

MARIA LÚCIA CAVALCANTI JALES SOARES

NEOPROCESSUALISMO: reflexos neoconstitucionais

**NATAL – RN
2012**

SUMÁRIO

CAPÍTULO I

O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

1 – Introdução.....	14
---------------------	----

CAPÍTULO II

CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

1 – Conceito.....	18
2 – Movimento dos <i>juízes críticos</i>	21
– Classificação.....	22
3.1 - No plano histórico.....	23
3.2 - No plano filosófico.....	28
3.3 - No plano teórico.....	33
3.3.1 - Nova dogmática constitucional.....	33
3.3.1.1 - Método da Ponderação e a Teoria da Argumentação.....	39
3.3.2 - Força normativa constitucional.....	47
3.3.3 - Expansão da jurisdição constitucional.....	50

CAPÍTULO III

PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

1- Quanto à aplicação das normas.....	53
2 - Quanto ao método de aplicação das normas.....	53
3 - Quanto à força normativa da Constituição.....	54
4 - Quanto à análise das questões fáticas e jurídicas.....	54
5 - Quanto à amplitude.....	54
6 - Quanto à função do Juiz.....	55
7 – Quanto aos princípios morais.....	55
8 - Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana.....	55
9 - Quanto à fundamentação das decisões.....	56
10 - Quanto à democracia.....	56
11 - Quanto à fase.....	56

CAPÍTULO IV

PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A) Supremacia da Constituição Federal.....	58
B) Falência do Positivismo Jurídico.....	62
C) Surgimento da cultura pós-positivista.....	64
D) Conexão entre Direito e Filosofia, Direito e Moral, Direito e Ética.....	65
D.1) Filosofia.....	66
D.2) Ética.....	67
D.3) Moral.....	69
E) Passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.....	71
F) Consagração dos Direitos Fundamentais.....	72
G) Consagração do princípio da dignidade da pessoa humana: busca pela <i>justiça justa</i>	78

H) Novo papel da Constituição com o objetivo de alcançar a efetividade.....	81
I) Adoção da técnica de cláusulas abertas.....	83
J) Adoção da teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais.....	85
K) Irradiação dos Direitos Fundamentais.....	86
L) Distinção entre texto normativo e norma jurídica.....	88
M) Distinção entre regras e princípios.....	88
M.1) Espécies de princípios.....	88
M.1.1) Princípios instrumentais.....	89
M.1.2) Princípios materiais.....	89
M.2) Diferenças entre “normas-regra” e “normas-princípio”.....	90
M.2.1) “Normas-regra”.....	90
M.2.2) “Normas-princípio”.....	91
N) Força normativa e caráter imperativo das normas constitucionais.....	93
O) Normatividade dos princípios.....	94
P) Consagração dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade.....	95
P.1) Princípio da adequação.....	98
P.2) Princípio da boa-fé.....	98
P.2.1) Boa-fé objetiva.....	99
P.2.2) Boa-fé subjetiva.....	99
P.3) Princípio da Efetividade.....	100
P.4) Princípio do Contraditório.....	100
P.5) Princípio da Instrumentalidade.....	101
Q) Princípio da duração razoável do tempo processual.....	102
R) Preponderância da ponderação sobre a subsunção.....	110
R.1) Exemplo de ponderação na justiça comum.....	111
R.2) Exemplo de ponderação na Justiça do trabalho.....	112
S) Teoria da argumentação.....	113
T) Ativismo judicial.....	114
U) Criação da norma jurídica pelo juiz.....	115
V) Deveres de cooperação, prevenção, auxílio, esclarecimento, consulta, correção e urbanidade do juiz.....	118
W) Tutelas coletivas.....	119
X) Primazia da justiça particular sobre a geral.....	121
Y) Valorização dos temas humanistas.....	121
Z) Expansão da jurisdição constitucional.....	123

CAPÍTULO V

PRINCIPAIS LEIS E DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A) Alteração da nomenclatura da “Lei de Introdução ao Código Civil”.....	125
B) Criação do Conselho Nacional de Justiça.....	125
C) Criação do Conselho Nacional do Ministério Público.....	128
D) Gravações em audiências e transmissão das sessões dos tribunais.....	129
E) Advento da Lei Maria da Penha.....	130

