além do papel, que aceita tudo, mas nem tudo realiza, o ordenamento jurídico deve estar em harmonia e em consonância ao Texto Principal (Constituição).

1.1. Código Civil

O Código Civil de 1916, conhecido como o Código de Beviláqua, inspirado no liberalismo econômico, preocupava-se proeminentemente com a proteção patrimonial. A liberdade contratual ao lado da propriedade privada eram tuteladas pelo Código de 1916, “[...]sem qualquer possibilidade de relativização.” Assim, primava pela ótica patrimonialista e individualista.

O Código Civil, até então, o principal diploma normativo existente, pois, era utilizado como cerne legal aproveitado nas relações entre particulares, passou a se apresentar destoante do Texto Constitucional. Nesse sentido, os valores patrimonialismo e individualismo (identificadores do Código Beviláqua) deixaram de ser o principal referencial normativo, passando a ser interpretado com os axiomas da Constituição da República, mormente os direitos e garantias fundamentais.

Assim, com o novo paradigma constitucional, a incompatibilidade normativa entre o Código Beviláqua e o Texto Maior, acentuava-se, na medida que a cultura Constitucional se

firmava como centro do sistema legal. Entretanto, já existia projeto de novo Código Civil (mesmo antes da Constituição de 1988).

Finalmente em 2002, entrou em vigor o novo Código Civil, abandonando a arcaica perspectiva patrimonialista e individualista, mais afinado com a Constituição Federal de 1988, e com os valores de Direito Humanos.

O novo diploma legal, ficou conhecido como o Código Reale, difundiu-se, três paradigmas estruturantes desse ordenamento, quais sejam: a socialidade, a eticidade e a operabilidade, também conhecida como concretude. A compreensão da estrutura e dimensão adotada pelo Código de 2002, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiro paradigma de abertura do sistema, conforme veremos seguir pela ordenação de sua estrutura.

1.1.1 A socialidade

A socialidade foi introduzida como estrutura do novo código dentro de um tripé (socialidade-eticidade-operabilidade). Atrela-se ao sentido de solidariedade e contrapõe-se ao egoísmo e individualismo. Ou seja, o Código Civil de 2002, permeia avesso a “um sistema jurídico profundamente exclusivista, no qual apenas existem espaços para certos protagonistas, portadores de interesses patrimoniais.” Elucida (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 48):

Ocupava-se o Direito Civil, forjado no paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade, com a preservação patrimonial dos sujeitos de direito: o proprietário, o contratante, o marido e o testador. Todavia, os ordenamentos jurídicos posteriores a Segunda Guerra Mundial perceberam que a todo o direito subjetivo deverá necessariamente corresponder uma função social. Em sentido sociológico, falar em função significa imprimir uma correspondência entre uma atividade e as necessidades do organismo social. Toda atividade deverá contribuir para a manutenção da continuidade estrutural.

A socialidade, implica em compreensão da função social atrelada ao Código Civil, ou seja, está ínsita a função (fim) social, na qual se vincula à ideia de cooperação entre os partícipes de qualquer relação jurídica, na obtenção de um propósito social harmonioso e consentâneo com os preceitos do Código, e, com o viés Constitucional, necessariamente atrelado. A título ilustrativo destacamos exemplos de socialidade extraídos do Código Civil de 2002: no artigo 421, verificamos a *função social do contrato* e no artigo 1.228, denotamos a *função social da propriedade*, “explicitando que cada um desses institutos (contrato e propriedade) devem estar vocacionados a alcançar o *bem-comum*.”(FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 51).

Assemelha-se ao artigo 5^o da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

¹ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) - Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

(LINDB). A regra da *lex legum*², cuida da aplicação das normas de toda a ordem jurídica nacional (civil, penal, tributária, previdenciária, enfim, todas as normas).

Por esse preceito, a lei ao ser interpretada e aplicada, deve atender, fundamentalmente, aos fins sociais e as exigências comum da população (socialidade). Aliás o ordenamento dispõe na Lei Fundamental, em certa medida, reduzir as desigualdades sócias e regionais, o que implica e visa o bem comum, buscando a isonomia como caminho de uma sociedade mais justa e solidária. Trata-se de objetivo a ser considerado na interpretação e aplicação da norma. A consagração do bem comum da sociedade, persegue uma opção pelo social, pela solidariedade, Assim descreve (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 48):

[...] a partir da vontade livre de cada indivíduo, seria possível alcançar a felicidade coletiva. O individualismo desenfreado converte-se em egoísmo e, a reboque de ideais pretensamente libertários e de uma igualdade formal, as constituições burguesas do século XIX e início do Século XX camuflam um sistema jurídico profundamente exclusivista, no qual apenas existem espaços para certos protagonistas, portadores de interesses patrimoniais. Ocupava-se o Direito Civil, forjado no paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade, com a preservação patrimonial dos sujeitos de direito: o proprietário, o contratante, o marido e o testador.

