

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VISÃO CONSTITUCIONAL

José Laurindo de Souza Netto¹
Horácio Monteschio²

SOUZA NETTO, J. L. de.; MONTESCHIO, H. O código de processo civil: Uma visão constitucional. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*. Umarama. v. 23, n. 1, p. 109-127, jan./jun. 2020.

RESUMO: O Código de Processo Civil possui estreita vinculação com a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, dentro dessa relação íntima os seus princípios acabam por irradiar seus efeitos para todas as searas do Processual Civil. Porém, essa área, no modo como vem sendo exercida na prática, ocasionou a burocracia exacerbada dos formalismos processuais em prejuízo da concretude do próprio Direito. Essa problemática incita a discussão sobre a aplicação dos princípios à luz da hermenêutica constitucional, sendo, em função da relevância do tema para a efetivação de direitos dos jurisdicionados, então analisada através de indicação bibliográfica atinente, pretendendo-se desenvolver raciocínios estruturantes acerca da imprescindibilidade de desburocratizar o sistema jurídico processual e principiológico vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios processuais; Hermenêutica constitucional; Processo Democrático.

THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURES: A CONSTITUTIONAL VISION

ABSTRACT: The Brazilian Code of Civil Procedures is closely related to the 1988 Brazilian Federal Constitution. Within this intimate relationship, its principles end up radiating its effects to all areas of Civil Procedure. However, this area, in the way it has been exercised in practice, has caused excessive bureaucracy of procedural formalisms to the detriment of the concreteness of

DOI: 10.25110/rcjs.v23i1.2020.8258

¹Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná UFPR. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza. Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense. UNIPAR, na União Educacional de Cascavel (UNIVEL) e na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Autor de livros e diversos artigos jurídicos publicados em revista nacionais e internacionais. Parecerista de artigos acadêmicos, palestrante e conferencista no Brasil e no Exterior.

²Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade pela UNICESUMAR. Com Estágio de Pós-doutorado pelo UNICURITIBA. Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal*. Professor de direito processual no curso de graduação e mestrado da Universidade Paranaense. UNIPAR. Professor do UNICESUMAR.

Law itself. This problematic incites the discussion about the application of the principles in the light of constitutional hermeneutics, which, due to the relevance of the theme for the fulfillment of rights of the juridicants, is analyzed through relevant literature, with the purpose of developing structuring reasonings on the essentiality of de-bureaucratizing the current procedural and underlying principles in the legal system in force.

KEYWORD: Procedural principles; Constitutional hermeneutics; Democratic process.

EL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL: UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL

RESUMEN: El Código de Proceso Civil está estrechamente vinculado a la Constitución Federal del 5 de octubre de 1988, dentro de esa íntima relación sus principios terminan irradiando efectos a todos los ámbitos del Procedimiento Civil. Sin embargo, ese ámbito, en la forma en que se ha ejercido en la práctica, provocó la exacerbada burocracia de los formalismos procesales en detrimento de la concreción del propio Derecho. Esa problemática incita la discusión sobre la aplicación de los principios a la luz de la hermenéutica constitucional, siendo, debido a la relevancia del tema para la realización de derechos de los sujetos, por lo tanto analizada a través de la correspondiente indicación bibliográfica, con la intención de desarrollar razonamientos estructurantes sobre la indispensabilidad de desburocratizar el actual sistema legal procesal y principiológico.

PALABRAS CLAVE: Principios procesales; Hermenéutica constitucional; Proceso democrático.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, a República Federativa do Brasil constitui-se como Estado Constitucional Democrático de Direito, conceito que, para ser compreendido, perpassa pelos conceitos de três modelos de Estados, quais sejam: o Estado Democrático, o Estado de Direito e o Estado Constitucional. Vale salientar que o Estado Constitucional Democrático de Direito não se vincula - ou limita - aos conceitos dos modelos de estados supramencionados, sendo um conceito uno com características próprias e peculiares.

Com o conseqüente rompimento em face do Estado Absolutista, surge um novo modelo de Estado o qual se caracteriza pelo respeito a legalidade, o Estado de Direito, o qual pode ser dividido em diversas outras modalidades. O primeiro modelo de Estado subsequente ao absolutista foi o Estado Liberal de Direito, cuja essência esteve pautada na limitação do poder estatal com destaque para as liberdades individuais em clara confrontação com a excessiva limitação imposta pelo estado no período, esse modelo também se tornou conhecido como

abstencionista ou negativo.

Cabe destacar que há uma expressiva mudança da esfera de poder, que antes se fundava essencialmente no poder pessoal e a partir de então passou a ser concentrado nas leis. Destarte, sobressai a importância do sistema legal, pois a lei passou a ditar o sistema político e social, sendo a legalidade uma máxima a ser cumprida quase que como valor supremo, essa concepção enfiava suas raízes nas legislações escritas, especialmente nos códigos.

