XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-133-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

A RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

LA RELEVANCIA DE PROCEDIMIENTO PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN LA INTERPRETACIÓN Y LA APLICACIÓN DE DE LA LEY

Aline Maria Da Rocha Lemos

Resumo

A Constituição de 1998 explicita diversos princípios que se relacionam ao direito processual, cuja condensação visa buscar a plenitude da prestação jurisdicional. Vale ressaltar que apenas a existência dos princípios como ideal não confere ao ordenamento jurídico um caráter significativo, mas sim a sua aplicação adequada. O novo CPC, por sua vez, aponta um maior enfoque aos princípios processuais, pois reúne os princípios que devem reger o processo, organizados no capítulo que trata das normas fundamentais do processo. Na busca pela efetividade, o jurista deve abstrair o positivismo das leis, escapando da frieza dos textos legais, buscando uma correlação teleológica das regras e princípios com às situações concretas, pois com a Constituição de 1988 não se pode mais conceber um sistema jurídico sem efetividade. Sem dúvida, esse é o desafio dos tempos coevos e o novo CPC vem prestigiar a necessidade de uma interpretação com mais qualidade.

Palavras-chave: Princípios, Efetividade, Sistema, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

La Constitución de 1998 enuncia una serie de principios que se refieren a la ley procesal, cuya condensación tiene como objetivo la búsqueda de la plenitud de la adjudicación. Es de destacar que sólo la existencia de principios como un ideal no da la ley un carácter significativo, sino más bien su correcta aplicación. El nuevo Código de Procedimiento Civil, por su parte, apunta a un mayor enfoque en los principios de procedimiento, ya que cumple con los principios que deben regir el proceso, organizada en el capítulo que se ocupa de las normas fundamentales del proceso. En la búsqueda de la eficacia, el jurista debe abstraer el positivismo de las leyes, escapando de la frialdad de los textos legales, buscando una correlación teleológica de las normas y principios a situaciones concretas, como en la Constitución de 1988 ya no puede concebir un sistema legal sin eficacia . Sin duda, este es el desafío de los tiempos coetáneos y el nuevo CPC viene honrar la necesidad de interpretación con más calidad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principios, Eficacia, Sistema, Nuevo código de procedimiento civil

1- Considerações introdutórias:

Observa-se que o Direito Positivo é o complexo de normas jurídicas válidas dentro de um dado país, com a finalidade de reger a vida de determinado povo. Desse modo, se liga de forma intensa à necessidade de regramento das condutas humanas dentro de um dado meio social, exteriorizando-se mediante uma linguagem específica.

A ordem jurídica, por sua vez, forma um colosso normativo dotado de integridade e unicidade. Por mais que se alegue que existem sistemas múltiplos normativos, e mesmo estando aberto para outros acontecimentos, pois está em contato com outras ciências, o Direito em si mesmo é uno, pois o fenômeno jurídico é íntegro, visto que se apresenta em sua totalidade. Esta característica se apresenta, especialmente, pela existência das normas de natureza principiológica no ordenamento.

É cediço que o conceito de princípio não provém do sistema jurídico. Ordinariamente, o vocábulo significa o instante em que algo se origina, a primeira causa, a base, a verdade fundamental. Nos informa Luís Diez Picazo (1983, p. 1268), que a idéia de princípio tem fincas na matemática, mais precisamente na geometria, onde o signo *princípio* designa as verdades primeiras, "*premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico*".

Da matemática o signo migra para o universo deôntico do Direito, onde a definição se contextualiza ao ordenamento, assumindo a função diferenciada, senão veja-se:

> O princípio assumo um papel de mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico". (MELLO, 2000. p. 629-630).

Superada foi a discussão a respeito da classificação dos princípios como espécie de norma jurídica.[1] O seu subaproveitamento se mostrava afeto à velha hermenêutica, pois, nessa

[1] A palavra "princípio" pode ter diversos significados. Assinala Paulo de Barros Carvalho que os princípios podem denotar: "a) norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada,

época, os princípios tinham um grau de indeterminação a ponto de retirar-lhes sua operabilidade prática. A inserção constitucional dos princípios, que começou a partir da segunda metade do século XX, fez com que tal característica fosse revista e a normatividade passou a ser entendida como função dos princípios, especialmente dos princípios constitucionais. (BONAVIDES, 2006, p. 258-259).

Por sua vez, as Constituições promulgadas a partir das últimas décadas do século XX afirmam a influência axiológica dos princípios, atribuindo-lhes uma insofismável normatividade, a qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDES, 2006, p. 264).

Ante a tal panorama, o Novo Código de Processo Civil inova ao trazer para o ordenamento processual um rol de princípios constitucionais. A sua parte geral começa com a expressão "Dos princípios e garantias fundamentais", reforçando a ideia do modelo constitucional. Os princípios do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil são trazidos para o processo civil em seu artigo 6º, enquanto que os artigos 8º, 9º e 10º reforçam a ideia do contraditório, que é a base de qualquer processo.

Destarte, por ser o Direito um fenômeno normativo, não há como um princípio jurídico não ser considerado normativo. O raciocínio da inexistência de normatividade dos princípios é um grande equívoco, que foi superado. Os princípios claramente aparecem, genérica ou especificamente, como normas de dedução lógica, inerente à historicidade, integralidade e sistemacidade do fenômeno jurídico, que podem ser identificados, expressa ou implicitamente, na ordem jurídica positiva.