O sentido substancial de função social (sociabilidade), princípio estrutural do Código Civil, atenua (mitiga) a visão individualista do Código Beviláqua. Por conseguinte, viabiliza demandas coletivas sem a opressão patrimonial do capital e do individualismo de outrora, primando pela expectativa da coletividade, quando em confronto com o individualismo puro.

Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2012, p. 178) adverte que a solidariedade:

“é a expressão mais profunda de sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”.

Nesse sentido, a individualidade e o sentido de liberdade devem ser empreendidos com intuito de dever de solidariedade social, “não mais reputado como um sentimento genérico de fraternidade que o indivíduo praticará na sua autonomia, mas como um verdadeiro princípio que se torna passível de exigibilidade.” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 49).

1.1.2. A eticidade

A *eticidade* se apresenta na estrutura do Código como segundo paradigma assentado.

² Norma sobre as normas, o sobredireito, superdireito, lei das leis, ou seja a norma que normatiza outra. Trata-se de uma norma jurídica que visa regulamentar outras normas (*lex legum*). A LINDB, interessa mais à Teoria Geral de Direito do que ao Direito Civil propriamente dito.

Pugna-se pela atuação ética, escoreita e incólume aos regramentos legais. Diferentemente do Código anterior (1916), que “abdicou de questionamentos éticos, pois fora fortemente influenciado pelo formalismo jurídico da Europa do século XIX.”(FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 49). Destaca Pietro Perlingieri que “*a ideologia da subsunção consentiu mascarar como escolhas neutras, necessariamente impostas pela lógica, as escolhas interpretativas do jurista, desresponsabilizando a doutrina*”.(PERLINGIERI, 1999, p. 68).

Aliás, esclarece:

Essa postura formalista do Direito atingiu o máximo de rigor na *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen. A pureza do método consiste em restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador, isolando-o de influxos valorativos ou éticos, que seriam estranhos a uma ciência. Em outras palavras, os códigos positivistas não permitem a determinação do que é justo ou injusto, sendo suficiente a técnica legislativa e a emanação da norma por iniciativa de uma autoridade competente.

A *eticidade* portanto, passa a fazer parte da estrutura normativa, e em assim sendo, atrelam as manifestações, interpretações e exteriorizações, sobre o Código, ou seja, inafastável a apuração do conteúdo ético envolto à norma, quer seja pelo intérprete ou aplicador da lei. Logo, não basta a aparência de comportamento ético, faz-se necessário aplicar a ideologia ética. Haja vista, estar imbrincada à ordenação Civil de 2002.

Na estrutura do Código Civil os artigos mais marcantes e difundidos sobre o paradigma da *eticidade* podem ser vislumbrados nos preceitos destacados por cláusulas gerais, da boa-fé objetiva (artigo 422) e o abuso do direito (artigo 187).

1.1. 3. A Operabilidade ou Concretude

A operabilidade ou a concretude, que faz parte da estruturação do atual Código Civil, designa a premissa de tornar palpável o ordenamento, realizável na prática, pragmático, evitando a exacerbação teórica, afinal, o valor do ser humano protegido pela Norma Constitucional, exige observância e estímulo à essência da dimensão na personalidade. Assim, o formal, embora importante, cede espaço ao material, a substância, e essa ocorre, no plano da operabilidade ou concretude, no mundo dos fatos (pragmatismo). Noutras palavras (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 56):

“Equivale a dizer: o Direito Civil ignorava as particularidades de cada pessoa, tratando a todos como se fossem rigorosamente iguais. A norma, enfim, aplicava-se genericamente a quem quer que se titularizasse em uma determinada situação patrimonial. O Código Civil de 2002 guarda outras pretensões. Afinado com a centralidade do ser humano no ordenamento jurídico constitucional, pretende demonstrar que, de forma subjacente ao indivíduo abstrato dos códigos liberais, existe uma pessoa concreta, que deve ser examinada em suas múltiplas peculiaridades, que a distinguem de qualquer outro na espécie.”

A denominada *norma do caso*, traz o real sentido de segurança jurídica ao jurisdicionado, atua livremente para dar a solução ótima ao caso concreto, levando em consideração as peculiaridades de ineditismo que se apresenta em toda casuística. Isto é, ainda que pareça repetitiva a demanda, por vezes, o jurisdicionado se enquadra como ser único e isso resvala no próprio conflito sob questionamento, e por consequência, na demanda processual como um todo (material e processualmente). Essa substância, concretamente, realiza com melhor precisão, o sentido de justa adequação da lide ao ordenamento jurídico em seus princípios estruturantes.

Portanto, pelo princípio da simplicidade ou operabilidade ou concretude, pretende-se agilizar os procedimentos e reduzir a burocracia, desemperrando o sistema, tornando mais fácil operar os institutos disposto no Código Civil de 2002.