E.1) Extensão da Lei Maria da Penha.....	130
F) Criação dos Juizados Especiais.....	132
G) Criação das câmaras de conciliação e mediação judicial.....	132
H) Criação da justiça itinerante.....	134
I) Solução coletiva para causas comuns.....	135
J) Fixação da residência do magistrado na comarca.....	136
K) Férias e regime de plantão dos magistrados.....	137
L) Adequação do número de juízes em atividade.....	137
M) Delegação de poderes aos servidores.....	137
N) Leis que autorizam o Poder Executivo a conciliar conflitos.....	138
O) Honorários periciais fixados à luz da razoabilidade.....	139
P) Decisão fundamentada à luz do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.....	139
Q) Decisão permite a união estável para casais do mesmo sexo.....	140
R) Julgamento permite “passeatas da maconha”.....	140
S) Veredito permite pesquisas e projetos com células-tronco.....	141
T) Decisão dispõe sobre condições para uso de algemas.....	142
U) Julgamento improcedente por insuficiência de provas.....	142
V) Fatos comprovados nos autos os quais atestam pobreza ensejam o direito à justiça gratuita: decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo.....	143
W) Decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte sobre isenção de IPTU..	144
X) Supremo Tribunal Federal admite a relativização da coisa julgada.....	145
Y) Decisão permite interceptação telefônica em investigação de natureza civil.....	147
Z) TRT 3ª Região confirma decisão de 1º grau que reconhece assédio processual.....	148

CAPÍTULO VI

O NEOPROCESSUALISMO

1 - Surgimento do <i>neoprocesso</i>	150
2 – Conceito.....	151
3 – Modificações decorrentes do <i>neoprocesso</i>	153

CAPÍTULO VII

EFEITOS NEOPROCESSUAIS

A) Informatização do processo judicial.....	155
B) Punição para recurso protelatório.....	158
C) Juízo <i>ad quem</i> nega seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante.....	159
C.1) Juízo <i>ad quem</i> dá provimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência de tribunal superior.....	161
D) Interpretação uniforme de Lei Federal em face de divergência entre Turmas Recursais.....	163
E) Extensão da legitimação da prática da má-fé a todos os participantes processuais.....	164
F) Permissão para supressão de instâncias.....	165
G) Priorização para cidadãos com idade igual ou superior a 60 anos ou portadores de doenças graves.....	165

H) Distribuição de processos passa a ser imediata.....	166
I) Instituição da Súmula Vinculante.....	166
I.1) Teoria da eficácia vinculante dos motivos determinantes, diferença entre súmula vinculante e eficácia vinculante.....	168
J) Repercussão geral dos Recursos Extraordinários.....	168
K) Substituição de “execução de título judicial” por “cumprimento de sentença”.....	170
L) Celeridade no cumprimento de sentença.....	171
M) Substituição de “citação” por “intimação” na liquidação de sentença.....	172
M.1) Permissão para a liquidação na pendência de recurso e substituição da apelação pelo agravo de instrumento.....	173
N) Instituição da coisa julgada inconstitucional.....	174
N.1) Modificação no procedimento de excesso de execução.....	175
O) Alteração dos efeitos na defesa do executado.....	176
P) Aumento da eficácia da sentença.....	177
Q) Dispensa da liquidação para cálculo aritmético.....	178
R) Entrega de documentação em posse do devedor.....	178
S) Suprimento de efeito contratual por sentença.....	179
T) Juízo <i>a quo</i> não recebe recurso de apelação diante de sentença condizente com súmula ou jurisprudência: súmula impeditiva de recurso.....	180
U) Juízo <i>a quo</i> decide liminarmente por improcedência diante de casos idênticos.....	182
V) Suprimento pelo tribunal de nulidade processual não sanada pelo juízo <i>a quo</i>	183
W) Irrecorribilidade dos despachos judiciais.....	184
X) Procedimentos familiares por via administrativa.....	184
Y) Repercussão geral dos Recursos Especiais repetitivos.....	186
Z) Transformação do agravo de instrumento nos próprios autos dos Recursos Extraordinários e Especiais.....	187

CAPÍTULO VIII

NEOPRIVATISMO E NEOPUBLICISMO

1 – Inovações trazidas pela Lei 11.690/2008.....	190
--	-----

CAPÍTULO IX

Considerações finais.....	197
---------------------------	-----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	199
---	-----

“Deus escreve certo por linhas tortas”

Este livro teve início após ter tomado ciência de que haveria de permanecer por alguns meses em repouso absoluto, haja vista dias antes ter sofrido um acidente automobilístico.

