



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARIA REJANE FARIAS DA ROCHA

OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS O PRINCÍPIO DA
EFETIVIDADE NO RESULTADO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

SOUSA - PB
2004

MARIA REJANE FARIAS DA ROCHA

OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS O PRINCÍPIO DA
EFETIVIDADE NO RESULTADO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Processual Civil, do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Dr. Zélio Furtado da Silva.

SOUSA - PB
2004

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A BANCA EXAMINADORA ABAIXO ASSINADA APROVA A MONOGRAFIA

OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS
O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NO RESULTADO DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL

ELABORADA POR:

MARIA REJANE FARIAS DA ROCHA

COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE ESPECIALISTA EM
DIREITO PROCESSUAL CIVIL

BANCA EXAMINADORA:

ORIENTADOR: PROF. DR. ZÉLIO FURTADO DA SILVA

MEMBRO: MS. CLEANTO BELTRÃO DE FARIAS

MEMBRO: MS. JOAQUIM CAVALCANTE DE ALENCAR

SOUSA – PB / FEVEREIRO DE 2004

*À minha mãe, Joana D'arc de Farias, que
me presenteou com o maior bem: a vida.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado a graça da vida e a oportunidade de vivê-la para concluir meu curso.

Aos professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande.

Aos meus amigos do Curso de Especialização em Direito Processual Civil.

Ao meu orientador, Dr. Zélio Furtado da Silva.

“São preceitos do Direito: viver honestamente, não lesar se outrem e dar a cada um o que lhe pertence”.

(Ulpiano – Jurisconsulto Romano)

“Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo que ele tem direito de obter”.

(Ada Pellegrine e outros e T.G.P.)

RESUMO

Esta monografia trata da importância que exercem os princípios processuais cíveis para alcançar a efetividade no resultado da prestação jurisdicional que muitas vezes traz uma solução que gera no jurisdicionado insatisfação, seja porque "ganhou" e não levou, seja em razão da morosidade na prestação jurisdicional. E para responder aos anseios jurídicos da sociedade, é imprescindível fazer uso de um instrumento essencial para melhor compreensão e aplicabilidade das normas jurídicas do país, qual seja, os princípios que a constituição vigente já em seu primeiro título, seguindo a evolução do direito alienígena, enumera expressamente uma série de princípios que servem de base para o legislador na formação das leis e para os demais operadores do direito. Eles são relevantes na aplicabilidade e concretização dos direitos de cada um de nós e para a segurança jurídica como um todo. Apesar de estarem encartadas na Carta Magna e serem sustentáculos as regras jurídicas, os operadores do Direito, pouco uso fazem dos mesmos, olvidando a sua importância para a efetividade processual, que caminha de forma morosa, seja por excesso de alternativas, atos, recursos, seja pela estrutura do poder judiciário onde a oferta de problemas é maior que a demanda de solução. Logo os princípios, idéias-matriz, são plurifuncionais, pois exercem função argumentativa, ordenadora, impositiva, interpretativa de normas implícitas e sobretudo, por atuar como normas de conduta e como forma de observância para criação de novas fórmulas e regras jurídicas mais atualizadas e coerentes com a realidade social multifacetária, eles são a resposta de uma tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-chave: Sociedade, Prestação, Jurisdição, Processo, Efetividade, Princípios, Concretização, Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

RESUMO	vi
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	11
1.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO.....	11
1.2 PRINCÍPIOS – CLASSIFICAÇÃO E DISTINÇÃO	13
1.3 ORIGEM E RELEVÂNCIA DE PRINCÍPIO.....	15
1.4 O SENTIDO VOCABULAR E TELEOLÓGICO DE UM PRINCÍPIO	18
CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE	21
2.1 OS PRINCÍPIOS GARANTIDORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	21
2.1.1 Dos Direitos Fundamentais.....	21
2.1.2 Dos Princípios Processuais Civis na C.F. /88.....	25
2.1.2.1 Do princípio da legalidade	25
2.1.2.2 Do princípio da isonomia	28
2.1.2.3 Do princípio do devido processo legal	30
2.1.2.4 Do princípio do juiz e do promotor natural	31
2.1.2.5 Do princípio da infastabilidade do controle jurisdicional....	35
2.1.2.6 Dos princípios do contraditório e da ampla defesa	37
2.1.2.7 Do princípio da publicidade.....	39
2.1.2.8 Do princípio da proibição da prova ilícita	40
2.1.2.9 Do princípio da motivação das decisões judiciais.....	43
2.1.2.10 Do princípio do duplo grau de jurisdição.....	44
CAPÍTULO III - A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	48
3.1 DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NO RESULTADO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	48
3.2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO NA TUTELA ANTECIPADA.....	54
3.3 A EFETIVIDADE E A PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO JUIZADO ESPECIAL CIVIL.....	59
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

O homem, da sua condição, sociologicamente definida, como um animal social, depara-se com uma série de conflitos de interesses que demandam uma solução, para restabelecer o equilíbrio entre os envolvidos, com o intuito de prosseguir a vida em sociedade. E para solucionar os conflitos, a história registra o surgimento de três instrumentos que sucederam cronologicamente, sendo eles: tutela, autocomposição e a jurisdição, em que o titular do poder – dever de dizer o direito, é o Estado.

A jurisdição originou-se em face do número de conflitos, e da dificuldade da autocomposição, onde ao final da contrapartida, o resultado nem sempre atendia aos interesses envolvidos de forma equilibrada.

Daí, no impasse para solucionar conflitos, coube ao órgão titular do Poder Jurisdicional, o Poder Judiciário, diminuir a controvérsia, fazendo valer, no caso concreto, as idéias de justiça e efetividade, estabelecidas de forma expressa e implícita no ordenamento jurídico.

Todavia, há muito tempo a sociedade se ressentida da lentidão na solução dos conflitos, o que, juntamente com a carência da estrutura material e humana do judiciário, encontra, também sua razão de ser na legislação vigente que estabelece uma série de direitos material e formal que contribuem para obstaculizar o acesso a justiça, com o devido processo legal e conseqüentemente contribui para a inefetividade do processo.

Dentro de um quadro assim, coloca-se em xeque o papel do direito. Este existe para garantir o gozo de um bem da vida, porém o tempo, a duração do processo, com seus diversos atos, poderá frustrar-lhe a própria existência, quando em virtude desses elementos, não puder ser exercido a contento. Daí surge uma

indagação: Qual o sentido do direito se o bem que ele visa garantir se esvaziou em virtude do tempo, das custas processuais e diversos atos muitas vezes desnecessários?

Com efeito, o direito existe para resguardar o bem da vida, todavia este objetivo somente poderá ser alcançado se o ordenamento jurídico acompanhar a evolução da sociedade, que cresceu, os conflitos se multiplicaram e a prestação jurisdicional tornou-se morosa e ineficiente.

Dada a situação social do país, o acesso à justiça clama por resultados. Assim como todos os seguimentos de uma sociedade moderna, diante do desenvolvimento tecnológico e do aumento demográfico, a proteção dos direitos contra a lesão ou ameaça, há de ser real, possuindo ganho verdadeiro, o que consiste na efetividade propriamente dita.

Para compreensão do tema, que consiste na concretização dos direitos fundamentais através de um processo efetivo, é necessário chamar atenção para os princípios processuais constitucional em harmonia com o processo civil brasileiro. Convém ainda ressaltar que a questão principiológica é de fundamental importância para melhor compensação e aplicabilidade do direito.

Pretendemos com o presente trabalho, não fazer um estudo profundo e científico sobre os princípios. Ao contrário, a intenção maior é refletir sobre a importância dos mesmos na criação da norma, na atuação da conduta, como instrumento para a efetivação do processo civil, e sobretudo, na concretização dos direitos lesados ou ameaçados, e trazidos ao conhecimento do judiciário para estabelecer o *status quo ante*. Analisá-los como instrumento para servir a um processo mais efetivo, capaz de concretizar os objetivos, traçados na C.F..

No decorrer dos três capítulos o objetivo maior é demonstrar que a observância dos princípios na análise da lei e na aplicabilidade do direito ao caso concreto, é de grande relevância, pois mostra que o ordenamento jurídico não é algo estanque, ao contrário, o seu surgimento tem razão de ser dentro da realidade social, econômica e política. E, acima de tudo, a lei é criada dentro de um contexto histórico que deve ser considerado. E a alternativa mais viável para compreendê-la é observando os princípios e suas funções normativa, impositiva, interpretativa e idealizadora para a criação de normas que evoluem juntamente com a sociedade,

que necessita de um Estado forte e atuante não só para elaboração e execução da lei, mas, sobretudo na sua aplicabilidade dentro de um processo justo, célebre, equilibrado e efetivo.

CAPÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

Em direito, princípios são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos basilares do ordenamento ou de um instituto jurídico. Consistem, na expressão de Miguel Reale em “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas.”¹. Eles constituem os pilares nos quais assentam institutos e normas jurídicas.

Na definição de José Cretella Júnior, “Princípios de uma ciência são proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”².

Platão usava a palavra princípio no sentido de fundamento do raciocínio. E para Aristóteles, era a premissa maior de uma demonstração. Kant seguia orientação semelhante a deste, dizendo que “princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo”³. O conceito de princípio enquanto instrumento de análise da realidade, tem sua validade científica contestada, pois na filosofia moderna e contemporânea, a noção é de um ponto de partida privilegiado: e não relativamente privilegiado, isto é, com relação a certos escopos, mas absolutamente em si. Um ponto de partida deste gênero dificilmente poderia ser admitido no domínio das ciências.

¹ Miguel REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 339.

² José CRETILLA JÚNIOR, *Revista de Informação Legislativa*, 1997 : 7.

³ Immanuel KANT, *Crítica da razão pura*. Dialética, II, A, in *Instituições de Direito Público e Privado*, Sérgio Pinto Martins, *passim*.

Para a Filosofia, princípio é:

a proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitida, provisoriamente, como inquestionável. Uma das relações fundamentais apreendidas pelo pensamento, que consiste na atribuição de uma finalidade a tudo o que é, resulta na busca da compreensão do que é pelo que está por vir.⁴

A luz do Direito, os princípios podem ser considerados como idéias fora do ordenamento jurídico, e pertencentes à ética. Seriam regras morais, regras de conduta que informam e orientam a conduta do indivíduo. Todavia, os princípios do Direito têm características jurídicas, pois se inserem no ordenamento jurídico, inspiram o legislador e orientam o operador do Direito. Eles podem originar-se da ética ou da política, mas acabam inserindo-se no Direito e aqui sendo aplicado.

Para os juristas, os princípios estão no âmbito do Direito Natural, do jusnaturalismo. Seriam idéias fundantes do Direito, que estariam acima do ordenamento jurídico positivo, sendo metajurídicos. Prevaecem sobre as leis que os contrariam. Expressam valores que não podem ser contrariados.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio:

é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para 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.⁵

Os princípios são as proposições básicas, as linhas diretivas, que informam e orientam a elaboração e aplicabilidade das normas jurídicas, e por ser o norte, é que algumas normas constitucionais são mais diretrizes, outras menos. Assim, podemos afirmar que os princípios que possuem acentuado grau de abstração é princípio, tem caráter geral; ao passo que as normas que veiculam simples regras, possuem pequeno grau de abstração, e aplicam-se a situação específica.

⁴ Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p.1393.

⁵ Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 537-538.

1.2 PRINCÍPIOS – CLASSIFICAÇÃO E DISTINÇÃO

Os princípios são, utilizando a expressão de Miguel Reale, “verdades fundantes” que servem de sustentáculos aos segmentos normativos e de orientação lógica – limitativa na aplicação da lei ao caso concreto.

Seguindo esta concepção, eles apresentam diversas classificações, onde transmitem uma abrangência restrita e ampla.

Segundo José Cretella Júnior, os princípios classificam-se em:

- Onivalentes ou universais, comuns a todos os ramos do saber, como da identidade e da razão do saber.

- Plurivalentes ou regionais, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram, como o princípio da casualidade aplicável às ciências naturais e o princípio não prejudicar a outrem (*alterum non laedere*), aplicável às ciências naturais às ciências jurídicas.

- Monovalentes, que se referem a um só campo de conhecimento. Há tantos destes princípios quantas sejam as ciências cogitadas pelo homem. É o caso de princípios gerais do direito e do que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando ignorá-la.

- Setoriais, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o direito civil, o direito penal, o direito tributário, o direito processual, entre outros.

Uma das classificações propostas para os princípios é aquela propugnada por CANOTILHO perante a Constituição portuguesa. Por ela, os princípios classificam-se-iam em:

I. *princípios jurídicos fundamentais*: seriam aqueles historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram recepção expressa ou implícita no Texto Constitucional;

II. *princípios políticos, constitucionalmente conformadores*: seriam os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte;

III. *princípios constitucionais impositivos*: seriam aqueles nos quais se subsumem todos os princípios que no âmbito da Constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e execução de tarefas;

IV. *princípios-garantias*: aqui, seriam incluídos outros princípios que visam a instituir direta e imediatamente uma garantia de autêntica norma jurídica e uma força determinante positiva e negativa.⁶

Feitas as observações de CANOTILHO, podemos afirmar que os princípios, sejam eles classificados como fundamentais, políticos, impositivos ou garantias, revestidos de normas, regras, o que se conclui é que eles conferem coesão ao sistema normativo e garantem a manutenção do ordenamento jurídico, na medida que são implícita ou expressamente princípios em forma de norma jurídica.

Desse modo, o direito processual civil está informando por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito e outros deles específicos e enquadrados como setoriais, na classificação da Cretella Júnior, como será abordado adiante.

A partir das diversas definições analisadas percebe-se que princípio é conceituado como fórmula, proposição, ciência, mandamento, verdade fundante. Porém tornou-se praxe denominá-lo inicialmente como norma, regra, diretriz, como se fosse a mesma coisa. O que representa uma verdade com desdobramentos relativos.