Ato contínuo, essa concepção estatal em que o Estado se distanciava da sociedade para garantir direitos tornou-se obsoleta frente as necessidades da população carente que era violada em seus direitos mais basilares à revelia do Estado que não intervinha. Sendo assim, como resposta a essa necessidade da população surge a ideologia norteadora do Estado Social de Direito, o qual consolidou o respeito a Isonomia, Igualdade lato sensu, exigindo uma postura mais ativa do Estado frente as violações de Direitos, ou seja, o Estado passou a garantir direitos de forma positiva. A construção do Estado Social tratou de articular os ditos direitos individuais com os sociais, concebendo a igualdade formal como mero ponto de partida para a igualdade material, sendo esse o principal alicerce da nova ordem estatal.

Nesse ponto, surge conceito inovador de modelo estatal dentre os já citados inicialmente, o então Estado Democrático, cujo conceito perpassa justamente pela necessidade de participação democrática nas decisões das políticas públicas, seja referente a prestações positivas ou negativas do Estado. Nessa perspectiva, irrompe uma nova sistemática do poder de influência dos cidadãos nas decisões do Estado, quando não há mera cessão de poder do povo ao governante, não que essa concessão não ocorra, mas os cidadãos escolhem seus representantes para que possam exercer suas funções políticas o mais próximo do que intentam seus eleitores, bem como para que possam viabilizar, por vezes, a intervenção direta da comunidade nas decisões mais importantes da sociedade.

Desse modo, após conceituar não exaustivamente esses conceitos, cumpre destacar as peculiaridades do modelo de estado brasileiro, considerado por parcela significativa da doutrina como Estado Constitucional Democrático de Direito. Essa forma de Estado possui caráter transformador da realidade, não se limitando a concessão de melhorias pontuais como no caso do Estado Social de Direito, motivo pelo qual está imbuído de um aspecto material de concretização de uma vida humana digna como corolário da participação pública no processo de construção, reconstrução e transformação de um projeto de sociedade com perspectiva de futuro.

Esse modelo estatal possui como fundamento a Constituição Cidadã de 5 de outubro de 1988, a qual confere grande destaque a democracia como fundamento desse Estado.

No entanto, a significação apresentada não condensa suficientemente o modelo estatal citado, posto que esse modelo estatal perpassa por um sistema de Estado e governo focado no desenvolvimento econômico e social, cujo cerne do ordenamento jurídico é a garantia dos direitos fundamentais, bem como a busca pela maior eficácia das normas jurídicas, em especial os princípios. Acrescenta-se, nesse pórtico, a busca por uma aplicabilidade horizontal das normas constitucionais, cujos efeitos alcançam todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas.

Ainda no que concerne ao conceito de Estado Democrático de Direito, insta consignar que tem suas origens e fundamentos numa Constituição, bem como na perspectiva de que tal documento legal foi baseado na vontade popular e instiga as massas a participarem ativamente da construção desse Estado por todos os meios legítimos. Assim como, traz-se a conotação de Direito para que se faça alusão a necessidade de respeito ao ordenamento nacional e internacional, utilizando-o como ferramenta de avanço de direitos de forma ordenada.

Nesse desiderato, põe-se em cheque a questão da legitimação sob a perspectiva democrática, a qual deve ser concebida por uma concepção de sociedade aberta de interpretes da Constituição, considerando o povo como poder constituinte não apenas do ponto de vista formal, mas material. Desse modo, os cidadãos não apenas elegem ou constituem os elaboradores, executores e julgadores das normas estatais, mas também as interpretam e participam ativamente do processo. Bem como, a necessidade de valoração dos cidadãos enquanto seres humanos dignos, os quais devem ter respeitados uma gama de direitos sem os quais a vida digna é inconcebível. Dentre esses direitos, tem-se os relacionados a própria postulação em juízo dos cidadãos, a qual não pode ser plena, justa ou digna se não forem respeitados determinados princípios.

Nesse aspecto, é essencial que se compreenda a importância dos princípios para a Constituição Federal brasileira, suscitando quais desses princípios possuem o condão de conferir caráter concreto ao termo político e jusfilosófico do Estado Constitucional Democrático de Direito referenciado. Tem-se, destarte, a necessidade de reconhecer a natureza complexa do ora discutido, razão pela qual se pretende enfocar nos princípios concretizadores do Estado Constitucional Democrático de Direito, esses princípios são os alicerces do aspecto material desse modelo estatal, de modo que a não eficácia deles desagua numa aceção meramente formal do conceito de Estado acima aludido.

Nesse diapasão, observa-se que tais princípios quando devidamente aplicados de maneira coerente e substancial estão aptos a criar as diretrizes de um Estado capaz de garantir os direitos de seus habitantes, possibilitando o progresso da sociedade em todas as feições de maneira ordenada e quiçá coordenada pelas próprias massas. Tal visão hodiernamente parece utópica, mas há trinta

anos a liberdade de expressão no Brasil também o era, caso se fosse oposição à ditadura militar que vigorava no país.

Após compreender a importância dos princípios para a concretização do Estado Constitucional Democrático de Direito, é interessante mencionar a mudança de patamar significativa pela qual passou recentemente os princípios na seara processualista civil com o advento da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, denominada de Código de Processo Civil (CPC). Essa novel legislação trouxe consigo diversas inovações, quando comparado ao diploma processual anterior de 1973, dentre as quais se destaca a inserção expressa dos princípios processuais no novel Código supramencionado.