Com efeito, relata:

O direito não existe para ficar na altura das abstrações, mas sim para ser executado, com praticidade. O Código Civil deseja afastar toda a forma de conceituação estéril, que não revele efetividade. É preciso, verdadeiramente, se desvincular da velha herança francesa de preencher o desenho da norma em todos os seus poros. Muitas vezes, a prática de conceituar é uma forma de esconder a nossa própria ignorância, ou um temor de trabalhar com modelos abertos e mutáveis. A diretriz da concretude também atua em outro nível, o da operabilidade. Propugna ela por rápidas formas de solucionar pretensões, bem como por meios que evitem a eternização de incertezas e conflitos. Como adverte Bobbio, o século XX foi a “*era dos direitos*” e o século XXI pretende-se como a “*era da efetividade dos direitos*”, pois eles existem para ser exercitados.

Portanto, a operabilidade ou concretude afirma o axioma de efetivação da norma, sem burocratizá-la na aplicação, ao revés, visa a facilitar sua realização, otimizando-a no mundo dos fatos, evitando o plano meramente teórico.

1.2. Código de Processo Civil

A solução dos conflitos, num primeiro momento, eram submetidos às partes que os resolviam por si próprios, era no regime da autotutela ou da justiça privada. Nesse período, as próprias pessoas envolvidas resolviam entre si os seus conflitos de interesses. O Estado sequer existia nos moldes apresentados hoje.

Posteriormente, o Estado já com sua estrutura formada, e fortalecida pela divisão das funções em Legislativa, Executiva e Judicial, criou nessa última, subestruturas a desempenhar o papel de dirimir os conflitos que se lhe apresentavam.

Essa avocação e monopolização pelo Estado da função de compor os conflitos, dando uma solução consoante ao direito posto, fez do Judiciário, o órgão provedor de justiça no caso concreto.

O Processo, firmou-se como ciência autônoma, e, como consequência, foi se afastando do direito material. Com o tempo, o distanciamento se acentuou fazendo o processo adquirir vida própria. Decorrencia disso, por vezes os processualistas lhe davam maior importância que o próprio direito material perseguido em juízo. O Poder Judiciário, na mesma linha, terminava com processos, sem apreciação do mérito, em muitas situações, logo o conflito persistia.

Em momento posterior, os processualistas passaram a enxergar o processo na sua acepção instrumental³, dando-lhe importância como meio a realizar o direito substancial. Com o crescente número de processos perante o Judiciário, e o consequente represamento, o legislador começa então a buscar formas alternativas para que os direitos emergenciais e prementes, não se perdessem e a tutela jurisdicional se tornasse inócua.

Nesse contexto, há uma reaproximação entre o direito processual e o direito material. Tudo Isso, com a intenção de dar celeridade e efetividade ao direito material, ou seja, realizar o bem da vida vindicado pelas partes em juízo⁴.

A tônica então passa a ser celeridade e efetividade. Essas são as duas premissas hoje nas reformas processuais. Surgem então, diversos institutos a reforçarem essas premissas. Os direitos transindividuais ou metaindividuais, coletivização dos direitos, a ação monitória e na nossa visão o mais importante deles; a tutela antecipada⁵, entre outros.

É comum referenciar-se às fases relacionadas ao acesso à justiça. Essas, foram denominadas pelo italiano Mauro Cappelletti e pelo norte-americano Bryant Garth de ondas⁶ renovatórias do acesso à justiça.

Portanto, essa é a fase atual vivenciada pelo direito processual, ou seja, a busca pela efetividade ou eficácia social do processo. Com esse desiderato é que surge o Código de Processo Civil de 2015.

Na seara do direito processual, o “modismo” é falar-se em devido processo civil constitucional. A Constituição determina o direcionamento de todo o ordenamento pátrio. Afinal, é a Norma Fundamental que dá (precipualemente) origem as demais. Essa

³ A interpretação dos preceitos legais do processo tem necessária ótica no direito material, isto é, a instrumentalidade deve ser a noção mais importante do direito processual com imprescindível perseguição de adequação e adaptação do instrumento – processo – ao seu objeto – direito material - levado ao judiciário.

⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o processo – 5ª ed. Malheiros: São Paulo. 2009. p. 22.

⁵ Finalmente, surgiu então, no cenário jurídico, ainda que de forma provisória uma tutela a respaldar o direito material para aquele que pudesse demonstrar a evidência de seu direito verossímil marcado por prova robusta, abreviando a demora.

⁶ a) Primeira onda – trata-se aos obstáculos econômicos de acesso ao Judiciário, que impediam os hipossuficientes (pobres no sentido legal) de buscar no Judiciário a solução para os seus conflitos. b) Segunda onda – refere-se a proteção aos direitos transindividuais, quais sejam, os interesses difusos e coletivos. c) Terceira onda – refere-se à efetividade ou eficácia social do processo, esse é o mote do novo Código de Processo Civil.

circunscrição da ordem jurídica através da Constituição, em última análise, cuida de espaço conquistado democraticamente.