A norma é prescrição objetiva e obrigatória por meio da qual organizam-se, direcionam-se ou impõem-se conduta. É uma prescrição de vontade impositiva para estabelecer disciplina a respeito de uma conduta dirigida ao ser humano. Tem caráter imperativo. E geralmente tem sanção por seu descumprimento, porém há normas interpretativas, sem sanção. Além disso são atinentes, geralmente, a uma matéria. Em contrapartida os princípios são modelos (*standards*) jurídicos, de cunho geral, apresentam um grau de abstração muito maior do que o da norma. Servem para uma série indefinida de aplicações.

Os princípios trazem proposições objetivas, éticas, sociais, podendo ser positivados. E quando apresentam-se em forma de norma jurídica, são regras, pois estão positivados, mas não deixam de ser princípios, como ocorre com o princípio de acesso a justiça, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (art. 5º XXXV, C.F./88).

⁶ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 200-203.

Os princípios diferenciam-se das regras por vários aspectos. Eles nem sempre estão positivados, expressos no ordenamento jurídico, pois em alguns casos estão implícitos no ordenamento, contidos em alguma regra. São de estimação ética e social. Logo a regra serve de expressão a um princípio ou como forma de interpretação da própria regra que toma por base o princípio. Com efeito, os princípios apresentam uma dimensão maior que às regras. Estas correspondem à concretização dos princípios, sobre os quais se apóiam.

As regras são instituídas tomando por base os princípios. Eles orientam a formação de todo o sistema, enquanto a regra está inserida nele, sendo considerado para interpretação da regra, enquanto o inverso não ocorre. As aplicações destas verdades fundantes servem para harmonizar as regras.

Tem o princípio acepção filosófica, enquanto a regra tem natureza técnica e específica. Ela, de modo geral, é instituída para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, embora se aplique a vários outros atos ou fatos que se consubstanciem na regra. O princípio, porém, acaba sendo aplicado a uma série indeterminada de situações.

Já as diretrizes se distinguem dos princípios por serem aqueles objetivos almejados, que podem ou não ser atingidos, estes fundamentos do sistema jurídico.

Os princípios são necessariamente gerais, que informam, orientam e inspiram preceitos legais, por dedução, podendo deles ser extraídos, por meio do raciocínio indutivo. É por último pode-se afirmar que os princípios dão organicidade a institutos e sistemas.

1.3 ORIGEM E RELEVÂNCIA DE PRINCÍPIO

Inicialmente, poder-se-ia dizer que princípio é onde começa algo. É o momento em que algo tem origem. Etimologicamente o termo princípio vem do latim *principium*, *principū*, tem o significado de origem, começo, base. Num contexto vulgar, quer dizer o começo da vida ou primeiro instante. Na linguagem leiga, é começo, o ponto de partida. São normas elementares, requisitos primordiais, proposições básicas.

Introduzida, na Filosofia, por Anaximandro, a palavra tem como ciência

a Epistemologia, que é o estudo crítico dos princípios, das hipóteses e dos resultados das diversas ciências. Tem por objetivo determinar a origem lógica das ciências – entendidas como áreas de conhecimento – seus valores e o alcance de seus objetivos.

A importância dos princípios é traduzida em valores transmutados e respeitados pela sociedade, todavia a obediência a eles depende do grau de amadurecimento social, pois é neste universo que eles nascem e evoluem, juntamente com a história de um povo.

Adotando aqui o entendimento do doutrinador, professor Zélio Furtado da Silva, podemos afirmar que os princípios são relevantes, pois nascem na sociedade, a partir de fatos sociais, daí refletirem valores sociais respeitados e transmitidos a cada geração.

E mais adiante Zélio Furtado afirma,

Os princípios jurídicos não nascem do acaso, nem são plasmados em laboratório de juristas de plantão. Os princípios jurídicos nascem daqueles valores sociais que se estabelecem como verdadeiros marcos de respeitabilidade e obediência para aquela sociedade. A norma jurídica dá a forma deste conteúdo, ela filtra estes valores, dando-lhe uma roupagem legal.

Ele ainda tece o seguinte comentário, ratificando a relevância do princípio, “como o próprio direito, os princípios refletem um determinado momento da história de uma sociedade e seu conteúdo será sempre formado de material colhido desta mesma sociedade em seu tempo”.

Notadamente a importância dos princípios se traduz na sua carga valorativa, que em última análise representa os valores da sociedade que devem ser respeitados, como forma não somente de se fazer justiça, mas de preservar a própria sociedade.

A observância dos princípios jurídicos pode refletir dois primados: segurança jurídica e preservação de valores que vão sendo sedimentados na história de uma sociedade. Estes são pontos fundamentais para compreender melhor a questão principiológica e sua aplicabilidade na concretização dos direitos individuais, políticos sociais e econômicos de cada um de nós.

Relativamente à questão de segurança jurídica, convém citar o exemplo do professor Zélio Furtado,

(...) o princípio da irretroatividade, segundo o qual uma lei nova não pode alcançar as relações jurídicas consolidadas pela lei antiga ou revogada. Qual seria o conteúdo() Qual a razão do legislador dobrar-se este princípio a não poder editar leis que afrontem os casos pretéritos() Está claro que não é simplesmente a norma ostentar a posição de princípio que faça impedir o legislador de editar lei retroativa. É a força vinculante da forma ao conteúdo. A sociedade para sua sobrevivência, sempre teve que contar com o mínimo **de segurança**, uma razoável e confortável certeza de que as coisas permaneçam dentro de um perfil estabelecido na lei. A segurança é, e, si, um sentimento de agradabilidade afora o qual impossibilitaria a interação entre os homens e conseqüentemente a formação de grupo social e da sociedade. Trata-se de um valor social objetivo, indispensável nas relações jurídicas. Com a prescrição jurídica tem-se por antecipação o modelo que torna segura as relações jurídicas estabelecidas sob o seu manto. Portanto, foi tal sentimento, necessidade e vontade de segurança, que redundou num princípio segundo o qual a lei é irretroativa, o denominado 'princípio da segurança jurídica' ou que pelo menos- como no caso do sistema jurídico brasileiro- não atinja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁷

No Direito Processual, os princípios revestem-se de grande importância, pois auxiliam a compreensão e interpretação dos seus institutos, e conferem segurança aos indivíduos quanto à extensão dos seus direitos e deveres, e devem refletir a chamada segurança jurídica no tocante a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A relevância dos princípios no direito processual está comprovada no chamado *due process of law*, princípio do devido processo legal, de onde decorrem todas as conseqüências processuais que garantem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Os princípios revestem-se de uma função positiva ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e de decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas para que se realize a justiça e a paz social.

O ordenamento pátrio confere relevo aos princípios gerais do direito. A

⁷ Zélio Furtado da SILVA, *In* O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos. Revista da ESMape, ano I, nov. 1996, p.79-81.

constituição de 1988, no § 2º do art. 5º, faz referência a estes princípios, nos seguintes termos: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A atual Lei de Introdução ao Código Civil no art. 4º, assegura aos princípios gerais de direito a condição de integração ao direito normativo.

Os princípios gerais do Direito são formas de integração das lacunas jurídicas. São idéias fundantes do ordenamento jurídico. Porém muito se tem discutido a respeito de sua relevância, alcance e significado. Para alguns, eles se referem aos princípios do Direito Natural, enquanto outros entendem que são os princípios gerais do Direito Positivo que devem ser invocados. Carnelutti ensina com precisão que “esses princípios repousam em premissas éticas que são extraídas, mediante indução do material legislativo”⁸. Vê-se, pois que as lacunas da lei, ao serem preenchidas pelos princípios gerais do Direito, obrigam a criação de regras formuladas pelos princípios morais que informam a legislação onde ocorre o caso omissio.

1.4 O SENTIDO VOCABULAR E TELEOLÓGICO DE UM PRINCÍPIO

A palavra princípio é de origem latina, que em sentido vulgar significa começo, origem. Exprime o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir. E no sentido jurídico significa as normas elementares ou os requisitos primordiais que são tidos como base de alguma coisa. Por este prisma, os princípios revelam os preceitos que se fixam para servir de norma a toda a espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser seguida em qualquer operação jurídica. Desse modo é mais relevante que a própria norma ou regra jurídica.

Pode-se dizer que os princípios demonstram a razão de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. É nesta acepção que os princípios jurídicos devem ser compreendidos, pois eles não são somente os fundamentos jurídicos legalmente instituídos, mas o todo derivado da cultura jurídica universal. São os pilares da ciência jurídica, onde se firmaram as normas originárias, ou as leis científicas do Direito. Por isso, nem sempre os princípios estão inscritos nas leis. Explícitos ou implícitos, estes preceitos, chamados de princípios – normas, são

⁸ CARNELUTTI. *Instituciones de Processo Civil*, 1973, VI, nº 1, p. 21.

fundamentais para a prática do Direito e a prática dos direitos individuais e coletivos.

Os princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o interprete, na sua ação jurídica, que tem consciência dessa finalidade, vai buscar neles a efetiva proteção dos direitos dos indivíduos nos seus interesses individuais, coletivos e universais.

Alias, o direito, alicerçado nos princípios, é um instrumento de defesa contra o arbítrio, e a Constituição Federal, como Lei Suprema, que alberga os mais importantes princípios jurídicos, é por excelência um instrumento do indivíduo contra o Estado. Não pode ser invocada pelo Estado contra o cidadão. Em outras palavras, os princípios esculpidos na Constituição Federal são idéias – normas para garantir a concretização do direito material da parte, que em última análise, pode e deve ser viabilizado através do direito processual. E cuja finalidade é tão bem definida por Carnelutti: “O fim último do processo não é outro senão o da pacificação social por meio de uma composição justa do litígio”.⁹

Nesta ordem de idéia, onde o que interessa ao direito processual é uma resolução justa e imparcial, a utilização das regras procedimentais deve se pautar em normas principiológicas para um caminho de justiça e pronta realização do direito. A inobservância delas, podem levar a uma livre interpretação e uma liberal aplicação dos ditos preceitos procedimentais, que pode culminar com uma injustiça na composição da lide. Contudo na aplicabilidade do direito não se pode desprezar o valor que as normas formais desempenham no campo do direito, como instrumentos para a segurança jurídica.

A questão principiológica deve sempre inspirar o interprete das leis processuais, diante de sua aplicação ao caso concreto. Porque ela exprime às suas acepções o sentido de ordenações que irradiam valores universais. É como define Antônio Bandeira de Mello:

Princípio jurídico é um 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 para definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica a lhe dá sentido jurídico.¹⁰

⁹ CARNELUTTI. *Instituciones de Processo Civil*, 1973, VI, nº 1, p. 21-22.

¹⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO. *Elementos de direito administrativo*. p. 250.

A palavra princípio expressa na Constituição, no título I, 'princípios fundamentais', trás a noção definida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Eles são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas. E conforme observa Gomes Canotilho, "são núcleos de condensações nos que confluem valores e bens constitucionais". Eles vão mais além, quando afirmam que "os princípios que começam por base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados transformando-se em normas - princípios e constituindo-se em preceitos básicos da organização constitucional".¹¹

Os princípios constitucionais transformados em normas – princípios, que significam normas – matriz, não são homogêneos e revestem-se de natureza diferente. Resumidamente, com base em Gomes Canotilho, citado por José Afonso da Silva,

os princípios constitucionais são basicamente de duas categorias: princípios políticos- constitucionais e os jurídicos-constitucionais. Os primeiros constituem as decisões políticas fundamentais concretizadas em normas do sistema constitucional positivo, que regulam as relações específicas da vida social. Já a segunda categoria, são os princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional decorrente de certas normas constitucionais dos quais apresentam desdobramentos, como os chamados princípios – garantias: o devido processo legal, o juiz natural, o do contraditório, entre outros que figuram no art. 5º da Constituição Federal vigente (...).¹²

É certo, contudo, que os princípios são de grande relevância, cuja ação imediata, ressaltada por Jorge Miranda, "consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como crédito de interpretação e de integração, pois eles é que dão coerência geral ao sistema".¹³

¹¹ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, V, 1º /41 e 42.

¹² José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 93-94.

¹³ *Manual de Direito Constitucional*, T II.

CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CIVIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE

2.1 OS PRINCÍPIOS GARANTIDORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1.1 Dos Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu título II os direitos e garantias fundamentais subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Nesse sentido, o legislador constituinte estabeleceu cinco espécies do gênero direitos e garantias fundamentais.

- Os direitos individuais e coletivos: são aqueles relacionados aos direitos da pessoa humana, como exemplos: direito à vida, à dignidade, à honra, à liberdade.

- Os direitos sociais: são aqueles que correspondem às liberdades positivas, frente ao Estado Social de Direito, com intuito de melhorar as condições de vida, e buscar a concretização da igualdade social, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

- Os direitos à nacionalidade: são os direitos decorrentes do vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado. Sendo a nacionalidade um direito fundamental do homem, é inadmissível uma situação, independente da vontade do indivíduo, que o prive desse direito. E este direito é expressamente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 15 "toda pessoa tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade". Apesar

desta declaração, não existem mecanismos políticos e jurídicos para impedir o surgimento do heimatlos (sem pátria) e do arbítrio ditatorial de alguns países que em desrespeito a dignidade da pessoa humana e sem lhe dar o direito ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório cassam nacionalidade de pessoas que ousam expressar suas opiniões ou lutam por ideais democráticos.¹⁴

- Os Direitos políticos: correspondem ao conjunto de regras que regulam a forma de expressar a soberania popular. E tais normas constituem deslocamento do princípio democrático inscrito no art. 1º parágrafo único, quando diz que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente.¹⁵

- Os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos: constituem os direitos associados de pessoas que apresentam ideologias comuns, e que mediante a agremiação de um grupo social, se propõe a organizar, participar e influenciar as diretrizes políticas do país. Sendo os partidos políticos, forma de associação, e instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito; lhes é assegurado autonomia e liberdade plena para atuação e concretização dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil.¹⁶

Além dessa classificação constitucional, a doutrina enumera outras, que apesar das terminologias diferentes, apresentam poucas distinções umas das outras.¹⁷

Na conjuntura atual, a doutrina nos apresenta a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Como destaca Celso de Mello,

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o

¹⁴ Nesse sentido: Cf. Alexandre de MORAES, *In Direitos Humanos Fundamentais*, p.43-44; José Afonso da SILVA, *In Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 285-287.