A inserção dos princípios no CPC pode ser visto por determinados estudiosos como algo supérfluo ou sem tanta importância cogente, essa argumentação baseia-se primordialmente na previsão anterior desses princípios em outros textos legais, como a própria Constituição Federal. Entretanto, não se concorda com tal argumentação, considerando diversos fatores, dentre eles a questão topográfica, pois os princípios se situam no início do CPC, o que induz ao raciocínio de que o legislador pretendeu conceder-lhes caráter de elementos norteadores de todas as demais normas subsequentes.

Ademais, tem-se a questão histórica, posto que jamais tal prática havia sido feita em diplomas processuais brasileiros anteriores, assim como a inaplicabilidade efetiva dos princípios abarcados no CPC, quando da vigência do Código anterior. O Processo Civil possui a função no ordenamento jurídico de conferir efetividade ao direito de determinado cidadão, quando outro meio não o possa garantir, todavia essa busca deve ser analisada sob o parâmetro de minorar os prejuízos causados ao violador do direito, com fulcro no princípio da proporcionalidade. Sendo assim, é interessante consignar que o Processo Civil deve ser analisado sob uma perspectiva constitucional, razão pela qual deve primar por seus princípios e pelos direitos fundamentais por ela previstos, trata-se, pois, da necessidade de aplicação da hermenêutica constitucional aplicada aos princípios no Processo Civil.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Nos moldes do já mencionado anteriormente, é primordial que se confira o máximo alcance aos princípios para a concretização do Estado Democrático Constitucional de Direito idealizado por grande parcela dos constitucionalistas contemporâneos. Inicialmente, deve-se conhecer a conceituação rasa de princípio em seu aspecto linguístico podendo essa expressão ser considerada como o início ou ponto de partida.

A definição de princípio em seu aspecto jurídico exige grandes elucu-

brações por parte dos estudiosos da temática, contudo não é o escopo do presente trabalho avançar tão profundamente nessa temática tão densa.

De toda sorte, é preciso que se construa uma noção do princípio enquanto norma jurídica. A primeira necessidade que exsurge nesse momento é entender acerca de qual princípio se está tratando, pois diversos são os sentidos que podem ser conferidos a tal instituto independentemente do seu conceito.

A conceituação de princípio perpassa pela própria indeterminação das suas possibilidades de uso, quais sejam os princípios gerais do direito, os princípios jurídico-epistemológicos e os princípios constitucionais (OLIVEIRA, 2007. p. 217).

Com o fulcro de melhor elucidar o acima exposto é preciso delimitar essas três possibilidades de uso, partindo dessa necessidade é preciso que se conceba a significação dos princípios gerais do Direito. O princípio nesse campo significativo está vinculado a questão dos axiomas de justiça com aptidão para complementar as lacunas legislativas, em decorrência do pressuposto de completude do sistema jurídico e lacunar das leis.

Distintamente, há também o significado dos princípios jurídico-epistemológicos, os quais são concebidos como diretriz normativa com um condão muito mais vinculado a teoria jurídica do que a prática em si, esses princípios foram de suma importância no período histórico de autonomização das disciplinas jurídicas, posto que era necessária uma organização dessas áreas do saber jurídico. Enfim, é essencial que se delimite acepção para os princípios constitucionais, a qual irrompe abruptamente com o horizonte de perspectiva dos princípios que se amplia para um amplo rol de dimensões significativas, essa reformulação relaciona-se a um forte elemento pragmático de garantia dos direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2015).

A análise acima demonstra as três concepções mais comuns de análise das significações do termo “princípio”, em que pese a impressão de que há uma evolução entre esses campos significativos não se concebe tal ideia como coerente por duas principais razões. A primeira razão decorre da simultaneidade dessas ideias de princípios e o segundo motivo é oriundo da ausência de lógica existente na concepção de que tais princípios se sucedem ao longo do tempo, visto que enfocam em aspectos distintos da própria ciência do Direito.

Firmadas as conceituações dos mais comuns campos significativos dos princípios, surge a necessidade de diferenciá-los brevemente de outros institutos jurídicos que são corriqueiramente confundidos, quais sejam valores, regras e normas. Primariamente, observa-se que para determinados estudiosos a norma é gênero do qual o princípio, a regra e o valor são espécies. Subsequentemente, tem-se que os princípios se distinguem das regras por três critérios, quais sejam origem, generalidade e grau de aplicabilidade.

No que se refere a origem os princípios são desenvolvidos pela sociedade e as regras são criadas pelo legislador, já quanto a generalidade os princípios possuem maior abrangência e as regras são mais específicas para determinadas situações, por conseguinte adentramos no grau de aplicabilidade, visto que as regras buscam a validade com o seu cumprimento ou não e os princípios buscam a otimização das suas previsões, sendo aplicado em maior ou menor medida a depender do caso.