O Novo Código de Processo Civil inovou ao trazer a aplicação das normas fundamentais com o foco constitucional. Parece obvio, entretanto, infelizmente, a tradição no Brasil é de não observação, muitas vezes de princípios que não constam expressamente da lei ordinária, mas “apenas” na Constituição. Aliás, a não observação principiológica constitucional, vicia o preceito, pois o faz inconstitucional, ainda que na interpretação.

A Constituição de 1988 trouxe nova visão ao ordenamento jurídico, ditando normas condizentes com o Estado Democrático, identificando no Direito Privado o movimento de constitucionalização. Essa nova leitura do direito, surge também com o novo Código de Processo, fortalecido no direito público (instrumental). Denota-se, a promiscuidade crescente e aprimorada na relação entre o público e o privado, diminuindo-lhes as barreiras.

A compreensão da verdadeira linguagem constitucional presente nos Códigos Civil e de Processo Civil, revelou modernização da processualística nacional. A ciência hermenêutica, conduz, necessariamente na passagem pela Constituição, quer como ponto de partida, quer como ponto de chegada, isto é, faz adequar a norma ordinária à principiológica Constitucional.

2. PRINCIPIOLOGIA ADOTADA NA CONTEMPORÂNEA NORMATIVIDADE

Na elaboração normativa contemporânea, o legislativo costuma recorrer a construção e estruturação das normas, utilizando-se de fundamentação principiológica. Tal técnica, fez com que os novos Códigos (Civil e Processual Civil), fixassem pilares principiológicos buscando a Constituição como fundamento de validade. Os novos diplomas, passaram a dispor expressamente sobre a utilização dos princípios, regras, cláusulas ou janelas abertas, com o feixe luminoso da Constituição.

Pela nova sistemática, essa tessitura aberta, permite viabilizar e melhorar o acesso à justiça (THEODORO JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2015, p. 35), preferindo a interpretação e aplicação que mais se aproxime da Constituição, ou seja, que se afine ao Texto Fundamental, cujos princípios estejam presentes também nos atuais códigos (LENZA, 2014, p. 174)⁷.

Portanto, vários princípios destacados nas ordenações modernas foram enaltecidos e concretizados como direitos fundamentais (BOBBIO, 1992, p.25)⁸ do devido processo legal

⁷ Assinala o autor: “[...] Prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à Constituição;” “... conservação de normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade”.

⁸ “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-lo*.” [...] E continua,” Trata-se de um problema não filosófico problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo,

(no CPC, por exemplo), adotados pelo modelo constitucional do processo brasileiro. Por conseguinte, a característica dos Direitos Humanos denominada de historicidade, considera um acúmulo histórico a respeito da compreensão dos direitos fundamentais, aliás, o princípio do devido processo legal, com esse mote, não poderia ser ignorado. Afirma Fredie Didier (DIDIER, 2014, p. 47) :

Ao longo dos séculos, inúmeras foram concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o devido processo. Não é lícito, por exemplo, considerar desnecessário o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes aos devido processo legal. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o retrocesso em tema de direitos fundamentais.

O devido processo legal, como direito fundamental do cidadão, tem seu lastro expresso no novo Código, retirado da norma constitucional. O novo Código dispôs sobre as normas fundamentais do processo civil. A Constituição Federal de 1988, sem dúvida, inaugurou ambiente democrático na ordem jurídica. Trouxe para si o foco do sistema jurídico e precipitou a pessoa humana como matriz hermenêutica.

De acordo com a pós-positividade, novos valores principiológicos, influenciam a aplicação e interpretação do direito, tais como diálogo das fontes (MARQUES, BENJAMIN, MIRAGEM, 2003, p. 24-52) entre outros institutos de um novo direito, renovado, perseguidor dos ideais sociais e acessíveis a todos.

Não acreditamos que haverá um aprimoramento na questão temporal (celeridade) e na quantidade de julgamentos. Entretanto, não temos dúvida de que as decisões serão melhores no sentido qualitativo, pois exigirão, maior grau de atenção na fundamentação e motivação, é o que se extrai dos artigos⁹ 11 e 12 do Código de Processo Civil.

Caso o julgador deixar de apreciar ou enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, a decisão será nula. Entretanto, haverá uma “lacuna (inexistência apenas parcial)” (NEVES, 2014, p.130), quando o juiz deixar de motivar apenas uma ou outra tese das partes.

político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”

⁹ Código de Processo Civil de 2015 (artigos 11 e 12):

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.

Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

Outro ponto importante, refere-se a fundamentação detalhada e identificada em caso de decisão embasada em precedente ou enunciado de súmula, exigindo a demonstração de que o caso julgado se ajusta àqueles fundamentos. Ou seja, deverá mencionar e justificar a aplicabilidade do caso posto ao precedente ou enunciado de súmula (NEVES, 2014, p.131).

Por fim, observa-se que a decisão não poderá “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.” Trata-se da aceitação ou não da vinculação ao precedente ou súmula, Daniel Amorim Assumpção Neves (NEVES, 2014, p. 130) esclarece:

Pelo que se compreende do dispositivo legal, se o juiz considerar que o processo apresenta crise jurídica apta a ser resolvida pelo enunciado de súmula ou jurisprudência, e que não esteja superado o entendimento consagrado, e ainda assim decidir pela não aplicação por não concordar com tal entendimento, a decisão será nula por falta de fundamentação.

Nesse caso, estar-se-á diante de verdadeira ficção jurídica, porque, se o órgão justificar seu entendimento contrário àquele consagrado no tribunal, naturalmente estará fundamentando sua decisão, ainda que tal espécie de fundamentação não seja aceita pelo dispositivo ora comentado.

Assim, a vinculação ao precedente ou súmula, poderá levar a nulidade, se não ficar claro, que o caso sob exame diferencia-se do enunciado, por conseguinte, não aplicável.

A prestação jurisdicional exige qualidade e não quantidade. O novo Código trouxe a principiologia de aplicação dos preceitos constitucionais expressamente. Primou pela cooperação e outros princípios processuais.

É evidente que há um descompasso entre as necessidades dos jurisdicionados e o que o Poder Judiciário oferece. Dessa desarmonia, surge a denominada crise de eficiência do Judiciário. Assim, a Justiça passa por uma intensa crise, no nosso entender, reflexo da ausência de implementação de direitos sociais.

A crise sentida pela Justiça, atrela-se, principalmente, ao fator tempo processual, ou seja, a demora na solução de uma demanda posta a apreciação do Poder Judiciário. Essa demora, já era narrada por Rui Barbosa (BARBOSA, 1968, p. 105):

“[...]Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim lesa no patrimônio, honra e liberdade[...]. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.”

O Tempo¹⁰ é fator determinante na vida. Podemos fazer qualquer atividade, com maior ou menor complexidade, obtendo como resultado, em maior ou menor grau de qualidade, a depender precipuamente do tempo. Assim, uma tarefa, ainda que complexa, quanto maior o tempo se dispuser a respeito de seu desenvolvimento, maior se terá êxito qualitativo na sua finalização. No processo, também isso ocorre. O tempo traz maior qualidade à decisão final (aresto). Portanto, um processo que tem seu “tempo útil”¹¹ gasto na apuração dos fatos e do direito, melhor será a sua solução em termos qualitativos. Essa utilidade temporal, visa, via de regra, atender aos anseios da justiça (para as partes – segundo suas convicções) e o convencimento da justiça (para o juiz – motivada e fundamentadamente).

A quantidade avassaladora de demandas, trouxe ao Judiciário, represamento considerável de processos, e conseqüentemente muitos autos, passaram a ficar estacionados, em maior tempo, nas prateleiras, estantes ou arquivos das varas correspondentes.

Tornou-se comum a frase “a Justiça é lenta”, e o fator temporal conspira contra o processo. Narrou Chiovenda que o processo como fonte autônoma de bens; poder-se-ia, com maior realismo, falar do processo contemporâneo como fonte autônoma de males!”(TUCCI, 1999, p. 76-83).

Desse modo, deve o Estado contemporâneo, obrigar-se, por escopo, a composição de litígio, visando a pacificação social, com foco na celeridade. Aliás, apenas para ilustrar, o que seria uma forma de bem utilizar o fator tempo no processo?

Destacamos a doutrina que admite a concessão da tutela antecipada de ofício pelo magistrado. Por exemplo, nos casos em que não houver controvérsia quanto a determinado item do pedido (artigo 356, I do atual Código de processo Civil - artigo 273, § 6º do Código revogado)¹². Nesse caso, é possível afirmar-se, que o ônus do tempo processual recai mais para o autor que para o réu¹³. No contexto, há uma indagação proeminente de Sahione Fadel (FADEL, 1998, p. 7) “ Por que não admitir, se o direito do autor parece evidente e corre o risco de se perder, causando-lhe lesão grave, que ele comece o processo ganhando?”. Assim, o

¹⁰ Rui Barbosa já alertava: “ O tempo excessivo corrói a prestação da tutela jurisdicional. A demora, em certos processos, pode deformar a entrega da solução satisfativa. ” Justiça tardia não é justiça, mas injustiça. É injustiça qualificada. ” - Carnelutti discorre: “O tempo é um inimigo do Direito, contra o qual o juiz deve travar uma luta sem tréguas.” Essas frases são de conhecimento notório no meio jurídico.