¹⁵ IDEM.

¹⁶ IDEM.

¹⁷ Nesse sentido: Pimenta BUENO, *Curso de Direito Constitucional, passim*; Manoel Gonçalves Ferreira FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p.100.

princípio da liberdade; os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores indisponíveis, pela nota de uma essencial nexauribilidade (STF – Pleno _ MS. Nº 22164/SP_ rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov. 1995, P. 39.206).

Os chamados direitos de primeira, segunda e terceira gerações, constituem os princípios básicos da liberdade, da igualdade, da solidariedade ou fraternidade, essenciais a consolidação do Estado Democrático de Direito.¹⁸

A relevância dos direitos fundamentais está consubstanciada no Estado Democrático de Direito, pois não basta o Estado ser de direito, constitucionalmente falando, mas que seja democrático.

É nesse sentido, o pensamento do constitucionalista português Canotilho:

A teorização do Estado de Direito Democrático concentra-se até aqui em duas idéias básicas: o Estado limitado pelo Direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado. O poder democrático é o poder do povo, que reside no território do Estado ou pertence ao Estado.

(...) Os direitos fundamentais tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também nas vestes de direitos humanos ou de direitos de homem, como núcleo básico vinculativo das ordens jurídicas internas. O Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais (...); nas grandes declarações internacionais (...) e noutras grandes convenções do Direito internacional.¹⁹

Os direitos humanos apresentam uma dimensão fundamental quando positivados, ou seja, quando os direitos inalienáveis do indivíduo são incorporados na ordem jurídica. Porém, é necessário que também sejam efetivados.

Neste sentido diz Alexandre de Moraes,

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significa

¹⁸ Nesse sentido: cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 202.

¹⁹ J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 231,233,371.

mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.²⁰

São os direitos do homem, jurídico e institucionalmente garantido, limitados espaço-temporalmente, que podem ser também classificados em direitos naturais, civis e políticos.²¹

Logo a observância desses direitos perpassa logicamente pelo reconhecimento e aplicabilidade dos princípios constitucionais, seja no exercício regular dos direitos no seio da sociedade, seja na busca da tutela jurisdicional diante da inobservância deles.

Com efeito, o título II, da Constituição Federal em vigor fala de direitos e garantias, duas palavras que coexistem e se completam, mas que podem ser diferenciadas, dentro da linha de reconhecimento de direitos e de defesa de direitos.

Diversos doutrinadores diferenciam direitos de garantias fundamentais. Esta distinção remonta de Rui Barbosa ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que exprimem a existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.

Para Canotilho, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientassem nelas o caráter instrumental de proteção aos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade, como o direito de acesso à justiça para a defesa dos direitos e interesses.

A mesma diferenciação faz Jorge de Miranda, afirmando que,

Clássica e bem atual é a composição dos direitos fundamentais pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e muitas delas, adjetiva (ainda que fossem ser objeto de um regime constitucional substantivo). Os

²⁰ Alexandre de MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 21.

²¹ Vieira de ANDRADE, *Os Direitos fundamentais*, p. 3.

direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção juracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.²²

2.1.2 Dos Princípios Processuais Cíveis na C.F. /88

A Constituição Federal de 1988 adotou, dentre os inúmeros princípios constitucionais, os chamados princípios processuais constitucionais. A análise destes vem sendo feita à luz da teoria constitucional, que está sendo desenvolvida no Brasil, inspirada no Direito estrangeiro.

A temática princípios é de uma vastidão infinita, daí a abordagem somente de alguns, sobretudo aqueles que têm íntima relação com o processo cível.

É desnecessário dizer o quanto este assunto é importante na atualidade, pois após a promulgação da Constituição de 1988, todos os institutos do Direito material e processual abordam e disputam capacidade de trabalhar adequadamente os princípios constitucionais.

Com efeito, o operador do direito, em sua atuação profissional, deve saber manipular os princípios constitucionais, saber compreendê-los, interpretá-los e aplicá-los na sua dimensão jurídica como instrumentos para a construção de uma sociedade justa num estado Democrático de Direito.

Na verdade, sem sombra de dúvida pode-se afirmar que, no momento em que os operadores do direito tiverem plena consciência da potencialidade dos princípios constitucionais processuais, certamente, terão um processo mais efetivo, capaz de facilitar a realização dos objetivos maiores traçados na Constituição Federal e a concretização dos direitos fundamentais.

2.1.2.1 Do princípio da legalidade

O art. 5º, II, da C.F. /88 preceitua que ninguém seja obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas (art. 5º, C.F. /88) devidamente elaborados, conforme as regras do processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressões da vontade geral. Com o primado de lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder

²² Jorge MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, 1999, 4t, p. 88-89.

em benefício da lei.

Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela especificamente, um bem de vida, mas assegura ao particular, a prerrogativa de repetir as injunções que lhe sejam compostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão-eis a lei”.²³

Na defesa do primado da lei (governo de leis) e contra o governo de leis da discricionariedade humana (governo dos homens), Platão afirmou,

Chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor as novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade, onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar as cidades (Leis, 715d).²⁴

Este princípio é de abrangência ampla, determinando que qualquer comando jurídico que impõe comportamentos forçados há de provir de lei. Salientando que não se deve confundi-lo com o princípio da reserva legal, que é mais específico e concreto, abarcando tão somente os comportamentos especificados pela Constituição.

A legalidade deve ser, o primeiro princípio a ser observado no Estado Democrático de Direito, pois a observância da lei construída sob o manto da democracia, poderá efetivar os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas.

Nesse sentido, a defesa da legalidade também foi idealizada por Aristóteles,

É mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pela leis melhores?

²³ Alexandre de MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 106.

²⁴ PLATÃO, *A República*, *passim*.

Os que apóiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer previsões gerais e não provêm aos casos que pouca a pouca se apresentam assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas, aos governantes é necessária também a lei que fornece previsões universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana. (Política, 128 a).²⁵

Assim a supremacia da legalidade sobre o governo dos homens traz, no dizer de Norberto Bobbio,

Duas coisas diversas embora coligadoras: além do governo *sub lege* que é considerado até aqui também o governo *per leges*, isto é, mediante as leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo, mediante leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num estado de direito o juiz, quando emite uma sentença, que é uma ordem individual e concreta, exerce o poder *sub lege* mas não *per lege*; ao contrário, o primeiro legislador, o legislador constituinte, exerce o poder não *sub lege* (salvo ao pressupor, como faz Kelsen, uma norma fundamental), mas *per leges* no momento mesmo em que emana uma constituição escrita. Na formação do estado moderno a doutrina do constitucionalismo, na qual se resume toda forma de governo *sub lege*, procede no mesmo passo que a doutrina do primado da lei como fonte do direito, entendida a lei, por um lado, como expressão máxima da vontade do soberano (seja ele o príncipe ou o povo), em oposição ao concreto, por outro lado, como uma norma geral e abstrata, em oposição às ordens dadas uma por vez. Que sejam considerados os três maiores filósofos cujas teorias acompanham a formação do estado moderno, Hobbes, Rousseau e Hegel: pode-se duvidar devem ser incluídos entre os fatores do governo da lei, mas certamente todos os três são defensores do primado da lei como fonte do direito, como instrumento principal de dominação enquanto tal prerrogativa máxima do poder soberano.²⁶

A relevância do princípio da legalidade está acentuada em inúmeros dispositivos, como no inciso XXXV, art. 5º que expressa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Este fundamento, chamado também de idéia matriz, é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça. Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da Jurisdição, deverá aplicar o direito (a lei) ao caso concreto.

²⁵ ARISTÓTELES, *Política*, p.128a.

²⁶ Norberto BOBBIO, *O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo*, p. 158.

2.1.2.2 Do princípio da isonomia

A Constituição Federal vigente, no art. 5º, *caput* e no inciso I, estabelecem que todos são iguais perante a lei. Este princípio consagrado na Carta Magna opera em dois planos distintos. De um lado, o legislador ou o próprio executivo, na edição, de leis, atos normativos e medidas provisórias impedindo que se crie tratamento diferente entre pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão do sexo, religião, raça, classe social.²⁷

Relativamente ao processo civil, o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Um exemplo que reflete a aplicabilidade do princípio da igualdade encontra-se no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 4º, I e 6º, VIII, que ao reconhecer o consumidor como a parte hipossuficiente nas relações de consumo, estabelece a inversão do ônus da prova, com o intuito de ter a isonomia real entre o consumidor e o fornecedor de serviços e produtos.²⁸

Estes dispositivos que se completam tratam desigualmente os desiguais, desigualdade reconhecida pela própria lei.

No entendimento de Nelson Nery Júnior,

(...) o que o princípio constitucional quer significar é a proteção da igualdade substancial, e não a isonomia formal. Essa igualdade real, explicada e demonstrada cientificamente pelo direito constitucional e também pelo direito processual civil, está servindo de fundamento básico para a recente corrente político-filosófica denominada no Brasil 'aplicação alternativa do direito ou justiça alternativa', desenvolvida por setores da magistratura do Rio grande do Sul, que vê na igualdade substancial o instrumento para a busca da segurança e do justo.²⁹

Este princípio, consagrado no Regime Maior, tem segundo o doutrinador Alexandre de Moraes uma tríplice finalidade: limitar o legislador, o

²⁷ Alexandre de MORAES, *Direito Constitucional*, p. 64-67.

²⁸ Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 44.

²⁹ *Ibid.*, p. 46.

intérprete, autoridade pública e ao particular.

O legislador no exercício de sua função legiferante, deve ao editar normas, observar o princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Logo, normas que criam diferenças arbitrárias sem qualquer finalidade lícita, serão inconstitucionais.

O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades, e em especial o Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional – dizer o direito ao caso concreto – onde deverá utilizar mecanismos constitucionais no sentido de uma interpretação única e igualitária as normas jurídicas.

E ao particular, o princípio da igualdade tem finalidade limitadora, pois este não poderá pautar-se por condutas discriminatórias (preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor).³⁰

Na jurisprudência pátria, notadamente, o Supremo Tribunal Federal revela a essência e a finalidade do princípio da igualdade ao dizer: “O Princípio isonômico revela a impossibilidade de desiquiparações fortuitas ou injustificadas” (STF – 2ª T. – Agravo de Instrumento nº 207.130-1 / SP – rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça, Seção I, 3, abr. 1998. P.45).

O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é_ enquanto postulado fundamental de nossa ordem político jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDASS / 114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo a lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma geral, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade (Pleno – MI nº 58/DF – rel. p/ Acórdão Min. Celso de Mello, Diário da justiça, Seção I, 19 abr. 1991, P.4580).

³⁰ Alexandre de MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 93.

Ademais a igualdade da lei é premissa para a igualdade perante o juiz, e do dispositivo constitucional (5º caput) surge o princípio da igualdade processual, onde todos os envolvidos na relação processual devem merecer tratamento jurídico igualitário, sem, contudo, eliminar a desigualdade econômica, que revela tratamento igual aos substancialmente iguais e tratamento diferente aos que se encontram em situações diferentes.

2.1.2.3 Do princípio do devido processo legal

O devido processo legal, advindo da expressão inglesa *due process of law*, entendido pelos doutrinadores pátrios como a base sobre a qual todos os outros se sustentam.

A *Magna Charta Libertatum*, João Sem Terra, do ano de 1215, segundo Nelson Nery, teria sido o primeiro ordenamento a fazer menção a esse princípio, quando se referiu a *law of the land* (art. 39), sem contudo, mencionar a expressão devido processo legal. O termo inglês, hoje consagrado, foi usado somente em lei inglesa de 1354, baixada durante o reinado de Eduardo III, denominado *statue of westminster of the liberites of lon don* por meio de um legislador desconhecido.³¹

A importância deste princípio é histórica no desenvolvimento inglês, como também no direito americano, pois, antes mesmo da Constituição Federal americana de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do *due process of law*, como por exemplo, as da Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, repetindo a regra da carta Magna Chata e da Lei de Eduardo III.³²

Igualmente, no art. XI nº 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos do Homem, esta configurada a sua relevância histórica:

“Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

O devido processo legal está cartado na Constituição Federal de 1988, cujo teor é: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido

³¹ Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p. 33-34.

³² *Ibid.*, p. 33-34.

processo legal” (art. 5º, LIV). Ele é, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Ele tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que representam garantias constitucionais destinadas a todos os ligantes, inclusive nos procedimentos administrativos, entre eles o previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Tributário Nacional.

Nesse sentido o STJ:

“O processo administrativo disciplinar não se submete aos rigores do processo judicial, sendo suficientes que seja obedecido o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório” (5ª T. – RMS. nº 1911-1/PR – rel. Min. Jesus Costa Lima Ementário STJ. 08/055).

Este princípio basilar representa dupla proteção ao indivíduo, atua no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, e no âmbito formal, ao assegurar paridade total de condições com o Estado persecutor, e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, a publicidade do processo, à citação, a produção ampla de provas e do processo ser processado e julgado por um juiz competente e direito aos recursos, a decisão imutável).³³

Modernamente, os doutrinadores pátrios vêm, com base nos estudos de direito comprovado estendendo os limites do *due process of law* para além do processo, vendo-o como gêneros, do qual os demais são espécies.