Desta feita, pode-se entender o princípio como norma jurídica dotada de valor fundante para o ordenamento jurídico, mas não apenas isso, pois trata-se de norma com extensão e abrangência capaz de conferir unicidade e logicidade ao sistema normativo, bem como está naturalmente imbuída de postulados éticos e morais visando a persecução da justiça (PRETEL, 2008). Todavia, em que pese à importância dos princípios ser constantemente ressaltada desde o advento do neoconstitucionalismo ainda há quem inflija severas críticas a esse instituto como norma por seu caráter abstrato e generalista, pois sua maleabilidade pretende servir aos mais diversos interesses ideológicos, de acordo com determinados juristas (GOMES, 2009).

Essa crítica não está esvaziada de qualquer fundamento, visto que o caráter normativo conferido aos princípios advém de um gradual desenvolvimento histórico, o qual perpassa por três principais fases, quais sejam a jusnaturalista, juspositivista e pós-positivista.

A primeira fase concebe uma ideia metafísica para esse instituto, sendo fonte de inspiração para o ordenamento jurídico com conteúdo ético valorativo servindo como o espírito do direito, mas desguarnecido de normatividade (AMADA, 2012).

Em seguida, tem-se a segunda fase chamada de juspositivista, a qual está arraigada de uma concepção de completude da Lei, nesse contexto os princípios possuem uma função secundária e subsidiária para complementar as lacunas eventualmente existentes nos casos concretos, mas ainda são institutos de relevância jurídica duvidosa. Continuamente ao exposto, há a terceira fase denominada de pós positivista, quando, finalmente, os princípios passam a possuir um caráter de norma jurídica, considerando sua dupla dimensão de eficácia, mediata e imediata, a primeira refere-se ao princípio como fonte axiológica e a segunda como espécie normativa de aplicabilidade direta (AMADA, 2012).

Nesse sentido, serão pincelados adiante os conceitos dos princípios concretizadores do Estado Constitucional Democrático de Direito e de que forma eles se relacionam entre si e com a concretização do Estado, ressaltando, desde já, que tais princípios são os da legalidade, segurança jurídica, proporcionalidade, proteção jurídica e garantias processuais (controle judicial) e o democrático. É perceptível a priori que tais princípios individualmente não são capazes de

alicerçar todo o Estado organizado que a nossa Constituição prevê, mas quando entendidos e aplicados de maneira conjunta eles possuem tal aptidão.

Sendo assim, a concretização desse Estado possui como pilares determinadas normas com previsão constitucional, implícita ou explícita, consubstanciadas em diversos princípios. Dentre esses princípios pode-se citar aprioristicamente o princípio da legalidade, o qual se enraíza na essência de respeito ao ordenamento jurídico vigente e com o respeito as suas normas, não sendo aceitos arbítrios ditatoriais.

Nesse sentido, tem-se as lições de Luciana de Freitas:

O princípio da legalidade é corolário da própria noção de Estado Democrático de Direito, afinal, se somos um Estado regido por leis, que assegura a participação democrática, obviamente deveria mesmo ser assegurado aos indivíduos o direito de expressar a sua vontade com liberdade, longe de empecilhos. Por isso o princípio da legalidade é verdadeiramente uma garantia dada pela Constituição Federal a todo e qualquer particular (PEREIRA, 2012).

De acordo com a citação acima, resta clara a base do princípio da legalidade concebido como o Estado regido por Leis, e não submetidos aos desejos dos detentores de poder. Outro princípio que não pode ser olvidado é o da segurança jurídica, que se relaciona diretamente com a ideia de certeza e confiança dos jurisdicionados para com a ordem jurídica vigente, nesse escopo apega-se a questão da confiabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade normativas para reger as relações jurídicas (MAGALHÃES, 2013).

Ainda, nesse esteio, tem-se os ensinamentos de Canotilho, segundo o qual: “considera-se que a segurança jurídica está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito” (CANOTILHO, 2003. p. 257).

A própria ideia de separação de poderes existe como vertente da segurança jurídica, posto que estabelece um sistema de freios e contrapesos, o qual garante o cumprimento das normas e a segurança do Direito. Ato contínuo, tem-se ainda o princípio da proporcionalidade em conjunto com a razoabilidade que se responsabilizam pela valoração das normas ponderadas frente as situações jurídicas com o intuito de conceder a melhor decisão possível às partes envolvidas.

A razoabilidade deve conduzir a função do legislativo como norte dos limites para elaboração das leis em respeito a sua necessária constitucionalidade, bem como condição de legitimidade dos atos administrativos praticados pelo poder Executivo e é necessariamente seguido quando o Estado-juiz interfere em uma lide com fins de pacificação social ao aplicar a norma ao caso concreto

(ZANCANER, 2001. p. 1-14).

O sistema jurídico é um todo complexo e que se vale da proporcionalidade para analisar a validade dos atos acima citados, pois esse princípio não se limita a análise perfunctória de validade dos atos praticados pelas três funções do Estado na sua constituição, mas principalmente a harmonia deles com o escalonamento do Direito que é racional.