¹¹ Nos referimos a tempo útil, por assim dizer, àquele utilizado para os atos processuais, cujos trâmites estão sendo elaborados por servidores, juizes, advogados, ou terceiros na obtenção de cópias informações, etc. Não consideramos útil o tempo em que o processo fica ou permanece parado na estante ou arquivo da secretária ou cartório do foro.

¹² Código de Processo Civil de 2015 – (Artigo 356, I).

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

¹³ É claro que a afirmação não é absoluta em todos os casos, por vezes, a pendência de demanda causa malefícios também ao réu. Há réus que buscam a legítima manutenção do *status quo*, por serem o detentor do bem da vida de modo justo e legal.

magistrado concederá a tutela de evidência antecipada (de ofício) e inverterá o ônus temporal do processo para o réu.

Evidente que essa situação não deve ser admitida como regra, senão em situações excepcionais, cuja morosidade, abuso ou incontrovérsia se verificarem. Trata-se então de instrumento a ser utilizado com vistas a necessidade de reequilibrar o estado de fato que se encontra, e não desequilibrá-lo, e assim ocorrerá uma relativa igualdade temporal no processo.

O caminho a ser trilhado pelo autor até obter a satisfação de seu direito, mostra-se, quase sempre, numa recompensa para o réu inadimplente e num castigo injustificável para o autor. (MARINONI, 1994, p. 27).

Notório ainda, que para suportar a demora processual deve-se possuir algum respaldo econômico, logo, a população pobre, é a mais afetada com a mora na prestação judicial, por não resistir, financeira e economicamente, abre mão de direitos, muitas vezes, reconhecidamente viáveis.

O tempo, por sua vez, não admite a fraqueza econômica. A demora do processo acaba por lesar o princípio da igualdade em sua acepção substancial. Antes de se iniciar-se um processo qualquer, o réu, teoricamente, usufrui o bem da vida que virá a ser vindicado em juízo. A mera distribuição da inicial, nada altera na situação fática, privilegia o inadimplente, cuja demora na solução lhe propicia projetar e administrar o tempo processual, e usufruir daquele bem vindicado em juízo, até que uma decisão demorada venha.

O mais difícil e absurdo é ter-se a certeza de determinado resultado processual, e mesmo assim, estar-se amarrado ao trajeto a ser percorrido, isto é, de aguardar longo tempo (MARINONI, 1994, p. 27), às vezes até intolerável, para obter a respectiva satisfação. O tempo usurpa e corrói com o direito aos poucos, em meio a isso, quando a mora processual - tempo - estiver contrária à ordem jurídica tendente ao ideal de justiça, necessário a intervenção do Estado-juiz.

A apresentação aqui discorrida objetiva fomentar entendimento e discussão em relação a problemática utilização de conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios adotados nas novas ordenações.

A ciência jurídica vem se desenvolvendo e quebrando paradigmas, inovando e aproximando as codificações, numa confluência de princípios e ideais. O Direito Civil e o Direito Processual Civil em franco diálogo com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2016. Ambos os diplomas, possuem normas de cunho processual e material, Flávio Tartuce, aduz:

Isso porque a atual codificação material está repleta de normas de cunho processual, o que fez que surgissem obras que buscam essa aproximação entre o Direito

Material e o Direito Processual, o que é plenamente sadio para o crescimento da ciência jurídica. O mesmo ocorreu com o Novo Código de Processo Civil, com várias normas de cunho material e com a adoção de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, assim como aconteceu com a legislação material brasileira do início deste século XXI.

Referindo-se a Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, Edson Fachim descreve: verificamos uma “ transmutação nuclear do ordenamento jurídico que as linhas limítrofes entre as searas pública e privada se redesenham recolocando a pessoa humana enquanto foco e escopo do ordenamento, conforme bem afirmam os autores.” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, prefácio, p. 12). A Dignidade da Pessoa Humana, como epicentro do sistema normativo pátrio, cuja irradiação axiológica, atinge grau supremo na interpretação e aplicação da norma. E, que seja a força propulsora do desenvolvimento social, da garantia da supremacia dos valores constitucionais e da sua efetividade.