2- A FUNÇÃO DE SISTEMATIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO

É importante perceber a função sistematização do ordenamento jurídico dos princípios, na medida em que são eles apontam as diretrizes jus filosóficas, axiológicas, científicas e técnicas do sistema jurídico. Sendo assim, funcionam como pantômetro entre os diversos interesses, muitas vezes antagônicos, e diversas regras contempladas na ordem jurídica em geral.

---

mas consideradas independentemente das estruturas normativas; e d) como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos princípio como norma; enquanto nos dois últimos, princípio como valor ou como critério objetivo." (2000, p. 142) O termo "princípio" utilizado ao longo do capítulo, apesar da restrição "princípio constitucional", está diretamente ligado às idéias, que não são excludentes, de norma, valor e critério objetivo.

Juntamente com a função de sistematização, os princípios habilitam um sistema jurídico uno, visto que podem suprir as lacunas deixadas pelas regras. Aliás, essa é a função de integração. Eles, portanto, fazem a ligação da ordem jurídica, moldando-a de forma integral, sem deixar que exista lacuna de norma.

Por mais que se afirme que o sistema jurídico é aberto para os outros fenômenos, a exemplo do fenômeno social (AZEVEDO, 2000, p. 16), ele não deixa de ser íntegro, pois as suas normas (regras e princípios) formam um sistema, que impõe um dever-ser. Portanto, na ausência de uma regra, incidem os princípios jurídicos, que são normas, no sentido de se deduzir uma regra específica para o caso concreto, manifestando uma das facetas da interpretação.

Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Kelsen (1991, p. 363) sobre a interpretação, veja-se:

> Uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. (...). Na hipótese da interpretação da lei, deve procurar responder à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto.

No âmbito constitucional tais funções destacam-se na medida em que "*os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos e qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.*" (BARROSO, 2003, p. 151).

Com sabedoria, Paulo Bonavides sustenta que incumbe ao julgador manejar a Constituição de modo a conferir-lhe plena efetividade nas situações concretas. Seguramente os princípios constitucionais são meios para tanto, pois eles fazem a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa eleva-se ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. Eles são qualitativamente o ponto fundamental do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. (BONAVIDES, 2006, p. 260-261).

3 - A FUNÇÃO NORMATIVA

Superada é a discussão a respeito da classificação dos princípios como espécie de norma jurídica. O seu subaproveitamento se mostrava afeto à Velha Hermenêutica. Nessa época, os princípios tinham um grau de indeterminação a ponto de retirar-lhes sua operabilidade prática. Mas, a inserção constitucional dos princípios, que começou a partir da segunda metade do século XX, fez com que tal característica fosse revista e a normatividade passou a ser entendida como função dos princípios, especialmente dos princípios constitucionais. (BONAVIDES, 2006, p. 258-259).

As constituições promulgadas a partir das últimas décadas do século XX afirmam a influência axiológica dos princípios, atribuindo-lhes uma insofismável normatividade, a qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (BONAVIDES, 2006, p. 264).

Descobriu-se, então, o óbvio: já que Direito é um fenômeno normativo, não há como um princípio jurídico não ser considerado normativo.[2] O raciocínio da inexistência de normatividade dos princípios é um grande equívoco, que foi superado.

A positividade ou normatividade dos princípios se afirma no chamado pós positivismo, como se observa nas idéias de Dworkin (1997, p. 135), a saber:

> Una vez que abandonamos esta doctrina (positivismo) y tratamos los princípios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica (a ser cumprida pelo jurisdicionado) pueda ser impuesta tanto por una constelación de princípios como por una norma estabelecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación, en función de diferentes clases de princípios obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Em igual, Robert Alexy (1994, p. 22) afirma que tanto as regras como os princípios são normas; os princípios possuem um alto grau de generalidade, diferentemente das regras, dotadas de baixa generalidade. Em sua obra, ao revés do que ocorre na de Dworkin, a noção de uma única resposta correta para os casos difíceis ocupa apenas uma função regulativa, isto é, quando se usa a ponderações de princípios pode-se chegar a mais de uma resposta para a situação concreta. O

[2] Neste sentido, V. Crisafulli já afirmava em 1952. *In* La Constituzione e lê sue Disposizioni di Principio. Milão: 1952 *apud* Bonavides, op. cit., p..257.

autor enfatiza que "*No existe ningún procedimento que permita, com una seguridad intersubjetivamente necessária, llegar en cada caso a una única respuesta correcta*".

Ricardo Guastini (1999, p. 142 -178) contribuiu intensamente neste sentido, ao catalogar jurisprudência e doutrina que estabelecem seis variações do conceito de princípio, voltadas para o caráter normativo, a saber:

> 1- os princípios, ou as disposições legislativas equivalentes às normas, possuem um alto grau de generalidade; 2- os princípios possuem como característica a indeterminação e, por isso, necessitam de interpretação para a sua aplicação nos casos concretos; 3- o termo princípio é também utilizado como sinônimo de normas de caráter programático; 4-normas, ou dispositivos que equivalem a normas, com um escalonamento superior concernente as fontes do Direito são chamados de princípio; 5- os juristas entendem por princípio as normas, ou disposições normativas, que possuem uma função indispensável juridicamente e politicamente, ou mesmo no Direito Civil, Direito do Trabalho e outros; 6- a expressão princípio é dirigida aos órgãos de aplicação, que farão a escolha dos princípios para os diversos casos.