Em síntese, pode-se dizer que estes princípios, juntamente com os demais princípios processuais forma um sistema de garantias processuais para a concretização dos direitos fundamentais e a construção de uma sociedade justa e democrática.

2.1.2.4 Do princípio do juiz e do promotor natural

A Constituição Federal, nos incisos XXXVII e LII, do art. 5º, prevê o princípio do juiz natural: “Não haverá juiz ou tribunal exceção”, “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.³⁴

O Princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado

³³ Alexandre de MORAES *In* Direitos Humanos Fundamentais, p. 255.

³⁴ José Frederico MARQUES, *Juiz natural, verbete na Enciclopédia Saraiva do Direito*, V. 46, p. 444-450; Ada Pellegrini GRINOVER, *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia In* O Processo e sua unidade II, p. 3 *et seq*; Nelson NERY JÚNIOR *In* Princípio do Processo Civil na Constituição Federal, p. 66-97.

pela maioria dos países ocidentais, é de grande relevância para a garantia do Estado Democrático de Direito, bem como para a manutenção da imparcialidade do Judiciário e para preservação da segurança do povo contra o arbítrio estatal.

Ele deve ser compreendido e interpretado de forma ampla, no sentido de proibir-se não só a criação de tribunais ou juizes de exceção, mas também no intuito de respeito às regras objetivas de determinação de competência, para que não sejam afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.

O chamado juiz natural corresponde aquele integrado do Poder Judiciário com todas as garantias pessoais e institucionais previstas na Constituição Federal.

E assim afirma José Celso de Mello,

Que somente os juizes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar também previsto em outros órgãos, como o Senado, nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo. (A tutela judicial da liberdade, XT 526/291).

E o tribunal de exceção, proibido pela C.F./88, corresponde aquele designado ou criado deliberadamente, pelo Legislativo ou não, para julgar determinado caso. É o tribunal de encomenda, criado *ex post facto*, para julgar com parcialidade, com o intuito de prejudicar ou beneficiar alguém, tudo previamente certado. Logo, o princípio do juiz natural é o reverso, revela a imparcialidade do juízo ou tribunal que está previsto abstratamente no ordenamento jurídico.

O direito a um juiz imparcial constitui garantia fundamental na administração da justiça em um Estado de Direito e serve de substrato para a previsão ordinária de hipóteses de impedimento e suspeição do órgão julgador.

A importância do juiz natural é traduzida não só no julgamento imparcial, realizado por um juiz competente, mas reflete as conquistas do processo liberal e a consolidação da democracia.

Sobre este aspecto assim se expressa o STF:

O princípio da naturalidade de juízo – que traduz significativa conquista do

processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia de imparcialidade dos juizes e tribunais.³⁵ (1º T. – HC nº 69601/SP – rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 18 dez. 1992. P. 24377).

O referido princípio, no entender de Nelson Nery Júnior é tridimensional. Significa que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hac*, isto é, tribunal de exceção. 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei. 3) o juiz competente tem de ser imparcial.

A observância ao princípio do juiz natural não é contrária a justiça especializada, pois esta foi criada para facilitar o exercício da atividade jurisdicional. Por tanto, pode-se afirmar que a proibição da existência de tribunais de exceção, *ad hac*, não abrange àquela que é atribuição e divisão do poder do Estado-julgador. O juízo especial, previsto constitucionalmente não viola o referido princípio e é previsto anteriormente de forma abstrata geral e para julgar matéria específica, conforme preceituada na Lei.

Ademais não se pode confundir o tribunal de exceção, vedado, com a prerrogativa de foro, pois esta se dá quando a lei favorece alguém em razão de interesse público, como ocorrem com as ações em que estão em questão os direitos indisponíveis, e os foros constituídos por convenção das partes dentro dos limites da Lei. Estas e outras situações previstas em lei, não ofendem o princípio do juiz natural.

É importante salientar, palavreando Nelson Nery Júnior,

Que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente as hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública. Assim, não se pode admitir a existência de mais de um juiz natural, como corretamente decidiu a 'corte italiana'.³⁶

A competência cumulativa ou alternativa somente é compatível com os critérios privatísticos de sua fixação, isto é, em se tratando de competência relativa.³⁷

³⁵ Nelson NERY JÚNIOR *In* Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 66-69.

³⁶ A decisão fala em competência que deve ser fixada sem alternativa, Corte Constitucional italiana, Sentença 88/1962, referida em RUFFIA, Paulo Biscaretti, *Dirito Costituzionale. Istituzione di dirito Pubblico*, 1986, nº 180, p. 579, nota 18.

³⁷ Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 69.

Em síntese, pode-se afirmar que o princípio do juiz natural deve ser aplicado tanto em processo judicial quanto administrativo, objetivando uma decisão justa e imparcial e desta forma concretizar direitos fundamentais não reconhecidos, que para tanto se faz necessário a intervenção estatal.

E no que concerne ao princípio do promotor natural, este é reconhecido pelo preceito constitucional que proclama: “ninguém será processado senão pela autoridade competente”. (art. 5º, LIII, C.F. /88), pois os membros do Ministério Público representam esta autoridade para o ajuizamento de ações penais e ações civil públicas. Desta forma, consagrou-se este princípio.

O reconhecimento deste princípio deu-se também a nível jurisprudencial, como reflete a decisão do Plenário Supremo Tribunal Federal,

O postulado do Promotor Natural que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de definições casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se juste a partir de critérios abstratos e predeterminados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não se deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável.

Posição dos Ministros Celso de Mello (relator), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso. Divergência, apenas, quando a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade do *interpositio legislatoris* para efeito da atuação do princípio (Ministro Celso de Mello); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministro Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Velloso). Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro Sydney Sanches). Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves. (HC nº 67759) RJ, rel. Min. Celso de Mello, RTJ, 150/123. No mesmo sentido: HC 74052 – RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 20-8-96, Informativo STF – Brasília, 28-8-1996, nº 41).

Portanto é inadmissível, após a promulgação da Constituição Federal, e da regulamentação dada pela lei nº 8625/93, que o Procurador-Geral faça designações arbitrárias de Promotores de Justiça para uma Promotoria ou para as funções de outro promotor, que seria afastado compulsivamente de suas atribuições e prerrogativas legais, porque isso seria ferir a garantia da inamovibilidade prevista na C.F. /88. e em última análise o princípio do promotor natural.

2.1.2.5 Do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

A teor do art. 5º, XXXV, da C.F.: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por este preceito fica evidente que todo indivíduo tem direito de buscar a tutela jurisdicional quando for lesionado ou se sentir ameaçado em seu direito. E em contrapartida este direito é garantido por lei; daí advém o caráter obrigatoriedade do Poder Judiciário de prestar a atividade judicial.

Este princípio deve ser interpretado com plenitude, no sentido de garantir a todos o acesso a justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou separativa do direito ameaçado ou lesionado.

E como ressalta Nelson Nery Júnior em sua obra *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*,

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter o Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda que haja lei proibindo a tutela urgente.³⁸

No Estado Democrático de Direito, como é o caso da República Federativa do Brasil, a observância dos princípios constitucionais, entre eles, o da inafastabilidade deve ser obrigatório não somente em virtude da lei, mas sobretudo por questão política e histórica, pois não se deve olvidar todo o passado histórico, onde muitos cidadãos por serem diferentes foram “julgados” sumariamente, perseguidos e exilados. Num quadro histórico como o que existe num passado recente, a luta pela concretização dos direitos fundamentais, pela consolidação da

³⁸ Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 100.

Constituição Federal de 1988 deve ser de todos. Para tanto deve se buscar, se necessária for a prestação jurisdicional, com o intuito de estabelecer a ordem, dando o direito a quem realmente pertence.

Com efeito, conforme salienta Nelson Nery Júnior (Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. P. 103). "Podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tuor court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições de ação".

O Poder Judiciário desde que a ameaça ao direito seja plausível, é obrigado a efetivar o pedido de prestação jurisdicional requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade do exercício da atividade de dizer o direito, é princípio básico que rege a máxima que toda violação de um direito corresponde a uma ação.

Uma questão que deve ser considerada decorrente deste princípio, é o acesso a justiça. Por esta garantia constitucional, não significa dizer que o processo deva ser gratuito. No entanto, as taxas judiciárias em diversos estados-membros brasileiros, são excessivas, criam obstáculo ao acesso à justiça, conseqüentemente ao princípio da inafastabilidade.

Em contrapartida deve ser salientado o disposto no art. 5º nº LXXIV, Constituição Federal, que garante assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados. Logo, o Estado deve promover a assistência aos necessitados não só no que se refere aos aspectos legais judiciais, mas também extrajudiciais, prestando informações sobre comportamentos a serem seguidos diante dos problemas jurídicos, e ainda, propondo ações e defendendo o necessitado nas ações em face dele propostas.

Um exemplo que deve ser lembrado e que constitui negativa ao acesso à justiça, com ofensa ao princípio constitucional ao direito de ação, é condicionar o ajuizamento de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ao prévio depósito do valor do débito, consoante dispõe o art. 38 da Lei de Execução Fiscal. A exigência deste depósito fere frontalmente este princípio.³⁹

³⁹ Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 107.

A função de “dizer o direito” é consequência do princípio de inafastabilidade do controle jurisdicional. E no instante em que o Estado chama para si a responsabilidade de solucionar as lides transforma esta função em nítido poder estatal, poder este exercido não só pela obrigatoriedade, mas também pela sujeição imposta à parte perdedora na demanda judicial de observar o julgado, sob pena de cumprimento coercitivo. E de outro lado, surge o dever do Estado solucionar todo e qualquer tipo de lide submetida a seu crivo, posto que inexistente para os cidadãos outra forma de solução forçada do conflito.

Em síntese, é dever constitucional de que nenhuma lesão de direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

2.1.2.6 Dos princípios do contraditório e da ampla defesa

O fundamento destes princípios encontra-se no art. 5º, LV, da C.F. /88. “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Estes princípios constitucionais têm íntima relação com os princípios da igualdade e do direito de ação, pois ao garantir aos ligantes o contraditório e a ampla defesa, significa assegurar tanto o direito de ação quanto o direito de defesa.

O princípio do contraditório, a quem o diga, tem origem bíblica, durante o julgamento de Adão e Eva, onde Deus, antes de condená-los, os convocou para que se defendessem:

“O Senhor Deus disse: Terias tu porventura comido do fruto da árvore que eu te havia proibido de comer?”⁴⁰

O contraditório hoje é considerado a garantia mais relevante do ordenamento jurídico processual e consiste na outorga e efetiva oportunidade de participação das partes na formação do convencimento do juiz que prolatará a sentença. Por ele, dar-se-á oportunidade às partes de cada fato novo surgido no processo, de modo que, da tese desenvolvida pelo autor e da antítese trazida pelo réu, possa o juiz deduzir a síntese.

⁴⁰ George LIMA, Marmelstein *In* Princípios Constitucionais de Processo Civil: acesso à justiça, devido processo legal, isonomia e contraditório. Disponível em <<http://www.georgemeima.hpg.com.br>>.

Essa dialética processual, é ressaltada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, nos termos seguintes:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas eqüidistante delas: ouvindo uma não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que as partes, indo ao juiz, não tem papel de antagonistas, mas sim de colaboradores necessários: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.⁴¹

Nesta linha, Ada Pellegrini ressalta que,

O contraditório, como contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo, constitui o resultado de moderna concepção da relação jurídica processual, da qual emerge o conceito de *pars conditio*, ou igualdade de armas.⁴²

Pelo princípio da ampla defesa, entende-se aquele pelo qual está assegurada a uma ampla defesa aos litigantes em processos judiciais e administrativos. Por este é dado as partes o direito de se defender de forma licitamente ampla. Salientando que ao réu é dado condições que lhe possibilitam trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, se considerar necessária. Em contrapartida o contraditório corresponde a exteriorização da ampla defesa, “impondo a condução dialética do processo (por conditio)”, porque o ato realizado por uma parte, corresponde igual direito a outra de opor-se, de contrapor as provas apresentadas.

Dentro da precisão constitucional da ampla defesa, está garantido o direito de ser informado da acusação que dará início ao processo, relacionando todos os fatos considerados puníveis, com detalhamento dos fatos concretos.

Portanto os princípios do contraditório e da ampla defesa, correspondem ao asseguramento aos ligantes em processo judicial ou

⁴¹ Cândido Rangel CINTRA, *Teoria geral do processo*, p. 55.

⁴² Ada Pellegrini GRINOVER, *Novas tendências do Direito Processual – de acordo com a Constituição de 1988*, p. 7.

administrativo, e aos acusados em geral, o direito de ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, vedando órgão julgante a prolação da decisão sem antes ouvi-lo sob pena de nulidade processual. Mas se um deles não se manifestar, sendo revel, aplicar-se-lhe-á a pena de confesso, presumindo-se como verdade as alegações da outra parte.

2.1.2.7 Do princípio da publicidade

A publicidade dos atos processuais encontra-se estipulada no art. 5º, LX e art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, onde prevê textualmente no primeiro inciso: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social exigirem". E no outro inciso: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...".

A finalidade deste princípio, é entre outras, garantir a lisura do procedimento, controlar o andamento do processo pelas partes, seus procuradores e qualquer do povo, quando não houver restrições legais ou de interesse público / social.

Pode-se afirmar que a existência da publicidade, é elemento essencial não só para o controle do processo, mas sobretudo para a validade do ordenamento processual, afastando suspeitas decorrentes de julgamentos secretos, como outrora ocorria. Porém, o referido princípio não é absoluto, consoante o art. 5º LX da C.F./88, pois em casos de interesse social ou quando for necessário defender a intimidade do (s) interessado (s) há restrição.