O princípio do controle judicial, por sua vez, está vinculado ao poder-dever do Estado juiz de tutelar juridicamente os direitos e os indivíduos no aspecto formal, esse princípio é corolário da inafastabilidade da jurisdição, considerando que o ordenamento jurídico sempre estará eivado de lacunas e omissões. No entanto, o Direito é uno e completo prevendo os instrumentos de aplicabilidade jurídica para suprir os conflitos e ausências normativas sem se olvidar de responder ao jurisdicionado.

Nesse diapasão, compreende-se que o apego excessivo à Lei conduz ao formalismo excessivo, o qual já restou comprovado ser insuficiente para abranger a completude do Direito, pois a Lei é apenas o ponto de partida do Direito e não de chegada (TARTUCE, 2012. p. 6). Entretanto, a concepção de controle perpassa pelo entendimento de que o judiciário deve zelar pela integridade do Direito Positivo, tutelando as ameaças ou lesões aos direitos subjetivos dos jurisdicionados (FRANÇA, 2015. p. 203-221).

Por último, mas não menos importante, é essencial que se pontue o princípio democrático que oferta ao modelo estatal que vivemos uma legitimidade da qual as fases predecessoras careciam. Nessa linha de raciocínio é primordial que se compreenda que o Estado por mais que esteja imbuído dos quatro princípios supramencionados necessita de legitimidade e legitimação.

Desse modo, a dimensão substancial do princípio ora tratado relaciona-se à legitimidade de um governo cuja persecução é o bem comum, com base nos valores positivados. Por outro lado, as dimensões vinculadas a compreensão de legitimação tratam das duas formas de intervenção direta do povo no exercício do poder, quais sejam a escolha dos governantes (democracia representativa) e o exercício direto da participação popular nas decisões governamentais, como os plebiscitos ou comissões (democracia participativa) (LAMY, 2006).

3. AS TEORIAS PRINCIPIOLÓGICAS DE DWORKIN, ALEXY E ÁVILA

A importância dos princípios para a concretização dos direitos fundamentais e defesa do Estado Constitucional Democrático de Direito já fora demonstrada acima, todavia, para que se tenha uma compreensão mínima dessa modalidade de norma jurídica, faz-se mister a análise de determinadas teorias principiológicas. Dentre essas teorias, entende-se pela premente necessidade de

perpassar perfunctoriamente sobre as concepções de princípios trazidas por três doutrinadores: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávila.

Seguindo a ordem cronológica de elaboração dessas teorias, iniciar-se-á pela concepção inovadora acerca dos princípios trazida por Ronald Dworkin, o qual traz à tona para a ciência jurídica a importância dos princípios. Precipua-mente, é essencial que se insira esse estudioso do direito e sua teoria no contexto histórico onde surgiu, por essa razão e para que possamos compreender suas lições sobre princípios não se pode olvidar da sua concepção macro que toma o direito como um sistema íntegro, ao qual não é facultada a existência de lacunas (DWORKIN, 2005. p. 492).

Partindo desse pressuposto, sempre há uma resposta para o caso posto para análise e a busca por essa decisão deve ser a atividade hercúlea do magistrado quando se deparar com qualquer lide. Dworkin admite que por vezes as regras oferecem ao juiz mais de uma resposta, são os chamados *hard cases*. Entretanto mesmo nessas situações só uma resposta dentre as possíveis garantirá a integridade do direito (LOPES, 2013).

Essa visão internalizada pelo pensador americano critica o positivismo por ser um sistema criado a partir de um sistema de regras e direcionado para tal sistema. Na visão de Dworkin essa era a principal limitação do positivismo, pois o tornava incapaz de compreender a importância dos princípios e das diretrizes políticas para o ordenamento jurídico (AMARAL, 2018).

Nesse esboço, verifica-se que, para Dworkin, as diretrizes políticas são padrões que se busca alcançar para a consecução de melhoria em determinado setor da comunidade, seja no aspecto econômico, político ou social. Diferentemente das diretrizes supracitadas e das regras, os princípios possuem o condão de buscar a dimensão moral do sistema normativo, sendo assim os princípios devem ser respeitados mesmo que não conduza a qualquer melhoria efetiva ao status quo ou manutenção da ordem vigente, mas como exigência da justiça e da equidade moral da sociedade onde impera (GUEDES, 2012).

Dworkin afirmou categoricamente que princípios e regras são normas distintas, motivo pelo qual precisou buscar critérios que as distinguíssem, quais sejam: a aplicação do tudo ou nada característico das regras e a dimensão de peso inerente aos princípios (BARRETO, 2013).

Desse modo, caso determinada regra seja contraposta a outra regra no caso concreto uma delas irá se sobrepor e a outra será inválida para aquele caso, ou seja, as regras serão válidas quando aplicadas e inválidas quando sobrepujadas por outra quando da análise casuística. Por outro lado, a contraposição que eventualmente ocorra entre princípios analisará no caso concreto qual dos princípios postos em ponderação possui mais peso naquela conjectura hermenêutica, no entanto o princípio cujo peso for menor não será tido como inválido, pois

servirá como critério de construção hermenêutica.