Nesta sistemática, as normas de direito não têm validade apartada, ou seja, os princípios não são caracterizados como metanormativos. Ao revés, estão num conjunto harmônico e interdependente, do qual se retiram os seus plenos significados, sendo que todas as normas do sistema se voltam para a norma fundamental. (CARVALHO, 2000, p. 56).

Por isso, uma das elementares regras de hermenêutica constitucional aponta para a compreensão do texto normativo em sua totalidade. Não se interpreta uma Constituição em tiras ou em pedaços, pois ela compõe um sistema normativo. (GRAU, 2004, p. 56).

O sistema jurídico oferece uma característica importante, qual seja, as normas possuem uma hierarquia, que se dá no plano formal, material e até mesmo processual. Sendo que todas as normas do sistema se voltam para a norma fundamental.

José Afonso da Silva expressa uma grande preocupação acerca da contextualização na interpretação constitucional, especialmente com a chamada interpretação que vem de "fora para dentro". Para ele, muitos autores não têm dado relevada importância ao método. A interpretação do texto da constituição, por si só, apresenta-se incompleto, se não vinculado à hermenêutica

contextual, que indica ao interprete o sentido de uma norma dentro de uma estrutura normativa especifica dentro da totalidade normativa da Constituição. (2005, p. 441/442).

Para realçar as suas ideias, Silva (2005, p. 443) cita um trecho do voto do Exmo. Ministro Carlos Velloso, a saber: *"quando se interpretam normas constitucionais, deve o interprete estar atento ao espírito da Constituição, ao que ela contem no seu contexto".*

Dessa feita, os princípios claramente aparecem, genericamente ou especificamente, como normas de dedução lógica inerente à historicidade, integralidade e sistemacidade do fenômeno jurídico, que podem ser identificados, expressamente ou implicitamente, na ordem jurídica positiva.

4 - A DIVERSIDADE DE DIRETRIZES DOS PRINCÍPIOS E AS MÚLTIPLAS POSSIBILIDADES HERMENÊUTICAS

As respostas para os problemas que surgem na *práxis* do Direito estão, muitas vezes, nos princípios constitucionais. Melhor seria que a atividade de interpretação da Constituição começasse pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, dirigindo-se do mais genérico para o mais específico, até chegar à regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 2003, p. 151).

Por sua vez, o aplicador da norma, em alguns momentos, lhes atribui interpretações em contraposição aos elementos lógicos, acarretando no desvirtuamento do sistema de princípios constitucionais, colocando em risco a harmonia do sistema jurídico ou mesmo produzindo ilegalidades e inconstitucionalidades.

Verifica-se que os princípios constitucionais vistos na forma de ideias fundamentais apresentam uma forma pura, ou seja, modelos perfeitos a serem seguidos. No entanto, ao transportá-los para o mundo concreto, momentaneamente, eles se corroem ou se desintegram com a ação do homem, que os modifica e interpreta conforme as circunstâncias e convicções pessoais, tornando-os cópias imperfeitas do modelo ideal.[3]

Nestes casos, a função de alicerce do sistema torna-se progressivamente menos efetiva, vale dizer, menos capaz de solucionar os problemas, de orientar as decisões, devido a uma

[3]Cf. KANT (1999). No capítulo segundo, o singular filósofo analisa a doutrina transcendental da capacidade de julgar ou analítica dos princípios, esclarecendo sobre o sistema dos princípios do entendimento puro.

mitigação da sua importância em detrimento da aplicação de determinadas normas de caráter político.

Essa situação anômala deve ser evitada para a garantia do ordenamento e da ordem jurídica, visto que a base principiológica é o instrumento para se superar o legalismo e buscar no próprio sistema a solução mais adequada para o caso concreto. (BARROSO, p. 156)

Entretanto, não se pode negar a existência da diversidade de diretrizes dos princípios, bem como as suas múltiplas possibilidades hermenêuticas. O princípio é composto de premissas e parâmetros de raciocínio jus filosóficos, axiológicos, científicos e/ou técnicos, que incidem sobre o processo de interpretação e aplicação das regras jurídicas.

Por óbvio, a Constituição é profundamente infiltrada pela política e alberga um grande número de normas enunciadas de modo vago e aberto, franqueando ao intérprete um largo espaço para valorações subjetivas, nos quais inevitavelmente o fator ideológico acaba aflorando. (SARMENTO, 1999, p. 36).

As normas não podem ser simplesmente interpretadas por si mesmas, ao contrário, devem ser vistas contextualmente, sendo que os princípios conformam a interpretação e a aplicação. Assim sendo, o arbítrio cede lugar para a ponderação.

Neste contexto, surge a ponderação de bens como um método que maneja o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. E assim as diversas diretrizes dos princípios devem ser vistas em contexto com o ordenamento. (SARMENTO, p.57/58).