Dedico este livro:

Ao meu neto DANIEL LEVI, pela inspiração e rejuvenescimento do meu ser.

Aos meus pais LEVI HIGINO JALES e MARIA DE LOURDES C. JALES (ambos in memoriam), aos meus irmãos FERNANDO ANTONIO C. JALES (in memoriam), GRAÇA JALES, ROBERTO LEVI JALES e LEVI JALES JÚNIOR, pela minha formação e exemplo de vida.

Ao meu esposo AFONSO DE LIGÓRIO SOARES, aos meus filhos FELIPE LEVI, MARIA FERNANDA, LUCIA DE FÁTIMA (LULINHA) e ao meu genro DANIL PLÁCIDO CAMILO JÚNIOR, pelo incentivo e por terem seguido a vocação para o Direito.

Aos meus familiares e às minhas amigas que já fizeram a passagem desta vida, os quais são também integrantes da família jurídica do nosso Estado, ABÍLIO CESAR CAVALCANTI (avô), JALLES COSTA (primo e professor), ANA REGINA ALVES FRAGOSO, LÚCIA BRANDÃO e TERESINHA DE JESUS O. TEIXEIRA (amigas), e SELMA PAIVA (amiga e professora), pela admiração.

A todos os meus colegas da área jurídica.

AGRADECIMENTOS

Emocionada, agradeço a Deus por mais esta realização.

Agradeço ao meu esposo Afonso pelo desempenho com que assume o escritório de advocacia em face da minha ausência, pela compreensão, apoio, incentivo e, sobretudo, pelo amor que me encoraja nas dificuldades do dia a dia.

Ao meu filho Felipe, ao meu genro Danil, ao meu sobrinho Renato Levi e à colega de escritório Laura Rodrigues Soares pelas sugestões as quais enriqueceram o texto.

Ao Desembargador Federal, Professor Francisco Barros Dias pelo prefácio.

À jovem bacharela Carla Christianne Magno pelos comentários, revisão das notas de rodapé e confecções das referências bibliográficas.

Ao filósofo e educador José Pires pela revisão na língua portuguesa.

Ao eminente advogado do Senado Federal José Alexandre Lima Gazineo pelo empenho fundamental junto à editora.

A todos os colegas da área jurídica que de alguma forma contribuíram para ordenar a presente ideia.

A todos aqueles sem os quais não teria concluído o pensamento com a paz necessária para a sua conclusão.

PREFÁCIO

Honra-me o convite da Dra. Lúcia Jales para prefaciá-la presente obra que cuida de exaustivo trabalho sobre o “neoprocessualismo: reflexões neoconstitucionais”.

O tema tratado, além da importância científica, está na “ordem do dia”, quer pela relevância de seu conteúdo, quer pela proliferação de ideias que a seu respeito gira o mundo atual do direito.

O trabalho foi desenvolvido com percuciência, pois apesar de se afirmar que a obra versa sobre o neoprocessualismo com uma incursão no neoconstitucionalismo, na realidade o desenvolvimento e caminhar de sua tarefa se deu com muita abrangência sobre os dois temas, deixando o leitor com a sensação de satisfação pelas valiosas lições transmitidas.

A obra tem inúmeros méritos. Destaco dentre eles, o volume de informações que procura a Autora passar ao leitor, com clareza, precisão e simplicidade, sem, contudo, divagar para o mundo simplório.

O profissional iniciante ou o experiente encontrará, no decorrer do ensaio, muitas lições, vários ensinamentos e com isso sairá enriquecido com o arcabouço doutrinário e dos casos e experiências que são demonstrados, como forma ilustrativa para melhor compreensão dos temas tratados.

Inicialmente, trabalha com o surgimento do neoconstitucionalismo e sua compreensão conceitual, para em seguida traçar as principais diferenças entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, indicando as transformações ocorridas com relação a este último, para trabalhar os efeitos produzidos na legislação e nos julgados por força dessa nova concepção.

Numa outra etapa, trabalha o neoprocessualismo e seus efeitos, para concluir pela influência que trouxe ao neoprivatismo e ao neopublicismo.

No desenvolvimento do trabalho, aponta vários mestres nacionais e estrangeiros, os quais indicam novas interpretações a serem aplicadas nos problemas de difícil solução vividos pela sociedade moderna, levando em consideração a evolução da humanidade e a busca da efetividade dos direitos no mundo hodierno.