Nesse contexto, não se pode olvidar das contribuições do pensador supracitado para diversas outras ciências sociais independentes do direito, mas que convivem necessariamente na conjuntura da sociedade. Em suma, é primordial que se esclareça cristalinamente a diferenciação que esse pensador norte-americano faz acerca das regras, que atendem a regra de validade do “tudo ou nada”, ou seja, quando uma regra não se aplica a determinado caso por confrontar com outra cria-se uma cláusula de exceção para a sucumbente. Sendo diferente do que ocorre com os princípios, os quais funcionam como mandados de otimização, os quais caso se choquem tem-se a ponderação de suas respectivas dimensões de peso e ambos são aplicados em maior ou menor grau sem que um deles tenha sua validade excluída do processo decisório.

A construção teórica de Dworkin ganhou defensores e críticos, em meio aos estudiosos que posteriormente se debruçaram sobre a teoria principiológica de Dworkin faz-se mister destacar a figura de Robert Alexy. O jurista alemão concebe três diferenciações entre regras e princípios, quais sejam os dois institutos como classes distintas; ambos como espécies do gênero norma; e, por último, entende-se que os princípios e regras são diferenciados gradual e qualitativamente.

Considerando o exposto, Alexy acredita que a principal distinção entre regras e princípios é que as primeiras são normas de cumprimento exigível ou não e as regras são mandados de otimização. Partindo da ideia de que os princípios são mandados de otimização apresentam-se três objeções ao próprio conceito de princípio: primeiramente, vislumbra-se que o choque entre princípios declara a invalidade de um princípio e sobreposição do outro no caso concreto; secundariamente, há a ideia de absolutismo de determinados princípios que possuem preferência quando comparados aos demais; e, por fim, acredita-se que a amplitude do conceito de princípios faz com que se torne um instituto inútil por ser passível de adaptação para todas as acepções (RITT, 2018).

Conforme apontado, as regras não possuem validade gradual, quando se confrontam regras que preveem consequências jurídicas destoantes inconciliáveis para a mesma situação fática incorre-se em decretação de invalidade de uma delas para o determinado caso. Essa medida de decretação de invalidade é denominada, corriqueiramente, de cláusula de exceção, visto que aquela regra não será repelida do ordenamento jurídico, mas apenas daquele caso em específico para solução da lide (SOUSA, 2011).

Insta consignar que o apontamento feito pelo estudioso alemão acerca da distinção qualitativa de regras e princípios não pressupõe uma hierarquização entre tais normas apenas aponta que quando uma regra é aplicada deve ser plenamente, enquanto que os princípios podem ser aplicados parcialmente (LIMA,

2011). Após citar os dois teóricos mais importantes da teoria dos princípios exsurge a necessidade de trazer à tona as impressões de Humberto Ávila pelo ineditismo com que irrompe ao classicamente ilustrado acerca das normas jurídicas. Ávila elaborou sua teoria normativa numa concepção tripartida composta por postulados, princípios e regras.

De acordo com a visão do jurista brasileiro o que define em qual categoria a norma será enquadrada é o modo de sua aplicação e não sua análise abstrata, partindo dessa diferenciação tem-se que os postulados são metanormas de cunho formal relacionadas ao direito que deve ser aplicado e não propriamente a sua aplicação. A teoria ora discutida inova ao defender que uma mesma norma pode ser postulado, princípio ou regra a depender da sua aplicabilidade, como a igualdade que pode ser regra quando veda a diferenciação de contribuintes, princípio quando busca a concretização do valor igualdade e postulado como dever jurídico de comparação para impedir diferenciações não previstas no ordenamento.

Uma das principais inovações da teoria de Ávila é bastante polêmica, qual seja a primazia das regras quando confrontadas com princípios, pois segundo o filósofo tupiniquim existe uma concepção tradicional largamente difundida de que a transgressão de um princípio é mais grave do que a violação a uma regra. Na visão do estudioso essa concepção está equivocada, pois as regras trazem uma tônica de dever ser mais direta e o seu caráter descritivo comportamental é uma espécie de decisão legislativa prévia em determinadas situações previstas antecipadamente (AMARAL, 2018).

Em que pese a opinião de Ávila ser nesse sentido acima exposto, verifica-se de maneira contundente a temeridade de tais alegações, considerando que na complexidade das relações jurídicas hodiernas não cabe ao legislador imbuir-se da responsabilidade de prever as situações possíveis e legislar acerca delas. Assim como, não se pode olvidar da importância dos princípios para a consecução dos direitos fundamentais que devem ser defendidos sobremaneira, razão pela qual não se deve desprezar os princípios em favor das regras apenas por um suposto grau de certeza emanado do legislativo quando da produção normativa.

Essa visão do pensador gaúcho está entrelaçada com a aproximação que ele faz dos princípios aos valores, quando a bem da verdade esses conceitos não se confundem, pois princípios são deontológicos, objetivos e não contraditórios, enquanto que os valores podem ser contraditórios, subjetivos e teleológicos. Caso a concepção de Ávila seja aceita estar-se-á diante da possibilidade de uma permissão tácita a maleabilidade deontológica incabível no sistema jurídico caracterizado por um sistema binário de permissões e proibições (BARCELOS, 2018).