A publicidade dos atos processuais é corolário do Estado Democrático de Direito, pois é inconcebível falar e vivenciar a democracia ao lado de julgamentos secretos, onde os fatos são inacessíveis ao povo, e às partes não é permitido divulgá-los.

Em síntese, palavreando Alexandre de Moraes, que cita Leibman,

A finalidade da presente norma é dupla, pois ao mesmo tempo em que pretende garantir mais um instrumento no sentido de transparência e fiscalização popular na atuação dos órgãos exercentes das funções estatais também complementa os princípios do devido processo legal e da ampla defesa garantindo ao acusado ciência dos fatos pelos quais está sendo

acusado e de todo o desenrolar do procedimento.⁴³

O princípio da publicidade erigido a norma constitucional repudia qualquer hipótese de julgamentos secretos, sem a necessária publicidade, salvo nas hipóteses excepcionais previstas na Constituição Federal. Todavia a publicidade como garantia processual e constitucional, não deve ser confundida com o sensacionalismo apresentado pelos canais de comunicação de massa. Este afronta a dignidade humana, e pode ser tão ou mais perigoso quanto o próprio segredo. Em situações exploradas pelos meios de comunicação de massa, as partes, as testemunhas e os demais interessados podem ver seu direito a intimidade ser violado. Sem falar que o excesso de publicidade pode conduzir a distorção dos fatos e dos atos processuais.

“Logo, o princípio da publicidade constitui um instrumento seguro de fiscalização do povo sobre os atos dos juízes, membros do Ministério Público e advogado, além de controle da atividade jurisdicional.”⁴⁴

Diante do controle do povo, as decisões judiciais assumem outra dimensão, pois os magistrados sabedores decidem com responsabilidade e transparência, obedecendo aos princípios processuais constitucionais.

2.1.2.8 Do princípio da proibição da prova ilícita

A Carta Magna vigente, garante no art. 5º LVI, que “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Agora a C.F. traz expressamente esta inadmissibilidade, porém antes de sua vigência, a doutrina e a jurisprudência pátrias já se posicionavam contra o uso no processo de prova obtida ilicitamente. Inclusive houve um caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal não admitindo prova de adultério obtida por gravação clandestina em fita magnética, em ação de desquite, restaurando sentença de primeiro grau da lavra do juiz João Carlos Pestana Aguiar (RTJ 84/609).⁴⁵ E a doutrina entendia que não eram provas legais ou moralmente legítimas.⁴⁶

Na conjuntura atual a doutrina nacional se mostra dividida a respeito da

⁴³ Enrico Túlio LIEBMAN, *Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença* - Trad. Tereza Alvim, p 29/80.

⁴⁴ Nesse sentido: Ada Pellegrine GRINOVER *In* Tema Geral do processo, p. 69-70.

⁴⁵ Nesse sentido: RTJ 110/798, RT – 603/178.

⁴⁶ Nelson NERY JÚNIOR, *Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito, justiça penal, V.4* (Provas ilícitas e reforma pontual). Coordenado por Jacques de Camargo Penteado, p. 13-31.

temática. Uma parte opina no sentido de admitir-se o uso de prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhum obstáculo. Outra parte entende ser totalmente inadmissível o uso de qualquer prova obtida ilicitamente. E um terceiro grupo, mais coerente, no nosso entender, manifesta-se intermediariamente, nem a negativa sumária, nem a aceitação extrema. Esta corrente opina pelo uso relativo destas provas, que devem ser analisadas e usadas em confronto com outros bens jurídicos que são também constitucionalmente protegidos. E no momento de valorá-los, deve ser feito com observância em outros princípios, entre eles o da proporcionalidade, pois nenhuma regra é absoluta, uma vez que convivem com outras regras e princípios também constitucionais.

Com efeito, este princípio, à luz da doutrina constitucional moderna foi relativizado, como bem o diz Alexandre de Moraes,

A doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.⁴⁷

E a concepção atual da teoria da proporcionalidade, aponta Luiz Francisco Torquato Avolio,

É, pois, dotada de um sentido técnico no direito público e teórico do direito germânicos correspondentes a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhes estão sub-rogados (...). Para que o Estado em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.⁴⁸

⁴⁷ Alexandre de MORAES, *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 261.

⁴⁸ Luiz Francisco Torquato AVOLIO, *Provas ilícitas*, p. 55.

O sistema probatório legal ou o sistema da prova legal nasceu como expressão lógica dos princípios da mediatidade e da escritura no procedimento do *jus commune* da Europa Continental, desde a Idade Média até o final do séc. XVII. Por este sistema, ou princípio, o juiz não entrava em contato imediato com as partes, nem, em especial, com as provas (testemunhas, coisas, lugares), por causa da desconfiança, ou seja, o temor de que o juiz perdesse a sua imparcialidade ao ter estes contatos. Daí as provas serem sumidas com freqüência na ausência dele, que, conseqüentemente, não tomava conhecimento direto delas, mas apenas indiretamente, por meio de protocolos ou 'verbais' (atas) escritos, redigidos por secretários ou por outros sujeitos destinados a isso.

O sistema de prova legal era perfeitamente aceitável para o pensamento da Idade Média, sobretudo porque ele veio substituir o sistema precedente de duelos e das ordálias, no qual a verdade era confiada ao julgo de força, de sorte e de superstição. Todavia aquele sistema, conhecido também como, repita-se, das esculturas, foi superado em razão da evolução da cultura jurídica que hoje dá relevo também aos princípios da imediatidade, da oralidade e da valoração de provas.⁴⁹

Contudo, deve se ressaltar que o princípio da prova legal prevalece, sobretudo em detrimento da vedação da prova ilegal.

Com efeito, numa interpretação análoga, diz CAPPELLETTI, citado por Nelson Nery, que,

Nas cortes inglesas de *common law*, mais do que sob forma de regras legais e vinculantes de valorização das provas já assumidas, o sistema da prova legal manifestou-se todavia sob forma de regras limitadoras da admissão de certas provas. Uma vez admitida e assumida a prova, era bem difícil impedir que o bom senso e o princípio de independência dos jurados extraísse livremente delas as conclusões. Mais fácil, era, pelo contrário, prescrever aprioristicamente toda uma série de *exclusionary rules* e de *disqualificatios*, ou seja, de inadmissibilidade.⁵⁰

A moderna doutrina alemã do direito processual civil, tem se pronunciado no sentido da não aplicabilidade integral do princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser impostas algumas limitações no tocante à

⁴⁹ Mauro CAPPELLETTI, Trad. De Hittomas Martins, *O Processo civil no direito comparado*, p. 40,69-73.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 40,69-73.

obtenção das provas, a fim de que sejam respeitados os direitos fundamentais. Logo, a inadmissibilidade material do meio de prova, traz conseqüentemente a inadmissibilidade de sua utilização no processo.

Entre exemplos, a doutrina e a jurisprudência alemã traz os seguintes: gravação de conversa telefônica sem o consentimento do partícipe; exibição de fotografias com ofensa a direitos da personalidade; leitura indevida de diário pessoal; depoimento de alguém que observou ilegalmente; o cônjuge réu em sua própria casa; o depoimento de testemunha sobre fatos que soube espreitando conversa privada em segredo.⁵¹

Já a doutrina e jurisprudência têm seguido o caminho da tese intermediário, não este princípio de forma absoluta, mas relativamente, e com escopo no princípio da responsabilidade encontra-se a medida ideal de sua aplicabilidade.

2.1.2.9 Do princípio da motivação das decisões judiciais

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, estabelece que as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade.

A motivação das decisões judiciais, juntamente com o princípio da publicidade, tem por finalidade o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional. Além deste objetivo, modernamente tem-se ressaltado a função política das decisões judiciais que tem como destinatários as partes e o povo, que podem verificar se o magistrado observou os princípios da legalidade, da igualdade, do devido processo legal, foi imparcial e justo na aplicação do direito ao fato concreto.⁵²

O princípio da motivação das decisões judiciais é uma manifestação dos Estados Democráticos de Direito. Daí, anterior a atual Constituição Federal, está expresso na C.F. /1969, no art. 153 - § 4º, e outras constituições exigem expressamente que as decisões judiciais sejam motivadas, entre elas estão a italiana, a grega, a belga e diversas latino-americanas.

A importância desta norma-princípio, já era evidente desde 1939, pois o C.R.C. deste época determinava que o juiz mencionasse na sentença os fatos e

⁵¹ Nelson NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159-160.

⁵² Nesse sentido: Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. *Teoria Geral do processo*, p. 68.

circunstâncias que motivaram seu convencimento (art. 118, parágrafo único), bem como os fundamentos de fato e de direito que serviam de base para o julgamento da causa (art. 280, II).

Segundo Nelson Nery Júnior, citando Arruda Alvim:

A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas no art. 5º, C.F., trazendo conseqüências a exigência da imparcialidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, passando pelo princípio constitucional na independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões do seu convencimento (princípio do livre convencimento motivado).⁵³

A motivação das decisões abarca também as matérias administrativas. Pois o inciso X, do art. 93, C.F. exige que os órgãos do Poder Judiciário fundamentem as decisões administrativas.

Fundamentar significa dar as razões de fato e de direito que convenceram o magistrado a decidir a questão daquela maneira. Ela tem implicação substancial e não meramente forma, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a fundamentação.

A Lei 8952/94, que alterou o C.P.C., arts. 273 e 461 estabelece que a decisão do juiz que antecipa a tutela de mérito seja fundamentada. Trata-se de mais um esforço ao dispositivo constitucional, que determina sanção caso suas normas não sejam obedecidas, expressando que: "a falta de motivação das decisões judiciais e administrativas do Poder Judiciário acarreta a pena de nulidade a essas decisões".

Portanto a fundamentação é exigida de toda decisão do Poder Judiciário, exceto os despachos de mero expediente, por não ter conteúdo decisório, sob pena de nulidade.

2.1.2.10 Do princípio do duplo grau de jurisdição

A constituição Federal em vigor não trouxe expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição. Ele só é encontrado de modo expresso no art. 475 do

⁵³ Arruda ALVIM, *Código de processo civil contratada*, V. 5, comentários ao art. 131, p. 235 et seq.

Código de Processo Civil, que descreve as hipóteses em que deverá ser obrigatoriamente aplicado independentemente da vontade das partes em recorrer ou não.

Com efeito, prevê o art. 475, C.P.C. – Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - que anular o casamento;

II - proferida contra a União, o Estado e o Município;

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

“Este Princípio processual tem por escopo garantir justiça ao possibilitar a reapreciação ou revisão da decisão judicial de um órgão por outro, do Poder Judiciário hierarquicamente superior, em grau de recurso.”⁵⁴

Por ele dar-se-a a possibilidade de revisão, por meio do recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeira instância, que corresponde a jurisdição inferior. Por este instrumento garante um novo julgamento pela instância de segundo grau.

O fundamento justificador da observância do princípio do duplo grau de jurisdição é a possibilidade da decisão de primeiro grau ser injusta ou errada. Além disso, há inúmeras vantagens para observá-lo, entre elas estão: satisfazer uma necessidade humana, por não haver conformação a um julgamento único e desfavorável; atender a falibilidade humana por diversos fatores; possibilidade de reduzir os erros dos juizes; atua como forma de purificação das sentenças; oportunidade para suprir omissões, enganos e claras obscuridades, que o poder absoluto a um só órgão poderia gerar sentenças de má qualidade.

Em contrapartida há uma corrente doutrinária hoje minoritária – que se opõe ao princípio do duplo grau de jurisdição. Aponta entre os argumentos de oposição, entre outros, os seguintes: conformação da sentença representa supérflua atividade para o Poder Judiciário; a reforma da sentença desprestigia o Judiciário, atestando o erro do órgão, retarda a prestação jurisdicional, trazendo insegurança

⁵⁴ Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico*, p. 735

ao jurisdicionado; julgar por ultimo nem sempre significa julgar melhor. Não há critério válido para determinar que o segundo julgamento é mais justo do que o primeiro; o duplo grau ofende ao direito.⁵⁵

Não-obstante, entende Ada Pellegrini que é mais conveniente dar ao vencido a oportunidade de reexaminar sua causa, cujo resultado não se conformou.

Além do fundamento de cunho subjetivo / objetivo – possibilidade da decisão de primeiro grau ser errada ou injusta – há outro muito mais importante, o de natureza política, pois segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles, sobretudo ao do Poder Judiciário, haja vista seus membros não serem sufragado pelo povo.

Diante deste argumento de natureza política, é necessário que se exerça sobre o Judiciário no mínimo o controle interno sobre a legalidade e a justiça das suas decisões.

O duplo grau de jurisdição é acolhido pelos sistemas processuais contemporâneos em sua grande maioria, inclusive pelo brasileiro. Ele não é garantido de forma expressa na Constituição Federal do Brasil, porém já existe desde a República. É encontrado implicitamente em diversos dispositivos constitucionais.

Com efeito, o duplo grau de jurisdição, apesar de não ter assento Constitucional, pode ser detectado a partir do exame dos dispositivos processuais constitucionais, entre eles: os referentes aos princípios e os que regulamentam os recursos.

No entanto aos princípios é suficiente abordar o devido processo legal, que engloba os demais em razão de sua natureza geral, pois ele, ao menos originalmente, tem por objetivo a tutela dos direitos fundamentais do homem.

Por este prisma, o devido processo legal, é um verdadeiro direito a serviço do direito, na medida em que se constitui em um instrumento garantidor de direito, pois, se impedido o exercício destes, permite o direito de ação ao juiz para torná-lo efetivo.⁵⁶

⁵⁵ Nesse sentido: Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRI NOVER e Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 74.

⁵⁶ Creste Nestor de Souza LASPRO, *Garantia do duplo grau de jurisdição, em Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 195-197.