A lógica desse raciocínio já foi explicitada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem recorrido crescentemente ao princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) como fundamento das suas decisões tanto para invalidar atos administrativos, como para pronunciar a inconstitucionalidade de leis. A exemplo, O STF tem rejeitado discriminações por força de idade na inscrição em concursos públicos, definiu o conceito de família, incluindo as uniões homoafetivas, definiu a possibilidade de interrupção da gravidez em face de anencefalia e tantos outros julgamentos, que prestigiaram a razoabilidade. [4]

---

[4] Para Gilmar Mendes, a razoabilidade vai aferir "a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo. (...) A violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre

No alerta de Luiz Roberto Barroso (2002, p. 158) esse princípio faz parceria com a isonomia e embora existam classificações suspeitas como as fundadas em origem, raça, sexo, cor e idade (CF, art. 3º, IV), poderão elas subsistir validamente se atenderem, com razoabilidade, a um fim constitucionalmente legítimo.

Por outro lado, não se pode deixar de observar a ponderação de bens de forma crítica. Daniel Sarmento enumera três críticas à ponderação de bens.

> O primeiro argumento relaciona-se com o alegado esvaziamentos dos direitos fundamentais que o método da ponderação acarretaria, ao torna-los relativos e subordinados a uma espécie de "reserva de ponderação".
>
> O segundo argumento volta-se contra a pretensa inconsistência metodológica da ponderação de bens, aduzindo que esta traduz apenas um procedimento formal, que não oferece ao intérprete pautas materiais para a solução dos casos concretos.(...)
>
> Finalmente, o terceiro argumento sustenta que o método da ponderação de bens implica na outorga de um poder excessivo ao poder judiciário, em detrimento do Legislativos, engendrado por isso um déficit de legitimidade democrática no processo decisório, uma vez que os membros do Poder Judiciário em regra não são eleitos.

Deve ficar claro que, de fato, a ponderação de bens não é perfeita, mas dentro da contingência do processo decisório, com pluralidades de alternativas, ainda não se construiu nada mais seguro e eficaz.[5]

5- A Constituição de 1988 e os princípios processuais constitucionais

Na busca da isonomia, efetividade e instrumentalidade processual, os princípios constitucionais iluminam toda a Legislação com raios direcionados à Justiça. As respostas para os

---

meios e fins". *In* O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, p. 1-2.

[5] A posição sustentada por Dworkin, no sentido que existe uma única resposta para os casos difíceis, não me parece ser concretizável, uma vez que necessita do chamado juiz Hércules, com poderes divinos, que o próprio Dworkin, inclusive, reconheceu a impossibilidade de realização concreta.

problemas que surgem na *práxis* [6] do Direito estão, muitas vezes, nos princípios constitucionais. "O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins". (BARROSO, 2003, p. 151).

Porém, o aplicador da norma, em alguns momentos, não examina, constantemente, tais fundamentos, dando interpretações em contraposição aos elementos lógicos, acarretando o desvirtuamento do sistema de princípios, colocando em risco a harmonia do sistema jurídico ou mesmo produzindo ilegalidades e inconstitucionalidades.

Destarte, verifica-se que os princípios vistos na forma de ideias fundamentais apresentam uma formulação pura, ou seja, modelos perfeitos a serem seguidos. No entanto, ao transportá-los para o mundo concreto, em alguns momentos, eles se corroem ou se desintegram com a ação do homem, que os modifica e interpreta conforme as circunstâncias socioeconômicas, culturais e históricas, tornando-os cópias imperfeitas do modelo ideal. (KANT, 1999, p. 149).

Nestes casos, a função deles torna-se, progressivamente, menos efetiva, vale dizer, menos capaz de explicar os problemas, de orientar as decisões, devido a uma mitigação da sua importância, em detrimento da aplicação de determinadas normas de caráter político.[7] Essa situação deve ser evitada para a garantia do ordenamento, visto que a base principiológica é o instrumento para se superar o legalismo e buscar no próprio sistema a solução mais adequada para o caso concreto.

Assim, para a hipótese de violação ou ameaça de violação de direitos reconhecidos, o legislador cuidou de garantir, em nível constitucional (art. 5º, XXXV), o direito de acesso amplo à ordem jurídica, querendo exprimir a idéia de se recorrer ao Poder Judiciário e dele receber a tutela jurisdicional justa, eficaz e adequada, sem dilações indevidas de tempo, o que poderia importar em desnaturação ou perecimento ao bem da vida que se pretende.[8]

---

[6] A palavra *praxis* possui algumas conotações filosóficas: a uma, no aristotelismo, ditando o conjunto de atividades humanas autotélicas, cuja manifestação mais representativa é a política, e caracterizadas especialmente por sua natureza concreta, em oposição à reflexão teórica. A duas, no marxismo, identificando uma ação objetiva que, superando e concretizando a crítica social meramente teórica, permite ao ser humano construir a si mesmo e o seu mundo, de forma livre e autônoma, nos âmbitos cultural, político e econômico.

[7] Convém pontuar sobre a acentuada discussão a respeito da questão política do Direito Constitucional. Na visão de Ivo Dantas (2007, p. 185), nos dias atuais, em consequência do âmbito sobre o qual se voltam as análises do Direito Constitucional, a sua politização é reconhecida. Ao revés, Jorge Miranda esclarece que "falando em Direito Constitucional, pensa-se mais na regulamentação jurídica, no estatuto, na forma de Direito que é a Constituição. Falando em Direito Político, pensa-se mais no objecto da regulamentação". (1996, p. 14).