Por fim, é necessário fazer uma reflexão sobre os direitos fundamentais não se confundirem com os princípios, visto que os últimos são passíveis de ponderação e os direitos fundamentais não podem ser flexibilizados. Dessa feita,

conclui-se que, por vezes, os direitos fundamentais são enunciados de princípios, mas não são conceitos que se confundem.

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após as elucidações acerca dos princípios, faz-se imperioso discutir a inserção dos princípios no bojo do texto normativo do código processual brasileiro e as implicações que decorrem de tal opção feita pelo legislador brasileiro.

O Código de Processo Civil (CPC) insere nos seus artigos de maneira literal os princípios que possuem a função precípua de orientar todo o processo para a consecução da justiça e da tutela dos direitos salvaguardados pelo ordenamento jurídico pátrio. Essa inovação no que se refere ao código processual pode gerar efeitos práticos dos mais diversos no sistema jurídico nacional a depender da interpretação e aplicação que será conferida a tal advento pelos operadores do direito.

Inicialmente, parece acertada a opção do legislador em redigir tais princípios topograficamente nos primeiros artigos do Código, embutindo institutivamente a ideia de maior preponderância e respeitabilidade sobre eles do que a incidente sobre as demais normas do Código. Considerando essas informações, é forçoso reconhecer que esse início do Código representa seu núcleo primordial com aptidão de irradiar seus efeitos para todo o sistema processual brasileiro consolidando diversas disposições constitucionais já vigentes. Em que pese, a existência de vários desses princípios antecederem a criação do CPC vigente, com a codificação de 2015 a reviravolta tem como cerne a valoração conferida a esses princípios e a sua elevação enquanto norte e elemento de integração do ordenamento.

Para melhorar elucidar os princípios norteadores do processo civil brasileiro na atualidade faz-se prudente destrinchar quais são os princípios, a importância deles, sua localização constitucional, caso seja previsto na Constituição Federal de 1988, e sua previsão no Código.

Primeiro, tem-se o princípio dispositivo que rompe com a inércia do Estado-juiz e movimenta a máquina judiciária, o qual está previsto no artigo 2^o do Código de Processo Civil (CPC) e implicitamente na Constituição Federal (CF) como corolário do devido processo legal.

Em seguida no artigo 3^o,⁴ caput do CPC reproduz-se a dicção normati-

³Art. 2^o O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

⁴Art. 3^o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

va da CF 1988 que no seu art. 5º, inciso XXXV⁵, citando a inafastabilidade da jurisdição que se relaciona com a completude do Direito enquanto instrumento de resolução dos conflitos. Adiante no artigo 4º⁶ do CPC em consonância com o art. 5º, inciso LXXVIII⁷, apresenta-se a duração razoável do processo cujo descumprimento torna qualquer decisão judicial insatisfatória para as partes. Bem como, a boa-fé processual no artigo 5º⁸ do CPC, o dever de cooperação no artigo 6º⁹ do CPC e a isonomia prevista no artigo 7º¹⁰ do CPC e em diversas passagens da CF, especialmente, no caput do artigo 5º¹¹. Sendo o primeiro ligado à moral e a confiança nas relações jurídicas, o segundo alinhado a necessidade de que as partes colaborem para satisfação dos valores constitucionalizados do processo e o último dos três citados anteriormente se vincula à ideia de igualdade material conferida as partes, oportunizando a já festejada paridade de armas.

Nesse contexto, tem-se também que se destacar o artigo 8º¹² do CPC que traz diversos princípios que devem ser observados pelo Estado-juiz, tais como proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência. No mesmo artigo o Código dispõe que cabe ao magistrado promover a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se verifica do disposto no artigo 1º, inciso III¹³, da Carta Magna.

⁵Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁶4 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁷Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁸Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁹Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

¹⁰Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

¹¹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹²Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹³Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Ato contínuo, tem-se os princípios do contraditório efetivo no artigo 9º, caput¹⁴ do CPC aprofundando a disposição do artigo 5º, inciso LV¹⁵13 da CF, de modo que haverá manifestação da parte contrária nos momentos devidos. Além desses princípios já expostos, o Código faz menção ainda a motivação prevista no artigo 10¹⁶ do CPC e da publicidade observada no artigo 11, caput¹⁷ do CPC, ambos inseridos na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário) que as colocou no inciso IX¹⁸, do artigo 93.

Essas duas previsões são importantes garantias aos jurisdicionados e a sociedade democrática, na medida em que as decisões judiciais são públicas podendo ser vistas, em regra, por todo e qualquer cidadão e a motivação é primordial para que os magistrados sejam fiscalizados pelo próprio poder judiciário e pela população, já que precisam ser expostas as razões da decisão.

Portanto, resta nítida a reprodução pelo novel Código de princípios já existentes no ordenamento brasileiro, principalmente na Constituição Cidadã, apesar dessa reprodução não deve ser diminuída a importância de tal inserção no bojo do Código para conferir-lhes maior profundidade e detalhamento, assim como para reforçar a posição legislativa anterior. Afinal, observa-se novos princípios anteriormente não previstos e uma nova roupagem para os demais com as necessidades que surgem para o Judiciário nesse momento histórico.