Nesse sentido, precioso é o ensinamento de José Rogério Cruz e Tucci, para quem,

A garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializar se constatem todas as formalidades e exigências previstas em lei.

A partir deste ensinamento pode ser analisado o princípio do duplo grau de jurisdição, que em face do controle judicial, e do objetivo maior de distribuir a justiça, é imprescindível que haja uma certeza jurídica. E que melhor meio do que possibilitar o reexame da matéria?

Em resumo, por este instrumento possibilita-se nova análise do tema, obedecendo à brevidade processual, sem causar tumulto, porque se assim não for, a generalização do duplo grau de jurisdição, poderá constituir um obstáculo ao devido processo legal, pois fazendo uso das palavras de Marinoni, citado por Oreste Nestor de Souza Laspro, "quanto maior a duração do processo, mais ele se presta a prejudicar o autor que tem razão e a premiar o réu que não a tem".⁵⁷ Sua finalidade, é, em outras palavras, tornar uma decisão sem efeito e aperfeiçoar as decisões judiciais, tendo em vista a satisfação do interesse público e privado.

⁵⁷ Oreste Nestor de Souza LASPRO, *Garantia do duplo grau de jurisdição, em Garantias Constitucionais do processo civil*, p. 199.

CAPÍTULO III - A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

3.1 DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE NO RESULTADO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O princípio da efetividade deve ser entendido como aquele cuja observância busca no provimento jurisdicional uma solução eficaz, dando ao vencedor da demanda a solução mais justa possível, e a concretização do seu direito. Pois de nada vale ser vencedor de uma demanda sem que este concretize o seu direito face ao vencido. Por que a satisfação moral e formal de uma sentença favorável não é suficiente.

O vocábulo efetividade, de acordo com o Aurélio Buarque de Holanda, apresenta os seguintes significados: qualidade de efetivo; atividade real; resultado verdadeiro; realidade; existência. Já o termo efetivo, tem o sentido: que se manifesta por um efeito real; positivo; permanente; estável; fixo, que merece confiança; seguro; firme; o que existe realmente.

Logo efetivo é o que é real, que produz efeitos, é aquilo que existe de fato. E a produção de resultado justo e efetivo é o que se busca do Estado-juiz, através do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional.

Falar em efetividade do processo não é fácil, diante da situação processual vigente. Pois se eternizam os processos, com incidentes descabidos, recursos procrastinatórios e manobras que fazem com que o justo não prevaleça ou demore a prevalecer.

O processo civil brasileiro apresenta-se frágil no tocante a sua efetividade devido a uma série de razões: o processo de conhecimento é repleto de incidentes supérfluos; a execução tem atos desnecessários e outros que favorecem

ao devedor impontual. Além disso, existe uma grande quantidade de recursos, que constituem um dos sérios problemas do processo civil, protelando mais ainda a demanda. E quanto as cautelares que deveriam ser usadas como garantia efetiva a prestação jurisdicional, pouco uso se faz delas.

E ainda deve-se trazer a relevo o chamado duplo grau de jurisdição obrigatório nas causas em que o Estado é parte, onde a sua situação privilegiada, olvidando o princípio da igualdade, leva muitas vezes o processo chegar a percorrer até quatro instancias, tornando-se as ações em que o Estado é parte um obstáculo a efetividade do processo.

O processo para se tornar efetivo passa frontalmente pelo acesso a justiça dando oportunidade a todos que necessitam de buscar a prestação jurisdicional, sobretudo aos hipossuficientes, através da valorização das defensorias públicas, do pagamento pelo Estado de honorários advocatícios aos operadores do direito que funcionam como patronos das partes pobres, ou como curadores. Pela ética no processo, evitando demandas de arrazoados, incentivadas pela gratuidade, penalizando de forma eficaz os litigantes de má-fé. E acima de tudo, aproximando o processo da realidade. Somente enfrentando estes pontos se pode acreditar que a justiça será feita frente aos cidadãos comuns, de forma célere e eficaz.

Nesta posição encontra-se Delosmar Mendonça Júnior,

É hora de aproximar o processo da realidade social. Um processo que seja útil, produzindo resultados. De nada adianta enumeração de direitos fundamentais voltados para o acesso à justiça e para devido processo legal, se o sistema não consegue materializar, concretizar e viabilizar o direito material pretendido (...). Daí o relevo que assume a efetividade para o fenômeno processual: a visão de acesso à justiça passa pela efetividade, levando a um processo de resultados.⁵⁸

E este era o pensamento de Cappelletti,

Realmente, além do acesso a justiça e a ética no processo, os mais variáveis obstáculos que se interpõem ao destinatário final da prestação jurisdicional, são o seu custo e a duração, com efeitos que podem ser devastadores, pois ora atuam como mecanismo de pressão sobre a parte mais fraca que se ver obrigada a abandonar o processo ou se sujeitar a

⁵⁸ Delosmar MENDONÇA JÚNIOR *In* Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro, *passim*.

acordos inferiores àqueles que teria direito, ora geram resultados, que diante do almejado pela parte, são ineficazes. E como já se alertou "a justiça, que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível". Em contrapartida, é possível afirmar que a demora demasiada pode representar a denegação da própria justiça.⁵⁹

A possibilidade efetiva de acesso à ordem jurídica justa encontra, como já visto anteriormente no custo do processo. Pois a justiça civil é cara e torna-se demasiada para os mais desfavorecidos. E nesse sentido é o pensamento de Juiz Guilherme Marinoni, citando J. J. Calmon de Passos,

Um dos principais entraves para um efetivo acesso à justiça encontra-se no excessivo custo do processo. Esse problema atinge, principalmente, as camadas de baixa renda da população, que, em nosso país, infelizmente, constituem a maioria. Aliás, por tal razão, na 9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Florianópolis, no ano de 1981, uma tese que se intitulava 'justiça social e acesso, mas minorias não privilegiadas' teve seu título corrigido, por decisão plenária para 'justiça social e acesso da maioria privilegiada', já que, ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, no nosso país os pobres constituem a imensa maioria.

Sobre a temática: custo do processo, Marinoni vai além ao citar Boaventura, dizendo que,

O custo do processo, aliado a outros fatores de ordem social e cultural, pode impedir o cidadão comum de recorrer ao Poder Judiciário. Em estudo sociológico foi constatado que em determinados países o custo do processo aumenta à medida que busca o valor da causa. Na Inglaterra, por exemplo, verificou-se que em cerca de um terço das causas em que houve contestação, os custos globais foram superiores ao valor da causa. Na Itália, os custos processuais podem atingir 8,4% do valor nas causas com valor elevado, ao passo que nas causas de pequeno valor essa percentagem pode elevar-se a 170%. Tais estudos revelam não só que a justiça civil é cara, mas, principalmente, que ela pode ser mais cara para os menos favorecidos, já que é possível dizer que são esses, em grande proporção, os litigantes nas causas de pequeno valor, e nessas o custo do processo pode não guardar proporção com o valor da causa, atingindo valores insuportáveis.⁶⁰

Além dos custos processuais previstos nas tabelas judiciárias, ressalta-

⁵⁹ Cappelletti e Garth. *Acces to justice: the worl wide movement to make rights effective*, (Acesso a justiça, tradução portuguesa de Ellen Gracie Northflet), p. 20-21.

⁶⁰ Luiz Guilherme MARINONI, *Nas lencas do processo civil*, p. 29.

se também a realização de determinadas provas como por exemplo o DNA, realizados nas investigações de paternidade, e os honorários advocatícios, suportado pelo vencido, que além do seu advogado, é obrigado a arcar com os honorários da parte vencedora. Isto não quer dizer que a presença do advogado é dispensável. É evidente que ele é importante para garantir uma efetiva e adequada participação no contraditório e sobretudo garantir em processo justo e democrático, porém não é justo, tão pouco humano, que todas estas custas sejam obstáculos ao acesso à justiça. Em outras palavras, nenhum óbice de caráter econômico deveria ser empecilho ao exercício do direito de ação.⁶¹

A durabilidade processual é outro fator para inefetividade da justiça. A lentidão da justiça civil deve exigir a atenção dos operadores do direito, pois a história processual traz os dois lados da medalha: a aspiração à certeza e a exigência de rapidez na conclusão do próprio processo. Pois um juízo moroso pode dá lugar a fenômenos de incompreensão dos direitos fundamentais do cidadão, podendo até estrangulá-los. E o pior é que a lentidão muitas vezes é opção dos próprios detentores do poder, como por exemplo a lei que proibiu à época do denominado “plano Collor”, a concessão da medida liminar e a execução provisória da sentença na ação cautelar e no mandado de segurança. Vedação esta que traz prejuízo real ao detentor do direito tutelado e reflete um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

A questão da morosidade não deve ser atribuída somente a atuação do juiz, que em certos casos, levam um ano para prolatar uma decisão interlocutória. É necessário afastar a idéia simplista de que o juiz é culpado pela demora do processo, ou mesmo pela falta de qualidade no seu serviço. É obvio que a situação é muito mais profunda, está ligada fundamentalmente à estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos. Para que o Judiciário funcione a contento depende de uma série de fatores, entre eles, a relação adequada entre o número de juizes e o número de processos, porque é inconcebível, que, estatisticamente falando, um juiz seja responsável por aproximadamente 2000 processos. Esta desproporção é fator de morosidade e conseqüentemente de inefetividade processual.

⁶¹ Nesse sentido: Luiz Guilherme MARINONI *In* Novas Linhas do Processo Civil, p. 30-32; Candido Rangel DINAMARCO *In* A instrumentalidade do processo, p. 276.

Outro fator, para duração do processo, é a atuação dos advogados que organizam e rentabilizam suas atividades com base nesta morosidade, pois a celeridade da justiça certamente evitaria a propositura de um bom número de ações.

A universalização do procedimento ordinário é outro instrumento responsável pela lentidão da justiça. A determinação do procedimento ordinário como padrão teve como objetivo atender as mais diversas situações de direito substancial, porém desconsiderou a realidade social e o direito material. Logo, esta universalização não pode propiciar uma tutela jurisdicional efetiva, haja vista que para existir efetividade ser necessária a adequação entre procedimentos adequados à tutela dos direitos materiais.⁶²

A morosidade do processo atinge pessoas que têm menos recursos econômicos e, em contrapartida favorece aos mais privilegiados economicamente, porque a demora da justiça pode pressionar a parte frágil a aceitar acordos nem sempre razoável, como por exemplo, as ações trabalhistas, em que o empregado por não ter meios para suportar a espera daquilo que lhe é devido, aceita cancelar em condições favoráveis ao empregador.

Os atos e recursos processuais em demasia, o acesso a justiça que é propiciado de forma desequilibrada, a ausência de ética processual, as custas processuais, a atuação dos operadores do direito, entre eles, juizes, promotores e advogados, a estrutura deficitária do sistema judiciário, ande há desproporção entre os que prestam a tutela jurisdicional e os que dela necessitam, a demora no processo, cuja morosidade atravancam o exercício da atividade jurisdicional e a universalização do procedimento ordinário como padrão contribuem para a fragilidade do processo civil brasileiro e conseqüentemente para a inefetividade do processo.

A efetividade está implícita na C.F./88, art. 5º, XXXV, que a teor da rubrica de Marinoni, "(...) a Constituição da República, não só garante o direito de acesso à justiça, mas igualmente o direito à efetividade e a tempestividade da tutela jurisdicional".⁶³

Dinamarco define efetividade, pontificando:

⁶² Luiz Guilherme MARINONI, *Novas Linhas do Processo Civil*, p. 34.

⁶³ *Ibid.*, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 160.

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais.⁶⁴

Já o doutrinador José Carlos Barbosa Moreira, apresenta a seguinte noção de efetividade: "O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, todos os direitos contemplados no ordenamento".

E mais adiante escreve: "Em toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno de especificação utilidade a que faz jus segundo o ordenamento".⁶⁵

A temática também foi elaborada por Humberto Teodoro Júnior, nos seguintes termos,

O ideal de acesso à justiça se confunde com a aspiração de efetividade da prestação jurisdicional. Por efetividade entende-se a aptidão de um instrumento como meio para realizar os fins, e produzir efeitos para que se constituiu (...).

De acordo com os processualistas mais eminentes da atualidade, pode-se afirmar, sem medo de erro que a nota de efetividade da tutela jurídica se transformou na busca incessante de aproximar cada vez mais o processo e o direito material, sob inspiração do princípio da instrumentalidade.⁶⁶

Podemos dizer que o princípio da efetividade, no resultado da prestação jurisdicional, gira em torno da técnica processual a serviço dos efeitos concretos do processo ou do formalismo, em detrimento da tutela efetiva.

Com efeito, assim se expressa Delomar Mendonça Júnior:

A efetividade, quer no parecer, independente da observância de todas as garantias processuais, um valor em si, para 'existir'. Em outras palavras, a efetividade é elemento do processo justo, todavia, o valor de justo processo não é necessário para a efetividade. O processo pode produzir efeitos concretos e aplicar a tutela jurisdicional de forma concreta e até efetivar adequada subsunção da norma material aos fatos e não observar alguma

⁶⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁶⁵ José Carlos Barbosa MOREIRA, *Temas de Direito Processual*, p. 27-28.

⁶⁶ Humberto THEODORO JÚNIOR, *Direito e Processo. Direito Processual Civil ao vivo, passim*.

garantia do devido processo, tornando-se injusto. A observância das garantias processuais não conduz, de per si, a efetividade da tutela.

Ele vai mais além quando diz que: "a efetividade parece um valor em si. Um valor-meio, isto é, a serviço da ordem jurídico-processual justa, integrante desta ordem, mas não depende dos outros elementos".⁶⁷

Em síntese, o princípio da efetividade é de grande relevância no provimento final, haja vista conceber a ação processual como correspondente à ação material. E confere a tutela jurisdicional, não um simples exercício da jurisdição, com entrega do provimento jurisdicional, mas como efetiva satisfação das pretensões apoiadas pelo direito. Efetivamente, significa adequada tutela jurisdicional, real, concreta, verdadeira, existente e eficaz.