[8] Em que pese a grande imposição constitucional da duração razoável do processo, convém assinalar as palavras de CRUZ E TUCCI, *in* Tempo e Processo, p. 15. "*...a experiência nos mostra que esse ideal, na grande*

Isto porque, a processualística, desde muito cedo, vislumbrou a necessidade de se estudar o processo à luz dos preceitos constitucionais.[9] E a Constituição Federal de 1988 ofereceu um grande impulso a essa tendência, pois incluiu no rol dos direitos fundamentais uma série de dispositivos de natureza processual, em número sem precedente na história constitucional brasileira. (DIDIER JR, 2005, p. 25).

Entre tais, estão os princípios processuais constitucionais, que muito embora não conduzam à criação de um ramo autônomo do direito processual, configuram-se como um importante ponto metodológico e sistemático. CINTRA et. Al, 2006, p. 79).

Efetivamente, o horizonte que se abriu ao processualista impõe-lhe a busca do aperfeiçoamento desse sistema jurídico, bem como dos princípios constitucionais que o formam.

Observa-se que o conteúdo do processo constitucional tem ampliado, sendo que alguns temas estão presentes nos diversos sistemas de jurisdição constitucional.[10] Em assim sendo, assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais tomam real importância. (BARACHO, 2006, p. 28).

Neste prumo, vislumbra-se que a Constituição de 1988 assenta o princípio processual mais democrático que é o devido processo legal, caracterizando-se como uma garantia do cidadão ao exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário.

---

maioria das vezes, em decorrência de múltiplos fatores, não vem cumprido... E retrata-se na famosa advertência, atribuída ao antigo Conselheiro De la Bruyere, de que `a demora na administração da justiça constitui, na verdade, pura denegação da justiça!´”.

[9] Assinala José Alfredo de Oliveira Baracho que, desde o aparecimento do trabalho de Hans Kelsen, em 1928, sobre a garantia jurisdicional da Constituição, também denominada de Justiça Constitucional, a questão do processo constitucional passou a ocupar largos espaços no Direito Comparado, utilizando-se destacadamente da questão da custódia da Constituição. As ideias de Kelsen apoiam-se nas experiências do Tribunal Constitucional da Áustria de 1920. *Direito Processual Constitucional*: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Forum, 2006, p. 23. Pontua, por sua vez, Ada Pellegrini Grinover que, no Brasil, desde cedo houve clima para os estudos constitucionais do processo, pois a Constituição de 1891 trouxe muitos institutos do sistema jurídico norte-americano, desde o princípio da unicidade da jurisdição e da *judicial review* dos atos administrativos e legislativos, passando pela garantia do *due process of law* e culminando com os instrumentos constitucionais de defesa das liberdades. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 6.

[10] Há basicamente dois sistemas de controle de constitucionalidade no direito estrangeiro. O difuso, que surgiu em 1803, nos Estados Unidos, com o célebre *leading case* William Marbury v. James Madison, quando se fincou a idéia de que uma lei do Congresso, contrária à Constituição, carece de validade, e o concentrado, desenvolvido na Áustria, em 1920, por Hans Kelsen, utilizado de forma acentuada nos países europeus. Cada país incorpora a estrutura que se fundamenta mais adequada à sua organização judiciária. A atividade de controle pode ser exercida também por órgãos políticos, podendo recair sobre o próprio Legislativo. Como exemplos, podem ser apontados o Conselho Constitucional da atual Constituição Francesa, o *Presidium* do Soviete Supremo da Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 07/10/1977, entre outros. Cf. NOBRE JÚNIOR. Edílson Pereira. *Controle de Constitucionalidade*: *modelos brasileiro e italiano* (breve análise comparativa). Rio de Janeiro: Revista de Direito. Administrativo. Nº 222: 143-178, 2000.

Conforme ensina Rui Portanova (2001. p 145-146), no Brasil este princípio já estava consagrado antes da Constituição de 1988, vez que estava expresso nos artigos 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e, por isso, difundido na ordem jurídica. Já a ideia, com a expressão em língua inglesa, que se tornou consagrada, *due process of law*, apareceu pela primeira vez em uma emenda à Constituição americana. [11]

Vários são os dispositivos constitucionais, afora o art. 5º, LIV, que completam o sentido do princípio do devido processo legal. São eles: o direito de petição aos Poderes Públicos (art. 5º, XXXIV), a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV), o juiz natural (art. 5º, XXXVIII), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV) entre outros.

Todos esses regulamentos são reflexos do princípio do devido processo legal. Neste sentido, Nelson Nery Júnior (1996a p. 40) sustenta:

> Bastaria a Constituição Federal de 1998 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despiciendas. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possa aplicar a cláusula sem maiores indagações.

No alerta de Ada Pellegrini Grinover (1973, p. 34), o conceito de devido processo legal possui aspectos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, o referido princípio ganhou um diferente alcance, uma vez que foi acrescido o inciso LXXVIII ao art. 5º, garantindo que: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação", bem como se adicionou a alínea "e" ao inciso II do art. 92, remetendo que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver

[11] Assinala Portanova que, na primavera de 1789, Madison introduziu no Primeiro Congresso uma emenda, que depois se converteu na Quinta Emenda: nenhuma pessoa será privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal.

autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão".[12]

Através de tais dispositivos, o legislador procurou eleger como direito fundamental a prestação jurisdicional, apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que não se verificou de forma natural e espontânea, como também penalizar o juiz que não procurar cumprir tal disposição. (MARCATO, 2005, p. 831).