2.1. Cláusulas Abertas ou Cláusulas de Janelas Abertas.

Os instrumentos normativos contemporâneos têm trazido a baila jurídica, institutos novos e com grau de utilidade e concreção acentuados, adequados as sociedades atuais. Trata-se dos referidos institutos dos princípios gerais de direito, das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados. Esse sistema aberto ou de janelas abertas, permite uma dinamização rápida e atual da ciência jurídica, bem como, a aproximação da jurisprudência à contemporaneidade. Permite pois, a constante incorporação e solução jurisdicional reconhecendo completude ao sistema e complementando a função do legislador. Nelson Nery Junior assenta (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2015, p. 1224):

Princípios gerais de direito, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. Princípios gerais de direito são regras que norteiam o juiz na *interpretação* da relação jurídica discutida em juízo. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral). Portanto, a mesma *expressão abstrata*, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral de direito (v.g. princípio da *boa-fé*, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. *boa-fé* para aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – CC 1238 e 1260) ou cláusula geral (*boa-fé* objetiva nos contratos – CC 422). No exemplo dado, o que discrimina a expressão *boa-fé*, como princípio geral, conceito indeterminado ou cláusula geral, é a *função* que ela possui no contexto do sistema, positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade que se lhe dará o julgador (interpretação, solução já prevista na lei ou construção de solução específica pelo próprio juiz). Nesse sentido, é acertada a previsão do CPC 489 quando prevê que a mera indicação do conceito legal indeterminado, sem esclarecimento sobre a sua aplicabilidade ao caso, dá margem à nulidade da sentença por falta de fundamentação. Porém, a fundamentação concisa não pode ser confundida com a não-fundamentação.

Nessa ótica, entendemos que a cláusula aberta ou janela aberta pode ser classificada

como gênero do qual se extrai as espécies os princípios gerais, os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais. Onde os princípios estão ligados ao aspecto interpretativo dado ao juiz ou interprete da lei, normalmente intrínseco ao sistema ou ordenamento jurídico. Já os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, por serem enunciações abstratas feitas pela lei, exigem valoração do juiz, para que possa preencher o seu conteúdo valorativo, logo se constar do comando legal, o magistrado decidirá de acordo com as consequências já destacadas pela lei, nesse caso, conceito legal indeterminado ou se houver necessidade de se construir a solução otimizada ao caso concreto sob o manto do justo, estar-se-á diante de uma cláusula geral.

Consoante destacado pela doutrina acima, a mesma expressão literária, pode apresentar-se e adequar-se a casuística, dependendo da sua funcionalidade a ser utilizada, como princípio, conceito legal indeterminado ou cláusula geral.

Os “conceitos indeterminados” (cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados), princípios (constitucionais e processuais), devem ser claramente explicitados quanto à sua incidência ao caso posto. Anota-se ainda, a motivação não deve ser utilizada como decisão padronizada para vários processos (NEVES, 2014, p.131). É exatamente o que se infere do § 1º e incisos do artigo 489 do novo Código de Processo Civil.

2.1.1. Cláusulas Gerais

As *cláusulas gerais* adotada pela atual codificação (Civil e Processual Civil). O Código de Processo Civil, em vários de seus preceitos, especialmente os inaugurais, acabou por adotar a técnica já conhecida do Código de Reale. Inclusive, o Código de Processo Civil reconhece ativamente (artigo 489) a possibilidade de julgamento baseado nas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, exigindo de motivação pelo juiz. Portanto, não mais resiste o estudo e a divisão incólume, salvo a acadêmica, entre o público e o privado, há imbricações assentes uma na outra. Também “não cabe mais tachar o jurista como *civilista* ou *processualista*, no sentido de que não é possível que um estudioso de uma área dê pareceres sobre a outra. A formação interdisciplinar afasta qualquer afirmação nesse sentido.”

O conceito de cláusulas gerais adotado por Gustavo Tepedino (TEPEDINO; SCHREIBER, 2002, p. XIX.):

“cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas”.

A cláusula geral “permite” inovar (adequar) a norma jurídica, ou seja, após a criação

estática (fixa) da redação pelo Legislativo, o Judiciário adequará a norma a casuística, dinamizará uma interpretação prospectiva. Argumentam:

A ausência de rigidez na formação das previsões normativas permite a dinamicidade do sistema e um grande espaço para a ponderação de critérios. Na medida em que as normas abertas são concretizadas por uma iterativa jurisprudência, se convertem em precedentes que se aplicarão a hipóteses de incidência análogas. As cláusulas gerais permitem a aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, construída por Miguel Reale, uma vez que haverá uma dialética entre a norma, o fato e os valores. A norma será o fato valorado pelo magistrado em consonância aos princípios constitucionais. O magistrado exercerá a vital tarefa de, periodicamente, construir e reconstruir a norma, segundo o valor justiça.

Assim, as cláusulas gerais, são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a construção e solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto. Logo, nas cláusulas gerais, o juiz cria toda a consequência jurídica visando adequar ao caso concreto e com o teor de justiça aplicada. Ex: cláusula geral (*boa-fé* objetiva nos contratos – CC 422).

2.1.2. Os conceitos legais indeterminados

Os conceitos legais indeterminados são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei. Ex: *v.g. boa-fé* “para aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – é a *função* que ela possui no contexto do sistema, positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade que se lhe dará o julgador, cuja solução já prevista na lei.” O exemplo acima foi apresentado por Nelson Nery Junior (NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2015, p. 1224).