E para finalizar apontamos algumas situações para que a efetividade processual caminhe para uma realidade concreta. Entre elas: abolição dos recursos quando o valor da causa não ultrapassar, por exemplo, 20 salários mínimos; a obrigatoriedade do regime dos Juizados Especiais Cíveis, deixando de ser opcional; que haja aprimoramento legal de um móvel investimento nos Juizados Especiais Cíveis; a autorização da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que o patrimônio da pessoa jurídica não seja suficiente para cobrir o débito; que sejam possíveis à penhora e arresto de bens do devedor no caso da chamada riqueza aparente; que seja abolido o duplo grau de jurisdição obrigatório nas demandas em que é parte o Estado "*lato sensu*" e que nas ações em que o Estado for condenado, ao invés de precatório, ele seja obrigado a pagar o débito como qualquer outro devedor.⁶⁸

Estas, entre outras são alternativas para a efetividade do processo civil brasileiro, entre tantos obstáculos jurídicos, sociais e econômicos.

3.2 A EFETIVIDADE DO PROCESSO NA TUTELA ANTECIPADA

A antecipação da tutela teve sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 8952/94, que alterou a redação do artigo 273 do Código de Processo Civil. Este instituto teve por objetivo primordial minorar e até mesmo evitar os danos e prejuízos impostos pela demora na prolação da sentença

⁶⁷ Delomar MENDONÇA JÚNIOR, *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*, p. 68-69.

⁶⁸ Nesse sentido: Luiz Guilherme MARQUES, *A Fragilidade do processo civil brasileiro – artigo, passim*.

final. Porém seu deferimento depende, em face da prova inequívoca, que se constate a verossimilhança das alegações dos autos e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ela surgiu, em consequência da preocupação com a celeridade processual, no sentido de efetividade, e visando conceder, aos sujeitos do processo, meio capaz de afastar os danos materiais decorrentes da sua demora.

E como diz Humberto Theodoro Júnior,

Este instrumento é aplicável em tese, a qualquer procedimento de cognição, sob a forma de liminar satisfativa provisória, diferenciando das liminares de cunho meramente preventivo, típicas das medidas cautelares e, ainda, (...), não assumindo o efeito exauriente da tutela jurisdicional final.⁶⁹

Tanto a medida cautelar propriamente dita, como a medida antecipatória, representam providências de natureza emergencial executiva e sumária, dotadas de caráter provisório. Todavia elas apresentam diferenças, a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão distinta do pedido principal, enquanto que a tutela antecipatória realiza, de imediato, a própria pretensão.

Ernani Fidelis dos Santos tece interessante comentário a respeito:

A antecipação, na verdade, não se confunde com a medida cautelar. A cautela, que tem sentido publicista, por garantir, em primeiro plano, a própria eficácia do processo, é de natureza instrumental e não se identifica com a medida satisfativa solicitada no processo acautelado; apreende-se o bem, por exemplo, para evitar sua identificação, não para entregá-lo antecipadamente, a quem o reivindica, já a medida antecipada tem, qualitativamente, reflexos do mesmo conteúdo do que se pretende no pedido, através do julgamento definitivo. Por tais razões, requisito próprio da medida cautelar é apenas a *fumus boni iuris*, isto é, a simples possibilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido ou a se fazer, enquanto na antecipação, embora provisório o provimento, exige-se prova que, por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva.

E mais adiante Fideles explicita o objeto da antecipação:

O fundamento de ordem publicista, da cautela, é a não-permissão de que o

⁶⁹ Humberto THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, V. I, p. 337-371.

processo em sua realidade prática, perca a eficácia. Na antecipação de efeitos satisfativos, ainda de antes, de proteção realmente efetiva a um direito subjetivo, de forma tal que, se a evidência é tanta, mais danosa passa a ser a protelação do exercício do direito do que remota possibilidade de sua inexistência. Esta é a razão pela qual, tendo a antecipação, com fim imediato, não a eficácia propriamente dita do processo, mas o próprio direito a se proteger, não pode o juiz agir de ofício nem empregar qualquer juízo de fungibilidade em sua decisão antecipatória.⁷⁰

Desta forma fica evidente que o instituto da antecipação da tutela é um instrumento para a efetividade do processo, para um acesso a justiça célere. Ela possibilita ao autor, desde que preenchidos os requisitos legais, obter antecipadamente os efeitos do provimento jurisdicional que somente seria alcançado com o trânsito em julgado da sentença definitiva de mérito.

A antecipatória tem por escopo distribuir o ônus do tempo do processo. E na busca da efetividade, este novo instituto deve ser usado de forma adequada e com mais regularidade, pois é mais um remédio que surgiu para eliminar o mau da morosidade já enraizado na atuação jurisdicional. A tutela antecipatória permite perceber que tanto a ação quanto a omissão podem ser prejudiciais.

Nesta linha temos o entendimento de Ernani Fidelis:

O juiz que omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que eles não erram – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que tenha tratado os novos direitos e que também tem que entender – para cumprir a sua função sem deixar de lado a sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de 60 anos atrás (...).⁷¹

Essa antecipação dos efeitos da tutela veio a ser mais um instrumento para a concretização dos direitos do cidadão, ante a sociedade que cresce na mesma proporcionalidade de seus problemas que necessitam de soluções. A sua previsão legal, encontra-se inserta no art. 273, C.P.C., alterado pela Lei nº 8952/94, e posteriormente pela Lei nº 10444/02, cujo teor é o seguinte:

Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou

⁷⁰ Ernani Fidelis dos SANTOS, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, p. 24-25.

⁷¹ Ernani Fidelis dos SANTOS, *Novos perfis do processo civil brasileiro*, p. 26.

parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e ...

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique concretizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório

§ 3º - A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, § 4º e §5º, e 461 – A.

§ 6º - A tutela antecipada também poderá ser concebida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º - Se o autor, a título de antecipação da tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Essa antecipação dos efeitos da tutela, hoje autorizada em qualquer procedimento comum, já existia em nossa legislação, sob forma de especialização de determinados procedimentos, como por exemplo, nas ações possessórias e na ação especial de alimentos. Essas situações especiais de direito material demandavam resposta jurisdicional urgente, motivo pelo qual se autorizava, preenchidos os requisitos formais, a concessão da liminar da reintegração ou manutenção da posse, ou ainda dos alimentos provisórios, antes mesmo de prolatar a sentença de mérito. Logo, o acúmulo dos processos no Judiciário, com a conseqüente demora no reconhecimento de direito às vezes patente, anteriormente reservada aos procedimentos especiais, agora também todos os procedimentos comuns.

O campo de incidência da tutela antecipada é o processo de conhecimento, já que tem por fito definir os efeitos da decisão definitiva. Não há restrição à antecipação de efeitos da tutela por razão alguma, podendo ser concedida em qualquer procedimento, e contra qualquer pessoa que seja, inclusive as de direito público. Por exemplo, quando se tratar de prestação de natureza alimentar contra a União, Estado ou Município as que se propagam sob forma de pensão, em folha de pagamento, pode-se determinar desde logo a realização, apenas com levantamento sujeito à caução.

Em contrapartida, ela não comporta em processo de execução, pois neste não há decisão em fase que possa impor reconhecimento antecipado de procedência de pretensão, pois o direito mesmo, nele já está se realizando.

Todavia não se deve confundir o processo de execução, com execução da tutela antecipada, esta comporta a executóriedade, que sofre restrições próprias da provisoriedade, exatamente porque também está sujeito a se prejudicar pelo julgamento definitivo. Assim, veda-se na execução da antecipação atos que importem alienação do domínio, porque este sempre se dá em definitividade, bem como não se autoriza qualquer levantamento de dinheiro, sem a prestação de caução idônea que só se efetiva em forma processual adequada.

Para a efetivação da tutela antecipada, que não comporta irreversibilidade, ou seja, só pode ser deferida se seus efeitos forem reversíveis, é imprescindível que sejam observadas suas condições, já citadas: prova inequívoca e verossimilhança. Estas condições gerais previstas na lei são, aparentemente, contraditórias. Pois se requer prova inequívoca, que não deixa dúvida, não tem sentido que alegação seja semelhante a verdade, deveria expressar a verdade ante a prova certa.

Nesse sentido se expressa Ernani Fidelis:

As condições gerais da antecipação, na lei brasileira, são a existência de prova inequívoca e convencimento do juiz da verossimilhança da alegação, isto é, da providência do que se pede. Quanto ao aspecto lógico, parece haver contradição porque, se verossimilhança não é o que é verdadeiro, mas o que parece ser verdadeiro (vero = verdade, semelhante = semelhante, parecido), não há como considerar-se em tal consequência a inequívocidade da prova. Em outras palavras, prova inequívoca deveria conduzir-se não a verossimilhança, mas à certeza da própria verdade.⁷²

E Cândido Dinamarco, como que sentindo deficiência nos termos empregados, tece interessante comentário a respeito:

Aproximada as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança) chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que mera verossimilhança. Probabilidade é a situação

⁷² Ernani Fidelis dos SANTOS, Novos perfis do processo civil brasileiro, p. 28-29.

decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pensando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pensando mais as negativas, ele é improvável (malatesta).

As ilustrações referentes aos requisitos da antecipação da tutela sugerem que o juiz aprecie com prudência e bom senso, os fatos trazidos ao seu conhecimento, na busca da efetividade processual, e antecipe os efeitos da tutela considerando o grau de probabilidade, certeza e o equilíbrio entre os interesses dos litigantes, sem deixar que a lentidão da marcha processual interfira no acesso da justiça, traduzida no princípio da efetividade, dando a autora: *“tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter”* (Ada Pellegrini *in* Teoria geral do processo).

Efetivamente, ao lado de outros instrumentos acauteladores, de liminares, a tutela antecipada e um meio ágil de efetivação da concretização do direito material, pois além de motivação no resultado à pretensão jurisdicional, é importante para restabelecer a crença na atividade do Poder Judiciário, quanto à eficácia e utilidade da tutela, em face do tempo e do custo do processo.

Por tudo isso é de suma importância que os operadores de direito utilizem mais deste instituto para que haja a efetividade processual e a satisfação do direito material, preservando o bem da vida à luz das garantias constitucionais, o que equivale a um acesso a “justiça”, justa, célere cujo resultado pretendido, pode ser traduzido na concretização do direito litigado, ou mais precisamente, na tutela jurisdicional útil, adequada e efetiva.

3.3 A EFETIVIDADE E A PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NO JUIZADO ESPECIAL CIVIL

A Constituição Federal em seu art. 98, I, determinou que a União, no Distrito Federal e nos territórios, e os Estados, nas áreas de sua circunscrição, criassem juizados especiais para julgamento e execução de causas de menor complexidade, com procedimento sumaríssimo.

Assim é que, surge a Lei 9.099/95, com o intuito de se buscar uma solução diferenciada para conflitos de menor complexidade, seja pela matéria, seja pelo valor da questão em discussão, que vem de encontro à realidade concreta da

grande maioria da população nacional a qual deparando-se com a dificuldade de acesso ao judiciário, a morosidade de se obter uma solução e aos altos custos de processo judicial, com freqüência relegava ao esquecimento a ofensa a seu direito, preferindo perdê-lo, à enfrentar uma demanda judicial.

Os Juizados Especiais, têm a conotação dos juizados de pequenas causas, criado no universo jurídico nacional através da Lei 7.244/84, visando oportunizar o acesso judiciário a uma demanda populacional carente, sobretudo de recursos econômicos. E transcorridos dez anos da edição desta Lei, surgiu a Lei 9.099/95, que aperfeiçoou o instituto e ampliou a gama de conflitos submetido a ele.

Este instituto legal veio não só aperfeiçoar o texto da Lei 7.244/84, que sucedeu, mas assegurar uma solução célere aos conflitos que estão acobertados por ele, denominados de causas de menor complexidade jurídica, que por sua natureza, valor e/ou matéria, demandam e possibilitam a solução definitiva da controvérsia, no menor intervalo de tempo possível entre a ofensa ao direito e a reposição das coisas em seu estado anterior, "status quo ante". Desta maneira se pode dizer que houve o acesso a justiça, e efetividade do processo.

Com efeito, o procedimento adotado no Juizado Especial, possibilita antever a efetividade do processo, sobretudo na concentração das fases processuais.

Nesse sentido, Natacha Nascimento e Márcia Cunha tecem o seguinte comentário,

dentre tais instrumentos assecuratórios da efetiva celeridade processual, destaca-se a concentração das fases processuais, através do que os incidentes processuais são argüidos e decididos em um só momento(a audiência), com reflexos diretos na redução temporal de tramitação, assim como impedindo a utilização de expedientes procrastinatórios; trazendo, outrossim, sensível redução aos meios recursais, valorizando-se a decisão de primeiro grau, a fim de não só assegurar, mais uma vez, a contemporaneidade da solução a ofensa, mas também impedir o recurso como meio meramente protelatório do cumprimento da decisão judicial.⁷³

O Juizado Especial, consoante o art. 2.º da Lei 9.099/95, se orienta pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e

⁷³ Natacha Nascimento Gomes TOSTES, *Juizado especial civil: estudo doutrinário e interpretativo da Lei 9.099/95 e seus reflexos processuais práticos, passim.*

celeridade.

- Princípio da Oralidade

Oralidade significa que, não se exige a rigorosa forma escrita para a prática dos atos processuais. Logo, somente são escritos, poucos atos processuais, entre eles a sentença.