Neste passo, afigura-se importante o conteúdo do princípio do juiz natural, expresso na Lei Maior, no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, dando garantia à ordem jurídica como um todo, no sentido de conferir a não existência de Tribunal criado após o fato, nem juiz designado *ad hoc*, além da necessidade de imparcialidade deste, sem ser neutro.

Examinando o tema, o Alexandre Freitas Câmara (2004, p. 47), de forma interessante, salientou que:

> A neutralidade poderia levar o juiz a uma posição passiva, de mero espectador do processo, esperando que as partes se digladiassem para, só após, e com base estritamente nos elementos trazidos pelas partes, proferir sua decisão. Tal neutralidade, porém, não está de acordo com as exigências do processo moderno, em que se quer um juiz dirigente e participativo, capaz de guiar o processo, com poderes reais de direção do processo, podendo – por exemplo – determinar de ofício a produção das provas que entender necessárias (como autoriza o art. 130 do CPC).

Da mesma forma, Fábio Konder Comparatto[13] explica que a era do juiz politicamente neutro ficou para trás, pois os juízes deixaram de ser "árbitros distantes e indiferentes de conflitos

---

[12] No alerta de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, grande parte das reformas processuais alinham-se com tais garantias constitucionais. As reformas visam a melhorar a demora anormal do processo, fruto do aumento do número dos feitos e da complexidade dos litígios, sem o redimensionamento e preparo adequado da estrutura do Poder Judiciário, mas também a demora normal do processo, decorrente da concepção e da estruturação dos processos de conhecimento e de execução, como processos autônomos, do prestígio dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da recorribilidade das decisões judiciais, do reexame obrigatório, tópicos que já mereceram no disciplina nas reformas. Cf. Execução por título judicial e duração razoável do processo: as reformas serão frutuosas? In *Execução Civil*. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: RT: 2007, p. 61.

[13] In: *As novas funções judiciais do Estado moderno*. In*:* Revista da Ajuris nº 37. Porto Alegre: AJURIS, 1987, p. 202.

privados, ou de litígios entre indivíduos e Estado", para "realizar, no seu campo de atividade, os grandes objetivos socioeconômicos da organização constitucional".

Destarte, o juiz natural é aquele que faz parte do Poder Judiciário, com direito às garantias específicas previstas no art. 95 da Constituição Federal, a fim de dar segurança ao processo judicial. Veja-se que o referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, respeitando as regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência do órgão julgador, bem assim contemplando a imparcialidade do juiz. (CÂMARA, p.43-48).

Logo, o magistrado, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis, para consolidar o direito à tutela efetiva (que é direito fundamental), deve atuar independentemente e, até mesmo, contra a vontade da lei infraconstitucional que esteja de encontro às normas constitucionais, pois, para efetivar tais preceitos, não precisa pedir vênia a ninguém[14]. A previsão da inafastabilidade do controle jurisdicional ou acesso à justiça, assinalada no art. 5º – XXXV, corrobora esta possibilidade.

Nesse campo, vale lembrar as palavras de Nelson Nery Júnior (1995, p. 95), tonificando que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional, preventiva ou reparatória, relativamente a um direito. A Constituição garantiu o livre caminho ao cidadão para buscar seu direito no Poder Judiciário e promover, outrossim, uma grande proximidade entre as normas constitucionais e o processo enquanto instrumento da jurisdição.

Sabe-se, também, que a jurisdição é uma função provocada, pois o juiz, com algumas exceções, não a exerce de ofício, para que possa manter sua imparcialidade, como assevera a maioria da doutrina. (MARCATO, p.38)

Porém, atualmente, a inércia da jurisdição tem sido vista com maior amplitude, diante da atribuição de amplos poderes de direção do processo ao magistrado, a exemplo da possibilidade de determinar, sem provocação, conforme já afirmado, a produção dos meios de prova para a formação do seu convencimento.

Registre-se, por oportuno, que os casos de pedidos implícitos, oriundos de situações de urgência, vêm sendo concedidos, ainda que não solicitados, expressamente, pelas partes. Bem

---

[14] Em contrário, o entendimento do STF, firmado no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4, ao fixar a "Proibição, dirigida a qualquer juiz ou Tribunal, de prolatar decisão sobre pedido de antecipação de tutela que tenha como pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma inscrita no art. 1º da Lei nº 9.494/97"; assim como na RCL nº 846-7 e Rcl 1789.

assim, observa-se a existência de autorização legal, inclusive, para que o magistrado tome providências no sentido de garantir a eficácia da prestação jurisdicional, na forma do § 5° do art. 461 do CPC. (DIDIER JR, p. 77).

É que, na prática, existem situações em que o princípio da demanda deve apresenta-se restrito à instauração do processo e à determinação do objeto litigioso (DIDIER JR, p. 77), seja no intuito de garantir a efetividade processual, ou mesmo em vista de não causar qualquer prejuízo ao processo, a exemplo da transformação da concordata em falência; do inventário aberto de ofício; a execução trabalhista; a fixação de multas de ofício, para que se obtenha a execução específica ou resultado equivalente, nas obrigações de fazer e não fazer; a concessão da tutela antecipada de ofício nos Juizados Especiais Federais e mesmo no procedimento comum, entre outros.