Enquanto as *cláusulas gerais* têm um sentido dinâmico, os *conceitos legais indeterminados*, se apresentam na norma como construções estáticas sem definição legal. A doutrina de Karl Engisch (ENGISCH, 1964, p. 188), descreve que a cláusula geral não se confunde com o conceito legal indeterminado, haja vista, que a primeira “contrapõe a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais. ‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”.

Não há propriamente um unanimidade na aceitação doutrinária da expressão conceito jurídico indeterminado, utiliza-se com maior grau de verificação (empírica) a expressão conceito legal indeterminado. Argumenta-se: “ Preferimos a expressão 'conceitos legais indeterminados' àqueloutra 'conceitos 'jurídicos' indeterminados', muito difundida

entre nós, porque a indeterminação está na norma legal e não na forma”(NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, 2015, p. 1224).

Portanto, como o juiz necessita preencher o conceito indeterminado, fundamentando no caso concreto e especificamente, em que consiste, por exemplo a boa-fé ou a duração razoável do processo. A exigência legal, portanto, é de que se concretize a abstração revestida no conceito legal indeterminado. Por isso, mais razoável a utilização da expressão conceito legal indeterminado.

CONCLUSÃO

A inefetividade entre os diplomas legais no ordenamento jurídico, deixa lacuna na teia social, haja vista desarmonizar o sistema como um todo, afrontando a isonomia entre os ramos da ciência jurídica, ou seja, rompe a necessária interdisciplinariedade que deve existir num sistema lógico-jurídico e social.

Sem confluência entre as normas legais, há ruptura legal substancial, pois não atende aos anseios primados pela sociedade, o que leva ao desequilíbrio jurídico-material perseguido, haja vista que a estruturação sistêmica do direito posto, busca assegurar, ou visa a fazer, um balanceamento distribuído proporcionalmente, dos direitos com vistas a uma substancial isonomia, mote básico do ordenamento pátrio (CRFB/88 – artigo 5º, caput).

As ordenações atuais estão sendo sujeitas a debates doutrinários, com efeito, reconhece-se a existência de um consenso no sentido de adotar uma principiologia constitucional. A sociedade contemporânea exigiu inovação e eficácia na atualização normativa, mote esse encontrado nas codificações modernas. Por isso, na esteira dessa compreensão, inserem-se o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015, evidenciando a confluência nas ideologias da Constituição.

A criação normativa deve adotar técnicas jurídicas que tornem o texto legal, apto a perseguir a efetividade ou eficácia social, ou seja, funcional quanto a entrega do bem da vida ao jurisdicionado. Nesse sentido, o arcabouço processual contemporâneo, possui mecanismos para que a decisão seja de qualidade e proferida em tempo razoável, restando ao magistrado bem aplicar e observar a norma. Com esse desiderato, os Códigos Civil e de Processo Civil atendem, razoavelmente as expectativas, nos traz esperança na sua utilização, mormente na principiologia adotada.

O reconhecimento do ordenamento jurídico confluyente nos parece aflorar na ordem jurídica brasileira, a adoção principiológica nas recentes leis, mormente os principais institutos legais (Código Civil e Código de Processo Civil). Esses diplomas normativos,

tentam aproximar a descrição principiológica constitucional. Trazem a lume social, questões que tornam realizável de fato os direitos dos cidadãos, evitando o distanciamento entre a norma (dever ser) e a realidade (ser), na visão clássica do direito. Em contrapartida, outra ótica desponta e é afirmada pelo direito contemporâneo, qual seja, a consagração da necessidade de implementação do jurídico nas realidades sociais (efetividade ou eficácia social).

Por fim, Impende observar, não deve o aplicador do direito ser tímido na observação dos mecanismos aqui apresentados (princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços Rio de Janeiro: TecnoPrint, 1968.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas). José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o processo – 5ª ed. Malheiros: São Paulo. 2009. p. 22.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

DIDIER JR. Fredie. Curso de direito processual civil – Volume 1 – JusPODIVM: Salvador - 15ª edição. 2014.

FADEL, Sahione Fadel, Antecipação da Tutela no Processo Civil, SP. Dialética, 1998, pág. 7

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil - Teoria Geral. 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 18ª ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela de Urgência. Porto Alegre: RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “Recusa à realização do exame de DNA na investigação

de paternidade e direitos da personalidade”, in BARRETO, Vicente (org.), *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – 6. ed. rev., atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 1 o• ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. *O dano social e sua reparação*. Revista Ltr, vol. 71, n ° 11, novembro. São Paulo: LTr, 2007.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. “Minorias no direito civil brasileiro”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, vol. 10, abr./jun. De 2002.

THEODORO Júnior, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O judiciário e os principais fatores da lentidão da justiça. *Revista do Advogado*, São Paulo, n° 56, p 76-83, setembro 1999.