Em observância ao princípio da oralidade, há a concentração dos atos, já que tudo o que importa para o julgamento da lide é deduzido e decidido em audiência, visando preservar a identidade física do juiz, com suas impressões pessoais e sua memória, e a possibilidade do julgamento contemporâneo à ofensa, e imediatamente subsequente à instrução. Gera, ainda o contato direto do juiz com as partes litigantes, com as provas produzidas.

Além disso, este princípio tem relação com o da identidade física do juiz, já que a prova é colhida oral e informalmente, somente sendo reduzido a termo os atos processuais mais importantes, mais precisamente, o requerimento inicial e a sentença.

Portanto para assegurar a rápida solução dos conflitos postos, é preciso preservar este princípio, sem prejuízo da transcrição dos depoimentos relevantes e da documentação necessária.

- Princípio da simplicidade e da informalidade

Pelos princípios da simplicidade e da informalidade dispensam-se as formas rígidas dos atos processuais. Eles são desdobramentos do princípio da economia processual. Por eles, o processamento dos atos processuais deve ser simples e informal, em detrimento da formalidade. Deles, decorre o princípio da instrumentalidade das formas. Pois, enquanto a simplicidade é instrumento da informalidade, ambos são conseqüências da instrumentalidade.

Com efeito Natacha Nascimento, expõe o seguinte: "A forma do ato processual é meio, e, em se tratando de Juizado Especial, o meio utilizado nunca deve prejudicar o fim a que se destina".⁷⁴

Não há, pois, qualquer solenidade nas formas. A única exigência que se faz é que esteja presente o mínimo exigível para a inteligência da manifestação

⁷⁴ Natacha Nascimento Gomes TOSTES, Juizado especial civil: estudo doutrinário e interpretativo da Lei 9.099/95 e seus reflexos processuais práticos, p. 19.

da vontade e a conseqüente solução dos conflitos.

- Princípio da economia processual

Em observância ao princípio da economia processual, aplicável ao Juizado Especial, evitam-se gastos desnecessários, primando-se, a justiça, neste particular, pela gratuidade, e há o aproveitamento dos atos, em detrimento do rigorismo formal dos atos, e da burocracia.

Ele, regente do processo civil nacional, que deve conferir às partes o máximo de resultado com o mínimo de esforço processual. Sobretudo no Juizado Especial onde admite-se ao leigo, postular em juízo, sem assistência técnica-jurídica, o que vale dizer, o leigo tem a capacidade postulatória, dispensável o trabalho do advogado, nos termos da lei.

E, nas palavras de Natacha do Nascimento, “equivale dizer que o dispêndio de energia no curso processual deve ser inversamente proporcional ao benefício obtido, e nunca guardar relação direta, como querem os estritamente formalistas”.⁷⁵

E mais adiante, ela acrescenta: “para a assunção de tal fim, importa que se tenha em mira o aproveitamento dos atos processuais, mesmo diante de irretualidade, sendo o único limite que se impõe a ausência de prejuízo a se causar aos fins da justiça”.

Em se tratando de processo que tramita frente ao juizado, há de se cuidar, especialmente, do aproveitamento dos atos processuais, face a permissão de que os leigos litigem desassistidos de profissional habilitado (em causas de valor não excedente a 20 salários mínimos). A partir do momento, pois, em que a Lei confere ao leigo capacidade postulatória, há de o julgador ter em mente a falta de preparo técnico deste, e a não obrigatoriedade de conhecimento dos meandros jurídicos-legislativos somente sendo de se não aproveitar qualquer ato quando o mesmo demonstrar-se a tal ponto contradizente com os padrões ordinários que colocaria em risco a própria atividade jurisdicional.

Percebe-se não, só a economia processual, mas a efetividade do processo no juizado especial, ao observar a vedação legal a figura da reconversão.

⁷⁵ Natacha Nascimento Gomes TOSTES, Juizado especial civil: estudo doutrinário e interpretativo da Lei 9.099/95 e seus reflexos processuais práticos, p. 20.

Este instituto foi abolido pelo legislador para permitir um processo célere e efetivo, porém garantiu ao réu o direito de deduzir pedido contraposto, que poderá ser conhecido e julgado pedido seu em face do autor, tendo-se, portanto, a priori, natureza dúplice as ações que tramitam no Juizado Especial.

Por esta norma, idéia-matriz do Juizado Especial, o julgador deve proferir decisão abrangente, com o objetivo de assegurar a solução concreta do litígio, ou mais precisamente, a efetividade do processo, pois o acesso a justiça, deve traduzir processo justo, célere e econômico, evitando gastos e atos desnecessários. Assim concretiza-se o princípio da economia processual.

- Princípio da celeridade

Este princípio está consubstanciado no princípio da efetividade do processo, já que, para se obter efetividade na prestação jurisdicional é essencial que seja a reposição das coisas procedidas da forma contemporaneamente possível à ocorrência da ofensa, pois quanto mais tempo se passa, mais difícil será a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Na prática dos atos processuais, deve-se afastar, rigorosamente, tudo o que tenha sentido procrastinatório. Para tanto, o juiz tem poderes discricionários para, inclusive negar a produção de atos/provas aparentemente legais, quando verificar sua inocuidade, ou sua intenção de procrastinar o feito.

Com efeito, instrumentaliza-se a efetividade do processo, pela sua celeridade, pois, para que o provimento judicial seja efetivo, não basta reconhecer o direito lesado, e determinar a sua reposição, o "*status quo ante*", é necessário que a satisfação venha de forma mais rápido possível, porque justiça tardia não é justiça.

Portanto o Juizado Especial foi criado por provocação do interesse público, qual seja uma melhor prestação da tutela jurisdicional. E diante de uma sociedade de massa, onde os problemas crescem em proporção maior que a população há a necessidade de acesso à justiça e sua efetividade por meio do processo, sendo ele, mais simples e informal, com menos custos, mais econômico, e com o fim almejado pela parte vencedora: dando tudo aquilo, nada mais e nem menos do que o pleiteado. Isto é fazer justiça.

CONCLUSÃO

O Estado, em sua força soberana, autorizado pela legitimidade que lhe confere o povo, atua no mundo jurisdicional através de instituições principiológicas, formadoras do ordenamento jurídico. Os princípios servem de anteparo ao arbítrio da lei e do poder público, delimitando a sua interpretação e aplicação, a fim de não prejudicar aqueles que correm ao Estado-Juiz, que tem a função de dizer o direito ao caso concreto.

Com efeito, observamos que o direito existe para resguardar o bem da vida, todavia esse objetivo somente poderá ser alcançado se o ordenamento jurídico acompanhar a evolução da sociedade. Pois a sociedade cresceu, os conflitos se multiplicaram e constatou-se que a prestação jurisdicional tornou-se morosa e ineficiente. E entre as razões da lentidão e da efetividade, constatamos a consagração do procedimento ordinário como padrão, que permite a cognição plena e exauriente do direito em litígio, repelindo sua cognição parcial e sumária, que levava menor tempo até a decisão final, e significaria acesso a uma justiça célere e eficaz.

O tão proclamado acesso à justiça é direito, garantido pela cidadania, independente da situação econômica do indivíduo. No entanto, este acesso implica na sociedade politicamente organizada a exercer o seu papel, que é oferecer mecanismos para que ela se concretize, isto é, para garantir efetivamente os direitos fundamentais a cada um de nós.

Estes direitos podem e devem ser tutelados pelo Estado-Juiz através da efetividade jurisdicional, que se exterioriza por meio do processo, que tudo movimenta.

A movimentação processual demanda a existência de normas processuais, que infelizmente, nem sempre são condizentes com a realidade social, criadas à margem do contexto histórico, e olvidando a questão principiológica que dá sustentáculo ao ordenamento jurídico que expressa o fato social, vivenciado pelo homem, que vive em sociedade, repleta de idéias, valores, traduzidos em princípios expressos ou implícitos na legislação vigente.

E no tocante ao processo civil, estabelecendo que o mesmo é uma ciência, e como tal, é dotado de princípios que foram definidos como dogmas juspolíticos e filosóficos que se irradiam por todo um sistema ou instituto, servindo de norte e diretriz para interpretação. É sabido que se considera ciência aquele ramo de estudos que é informado por princípios, que dão natureza de ciência a determinada matéria.

Na sua trajetória os princípios foram classificados, em outras palavras, em princípios informativos e princípios fundamentais, os primeiros devem ser vistos como axiomas, prescindido de demonstração, e os fundamentais, conhecidos também como gerais, são aqueles sobre os quais o sistema jurídico utilizam como sustentáculo a criação, oposição, interpretação e aplicação da norma ao caso concreto.

Ademais, neste estudo, a relevância foi traduzida no princípio da efetividade implícita ou expressamente analisada em conjunto com os demais princípios e seu papel na movimentação e na efetivação do processo. Saliendo que a efetividade foi e deve ser entendida, e comparada como instrumento dinamizador de celeridade e de eficácia do direito tutelado em seu provimento final.

A análise temática do princípio da efetividade em conjunto com os demais princípios processuais constitucional, e em face da tutela antecipada e da atividade jurisdicional junto aos juizados especiais, justificou-se em razão da atual operacionalização do processo judicial brasileiro. É inconcebível que o Poder Judiciário no exercício de sua função típica, aplicabilidade da norma ao caso concreto, através de seu instrumento que é o processo, o desenvolva com vícios, irregularidades, e sobretudo burocratizado e de forma tão demorada, que ao chegar nos trâmites finais, com sentença judicial transitado em julgado, o pleito deferido tenha perdido sua eficácia, seja objetiva e ou subjetiva, como nos casos de revisões de aposentadorias, pedidos de indenizações, em que as partes interessadas,

quando o processo chega ao final, já não mais existem.

A solução desta problemática e de outras ações que tramitam pelas secretarias judiciárias é tornar o processo efetivo, porém, a efetividade somente existirá quando se concretizar os valores maiores de uma sociedade que busca os ditames da justiça social. A observância do princípio da efetividade no desenvolvimento do processo representa a concretização do Estado Democrático de Direito, mais precisamente dos Direitos Fundamentais, e ainda do devido processo legal. Pois ter direito a um processo devido perpassa pelo processo amplo, legal, legítimo e justo. Tais garantias envolvem não somente um acesso formal ao serviço Judiciário, mas também uma efetiva e eficaz solução para os problemas levados ao conhecimento do Poder Judiciário. E a partir do momento em que tais garantias forem concretizadas, podemos afirmar que este princípio está sendo observado; haverá em reflexo de aproximação entre as aspirações dos jurisdicionados e a prestação jurisdicional.

Com efeito, a dinâmica da sociedade exige que, situações antes não trazidas ao conhecimento do Judiciário, e hoje relegadas a morosidade judicial, esquecidas nas prateleiras das secretarias, sejam erigidas ao nível da efetividade, ou seja, os fatos ao serem apresentados, devem ter resultados justos e céleres. Porque no momento em que tais fatos entram para o mundo jurídico, eles exigem uma solução definitiva no aspecto formal e sobretudo material, que se coaduna com os princípios maiores da justiça social.

Em todo o decorrer do trabalho, constatamos que a importância dos princípios reside no fato, de que eles são normas que fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-os. Tem raios de abrangência maior que qualquer regra jurídica, daí serem denominados de normas-ideais, normas fundamentadoras. E neste contexto encontra-se o princípio da efetividade, que é um elemento ativo, que tem a virtude de produzir efeito, tem na sua essência uma força motriz, que quando observado no decorrer da prestação jurisdicional, reflete o resultado buscado no processo. Corresponde a idéia de que este deve ser apto a cumprir sua função jurídica, social e política, atingindo os fins colimados pelo agente que àquela faz jus.

Portanto, a relação entre um acesso amplo ao Judiciário e o princípio

da efetividade tem sua justificativa maior na solução apresentada ao caso concreto. Pois as partes que buscam uma resposta, devem ter segurança jurídica e social, que estão recebendo “tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter”. Esta máxima colhida na obra Teoria Geral do Processo de autoria de Ada Pellegrini e outros, constitui a essência da efetividade no processo e deve servir de regra motriz contra a tomada de decisões que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais que se concretizam no processo judicial brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Processo civil e interesses difusos e coletivo**: questões resolvidas pela doutrina e pela Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1999. (Série Fundamentos Jurídicos).

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Processo civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 11. (Coleção Sinopses Jurídicas).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica-Líder, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 7. ed. Rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA, Belinda Pereira da. **Antecipação da tutela no código de defesa do consumidor**: tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIMA, George Marmelstein. **Princípios constitucionais de processo civil**: acesso à justiça, devido processo legal, isonomia e contraditório. Disponível em: <<http://www.georgemeima.hpg.com.br>>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARQUES, Luiz Guilherme. **A fragilidade do processo civil brasileiro**. *Jusnavegandi*. Escola da magistratura do Paraná, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrinaltexto>>.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de direito públicos de privado**. São Paulo: Atlas, 2001.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 10 a 50 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 3. (Coleção Temas Jurídicos).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. Rev. e atual. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Elpídio Donizete. **Curso Didático de direito profissional civil**. 4. ed. Rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PINHO, Ruy Rabello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de direitos públicos e privados**: introdução ao estudo do direito: noções de ética profissional. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SANT ANA, Jair Eduardo. **Direito constitucional resumido**. Rev. e atual. Belo Horizonte: Inédita, 1998.

SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. 2ª

tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3º vol. 16. ed. Rev. atual. e ampl. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Zélio Furtado da. **O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos**. *ESMAPE*. Recife: ESMape, A. I, n. 1, 1996.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TOSTES, Natasha Nascimento Gomes; CARVALHO, Márcia Cunha Silva Araújo de. **Juizado especial civil**: estudo doutrinário e interpretativo na lei 9099/95 e seus reflexos processuais práticos. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

VON IHERING, Rudolff. **A luta pelo direito**. 47. ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). **Curso avançado de processo civil**, Vol. 2: Processo de execução. 5. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.