Há quem identifique o princípio da demanda com o da iniciativa da parte, previsto nos artigos 2º e 128 do Código de Processo Civil, razão pela qual o juiz não pode fugir dos princípios fixados pela parte, julgando *extra, ultra* ou *citra petita* e, por isso, alguns poderes atribuídos ao magistrado apresentar-se-iam um risco. (LIMA, 2002, p. 90-93).

Todavia, a jurisdição não se mostra, apenas, aos interesses privados das partes, mas, sobretudo, ao interesse público na resolução dos conflitos, onde o magistrado deixa de ser mero espectador das partes, competindo-lhe dar andamento ao feito, uma vez iniciado o processo com a demanda. (LIMA, 2002, p. 90-93).

Trata-se de exigências para um processo efetivo, levando-se em consideração que a jurisdição é o meio eleito, pelo menos em geral, como via idônea para aplicar o direito ao caso concreto, pacificar os conflitos por soluções efetivas, tutelando os direitos fundamentais e afirmando a soberania. (DINAMARCO, 1999, p. 149/155).

Partindo-se desse pressuposto, havendo choques entre a aplicação dos princípios constitucionais, deve-se recorrer ao princípio, também constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade, que se deduz da noção do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, o qual impõe uma adequação, necessidade e instrumentalidade das decisões. Portanto, os princípios fundamentais precisam ser harmonizados para se extrair o verdadeiro conteúdo do que seja o devido processo legal e, havendo conflitos entre normas princípios, a melhor solução estará na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido. (CANOTILHO, p. 167-168).

Ademais, verifica-se que a Constituição do Brasil, no art. 5º – LV consagra o princípio do contraditório, no sentido de garantir o direito à informação dos atos processuais, bem como a possibilidade de reação aos atos que lhe sejam desfavoráveis, isto é, a bilateralidade dos atos e termos processuais e, ainda, a possibilidade de contrariá-los com provas e alegações. [15]

Tratando deste princípio, Willlis Santiago Guerra Filho (1999, p. 27) expõe:

> Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do estado, ou seja, um princípio de organização do estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, onde se pode falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães.

E, também, Rui Portanova (1995, p. 161) assevera que o princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois remete o direito de informação e a participação do indivíduo na preparação do ato de poder. A importância do contraditório irradia-se para todos os campos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal são integrados pela bilateralidade.

O novo CPC ressalta o conceito de contraditório, impossibilitando decisões, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação, ainda que se trate de matéria de ordem pública.

Importante indicar, também, o princípio do duplo grau de jurisdição, pois, apesar de não haver previsão constitucional como garantia fundamental do cidadão na Carta Magna, pode ser inferido da sistemática do Judiciário, isto é, trata-se de um princípio implícito.

Ele consiste na possibilidade do reexame das decisões judiciais por outro órgão judicial, diferente do que proferiu a decisão ou sentença a ser reapreciada. Ressalte-se que este princípio não é regra, e, sim, uma opção dada à parte, excetuando-se, apenas, nas decisões contra a

---

[15] Assinale-se, inclusive, que este princípio comporta várias possibilidades dentro dos ramos processuais. No processo penal evidencia-se muito mais forte, amplo e intenso que nos outros ramos processuais. *"No processo penal, o respeito a este chamado vai tão longe que, uma vez citado e não comparecendo (ou não sendo encontrado porque em lugar incerto e não sabido), o Estado-juiz nomeia-lhe defensor para que faça sua defesa técnica (art. 261 do CPP)*". (RANGEL, 2003. p.16).

Fazenda Pública, pois existe a figura do reexame necessário, ante a supremacia do princípio da superioridade do interesse público ao privado.

A existência deste princípio tem como fundamentação inúmeros argumentos, entre eles, que o juiz de segunda instância é mais experiente e mais instruído que o de primeira; há possibilidade de erro e prevaricação do julgador de primeiro grau; necessidade de controle psicológico do juiz monocrático, sabedor de que sua decisão será reexaminada; maior exame da questão; inconformismo natural da parte que perdeu; necessidade de controle dos atos jurisdicionais, enquanto atividade estatal. (LASPRO, 1995, p. 99).

Há também sérias críticas ao duplo grau de jurisdição, suscitando-se suas desvantagens por considerá-lo que ofende o acesso à justiça, desprestigia a primeira instância, além de não possuir grandes utilidades, se mantida a decisão recorrida. (LASPRO, p. 99).

O fato é que o processo nos Tribunais está a merecer grandes reformas. A restrição das possibilidades de recurso seria a melhor solução para se evitar a procrastinação da prestação jurisdicional.[16]

Apesar do novo CPC diminuir a quantidade de recursos e abordar a teoria do precedente, o legislador ainda trouxe uma quantidade significativa de recursos, possibilitando o prolongamento do processo de forma muito significativa nos tribunais.

O duplo grau de jurisdição deve caminhar, portanto, para adequar-se à realidade, que exige um processo mais célere e efetivo, não através da abolição da possibilidade de interposição de recursos, mas de restrições que não comprometam as garantias previstas na Constituição Federal, mesmo porque é função daquele uniformizar decisões judiciais, para o que se mostra imprescindível a atividade dos tribunais. (CHIOVENDA, 1998, p. 99).