Conclui-se com a crítica feita aos juristas que desmerecem essa inserção por sua previsão anterior, pois considerável parcela desses princípios jamais foi posta efetivamente em prática, razão pela qual não deve se imiscuir do Código o seu dever de contribuir com a resolução do caos judiciário que impera no Brasil, primando pela aplicação da hermenêutica constitucional aos princípios do Estado Democrático e suas implicações no processo civil pátrio.

¹⁴Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

¹⁵Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - 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;

¹⁶Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁷Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

¹⁸Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante todo o exposto, se fazem necessárias as devidas ponderações acerca da compreensão da importância dos princípios como corolários do Estado Democrático de Direito e da sua previsão constitucional. Os princípios que orientam o processo não mais se restringem a Constituição, estando previstos expressamente nos primeiros capítulos do diploma processual civil. Essa inserção demonstra a exigência do legislador de que esses princípios sejam obrigatoriamente seguidos e sirvam tanto como norma de eficácia plena, como de diretriz para interpretação dos demais dispositivos do Código, fazendo-se consectários da hermenêutica constitucional. É sabido que o conflito entre princípios obedece a um critério diferente daquele existente para as regras, de acordo com os principais estudiosos da teoria dos princípios. As regras seguem a regra do “tudo ou nada”, enquanto que os princípios podem ser sopesados, ou seja, caso um possua maior relevância no caso concreto não implica dizer que o tido como sucumbente perdeu sua eficácia.

Ante o exposto, conclui-se que, os princípios do Estado Democrático devem ser interpretados à luz da hermenêutica constitucional impulsionando o Processo Civil para que sirva verdadeiramente como instrumento de pacificação de lides e garantia de direitos materialmente estabelecidos aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Fernando. **A distinção entre princípios e regras, a ordem constitucional brasileira e a cidadania ecológica: uma proposta doutrinária.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=76a46a2fef5c9dd7>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BARCELOS, Renato de Abreu. Maleabilidade Deontológica? Uma crítica a teoria dos princípios de Humberto Ávila. **Revista TCE/MG.** Set. 2013. Trimestral. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2047.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2018.
- BARRETO, Marcellly Gomes Dias de Lima. FREITAS, Pamella Thyanne de. QUEIROZ, Pamella Suellen. **Principais diferenças da teoria de Ronald Dworkin e Robert Alexy na técnica de ponderação.** Disponível em: <http://direito7uerr.blogspot.com.br/2013/01/principiais-diferencas-da-teoria-de.html>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Brasília: Senado, 1988.

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

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O controle jurisdicional do ato administrativo no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Jurídica In Verbis**. Natal. p. 203-221. Jun. 2015. Semestral.

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções**. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2074820/normas-regras-e-principios-conceitos-edistincoes-parte-1>. Acesso em: 25 jul. 2020.

GUEDES, Néviton. A importância de Dworkin para a teoria dos princípios. **Revista Consultor Jurídico**. Nov. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios>. Acesso em: 25 jul. 2020.

LAMY, Marcelo. **Princípio Constitucional do Estado Democrático e Direito Natural**. Disponível em: http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_principiodemocratico.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

LIMA, Jair Antônio Silva de. **Teoria dos princípios: colisão entre direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teoria-dos-principios-colisaoentre-direitos-fundamentais,35361.html>. Acesso em: 25 jul. 2020.

LOPES, José Domingos Rodrigues. Papel dos princípios no constitucionalismo: Dworkin x Alexy. **Revista Jus Navigandi**. Teresina. Ano 18. n. 3815. Dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26109/o-papel-central-que-adquiriram-os-principios-juridicos-noconstitucionalismo-a-partir-de-meados-do-seculo-xx>. Acesso em: 25 jul. 2020.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. Características da segurança jurídica no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**. 23 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>. Acesso em: 25 jul. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Tomas de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica**. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042844.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito. **Revista Consultor Jurídico**. 14 nov. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>. Acesso em: 25 jul. 2020.

PEREIRA, Luciana Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade restrita**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidadena-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidadeampla-e-legalidade-estrita>. Acesso em: 25 jul. 2020.

PRETEL, Mariana. **Princípios constitucionais: conceito, distinções e aplicabilidade**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,principios-constitucionais-conceitodistincoes-e-aplicabilidade,23507.html>. Acesso em: 25 jul. 2020.

RITT, Leila Eliana Hoffmann. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de conflitos entre os princípios constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/principio.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Dez. 2011. Trimestral. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242932/000936212.pdf?sequence=3>. Acesso em: 24 jul. 2020.

TAMADA, Marcio Yukio. **Princípios e regras: diferenças**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11088. Acesso em: 24 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 8. ed. São

Paulo: Método, 2012.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, p.1-14, dez. 2001. Anual. Disponível em: http://direitopublico.com.br/pdf_9/DIALOGO-JURIDICO-09-DEZEMBRO-2001-WEIDAZANCANER.pdf. Acesso em: 24 jul. 2020.