Como se observou, a Constituição de 1998 explicita diversos princípios que se relacionam ao direito processual, cuja condensação visa a buscar a plenitude da tutela jurisdicional. Mas apenas a existência dos princípios como ideal não confere ao ordenamento jurídico um caráter significativo. A condição de exercício, buscando uma aplicação racional, é o que implicará para a efetividade do sistema, sendo indeclinável a aplicação constante dos

---

[16] A possibilidade de se estabelecer restrições ao direito de recorrer é plenamente admissível. Nenhum direito fundamental é imune a restrições, mesmo que se trate de direito que não se encontra sob a reserva (simples ou qualificada) de lei. Neste sentido, afirma Ingo Sarlet, quando diz que a simples previsão de instâncias recursais na Constituição não autoriza a conclusão de que nela está garantido, ao menos de forma absoluta, o duplo grau de jurisdição. Cf. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. In: Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 66, p. 126.

princípios no direito, não apenas como uma preferência do julgador, mas, principalmente, pela necessidade de manter uma unidade à ordem jurídica, buscando uma justiça mais humana. Essas decisões com base nos princípios são relativamente recentes no Brasil. Ainda se observa a cultura de aplicação da subsunção em muito julgados, quando seria necessária a aplicação de ponderação de princípios.

A demanda proposta e a tutela jurisdicional prestada devem guardar real correspondência com os ditames constitucionais, a fim de que possam ser obtidos resultados úteis, a partir de modelos processuais que satisfaçam as garantias do processo e que propiciem a efetiva tutela do direito afirmado em juízo. (SOARES, 2000, p.17).

Para tanto, incumbe ao julgador manejar a Constituição e as leis infraconstitucionais de modo a conferir-lhe plena efetividade nas situações concretas. (SOARES, p.17) Seguramente os princípios constitucionais são meios para tanto, porquanto, "fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição." (BONAVIDES, p. 260-261).

Logo, é preciso aplicar, constantemente, os princípios constitucionais, não apenas como uma preferência do julgador, mas pela necessidade de manter uma unidade à ordem jurídica, buscando uma justiça humanizada.

4- Palavras finais

Como se observou, a Constituição de 1998 explicita diversos princípios que concernem ao direito processual, cuja condensação visa buscar a plenitude da prestação jurisdicional. Vale ressaltar que apenas a existência dos princípios como ideal não confere ao ordenamento jurídico um caráter significativo.

O novo CPC, por sua vez, aponta um maior enfoque aos princípios processuais, pois reúne os princípios que devem reger o processo, organizados no capítulo que trata das normas fundamentais do processo.

Entretanto, é através da condição de exercício, buscando uma aplicação racional, que implicará numa efetividade do sistema. Afigura-se indeclinável a aplicação constante dos

princípios no Direito, não apenas como uma preferência do julgador, mas pela necessidade de manter uma unidade à ordem jurídica, buscando uma justiça mais humana e a prestação jurisdicional com mais qualidade.

A demanda proposta e a tutela jurisdicional prestada devem guardar real correspondência com os ditames constitucionais, a fim de que possam ser obtidos resultados úteis a partir de modelos processuais que satisfaçam as garantias do processo e que propiciem a efetiva tutela do direito afirmado em juízo.[17]

Para tanto, o jurista deve abstrair o positivismo das leis, escapando da frieza dos textos legais, buscando uma correlação teleológica das regras e princípios com às situações concretas, pois com a Constituição de 1988 não se pode mais conceber um sistema jurídico sem efetividade. Sem dúvida, esse é o desafio dos tempos coevos e o novo CPC vem prestigiar a necessidade de uma interpretação com mais qualidade.

Referências:

ALEXY, Robert. ***Sistema Jurídico y Razón Práctica - in El Concepto y la validez del Derecho*.** Barcelona: Gedisa, 1994.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do Direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Direito. Processual Constitucional: Aspectos Constemporâneos. Belo Horizonte: Forum, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Temas de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavam Baptista et alii. São Paulo, EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

[17] SOARES, op. cit., p.17.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil - Vol. I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATTO, Fábio Konder. **As novas funções judiciais do Estado moderno**. In: Revista da Ajuris n. 37, Porto Alegre: AJURIS, 1987.

CANOTILHO. J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et. al. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2006.

DA SILVA, José Afonso. **Interpretação da Constituição e Democracia.** ***In Direito Constitucional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1998.

DANTAS, Diniz David. A humanização da Justiça. Revista Isto é. São Paulo: Editora Três, 02/05/2004.

DIDIER JR. (Org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: JusPodium, 2005.

_____. **Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2005

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. Barcelona: Ariel, 1997

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2004.

GUASTINI, Riccardo. ***Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,*** Tradução: Jordi Ferrer i Beltran. Barcelona – España: Editorial Gedisa, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional**. Porto Alegra: Síntese, 1999.

KANT, Immanuel , **Os pensadores.** São Paulo: Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARCATO, Antônio Carlos. (Coord). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras, Revista Diálogo Jurídico, vol I, n°5 , Bahia, Ago 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Portanova, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PICAZO, Luís Diez. **Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. De Castro - Anuario de Derecho Civil.** T. XXXV, fasc. 3º, out.-dez./83.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.