Faz mostrar que, se por um lado o sistema tradicional do judiciário é possível se conseguir, com certa dificuldade o acesso à justiça, a burocracia exagerada dessa instituição, faz tornar interminável a prestação jurisdicional, desatendendo, por completo a concretude do direito e termina por não realizar o sentido de justiça.

Na busca da solução desses problemas e superando um sistema romano que não atende mais aos ditames da atual sociedade, surge a doutrina do neoconstitucionalismo, difundida no mundo civilizado moderno, apresentando novas teorias, métodos diferenciados e técnicas inovadoras na busca da efetividade da Constituição, implicando em um reestudo de todo o ordenamento jurídico pátrio, influenciando sobremaneira o processo.

Indica a Autora que esse reestudo deve se dar como nova etapa que se faz necessária ao estudo do Direito, pois a primeira ocorreu com a interpretação ao fenômeno do constitucionalismo, mas, diante das novas concepções surgidas com o neoconstitucionalismo, torna-se indispensável um reexame, face às transformações ocorridas em todos os ramos da ciência jurídica.

Com esse novo panorama na forma de interpretar o Direito, as repercussões são enormes em todo ordenamento jurídico atual, especialmente no Direito Processual Civil, o que fez surgir o chamado neoprocessualismo, considerado a nova tendência processual de aprimorar o ultrapassado sistema, trazendo uma inovadora concepção para se alcançar um processo justo em toda sua largueza, calcado no *direito fundamental em um Estado Democrático*.

Os exemplos e situações práticas postos no trabalho nos fazem lembrar que na labuta do dia a dia como Professor de Processo Civil e Magistrado, sempre nos deparamos com situações absurdas e inexplicáveis, devido o formalismo excessivo e em nome da segurança jurídica, sacrificando muitas vezes o chamado direito material, para atender a determinados caprichos do processo. Com isso, vejo esperançoso as mudanças indicadas nesta obra e nessas novas alterações dos paradigmas, com base em vasta pesquisa doutrinária e

jurisprudencial, vislumbrando assim uma perspectiva de que chegaremos mais próximos da realização da Justiça.

Enfim, podemos dizer que o mundo jurídico sai enriquecido com o presente trabalho. Mostra-se que a mudança de paradigmas alcança não só a nova visão da hermenêutica, mas também as alterações que vem ocorrendo na legislação infraconstitucional, com outro olhar do legislador.

O trabalho é abrangente e só esperamos que os leitores enriqueçam seus conhecimentos, porque, com certeza, encontrarão um acervo de informações que indicarão uma nova concepção na forma de pensar a ordem jurídica atual e o processo em particular.

Estamos todos gratos e desejamos sucesso a Autora e boas surpresas aos leitores.

Francisco Barros Dias
Professor e
Desembargador do Tribunal Regional
Federal da 5ª Região

NOTA DA AUTORA

Passadas duas décadas do advento da Constituição brasileira de 1988, torna-se possível aos pesquisadores identificarem com clareza os efeitos da nossa Carta Fundamental, as suas evoluções positivas, as negativas e, principalmente, as mudanças as quais tomam grandes proporções no tocante à repercussão no âmbito do Direito e da sociedade.

A essa fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de Neoconstitucionalismo¹. Nesse prisma, surgem novas interpretações a serem aplicadas nos problemas de difíceis soluções vividos pela sociedade, principalmente dadas as complexidades decorrentes da evolução da humanidade que passaram a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais².

No sistema judiciário tradicional, constata-se ser fácil o acesso à justiça, entretanto, é uma *via crucis* para obter a concretude da prestação jurisdicional. Com o formalismo radical do ultrapassado sistema, não se atende ao jurisdicionado com a qualidade que o cidadão de fato necessita.

Tanto que, comentam os renomados juristas brasileiros:

A injustiça passeia pelas ruas em passos largos e a insegurança é a característica da nossa era³.

Se o Brasil é apontado como uma das maiores economias mundiais, qual a justificativa para uma sociedade com uma deficiência alarmante em todos os segmentos, seja na saúde, saneamento, educação, habitação?⁴

¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 26.

² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 139.

³ BARROSO, Luís Roberto *apud* CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 234.

⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em:

Surge, então, a nova dogmática sob a influência *romano-germânica*⁵, denominada pela doutrina *neoconstitucionalismo*, difundida *universalmente*⁶, apresentando novas teorias, método diferenciado e técnica moderna em busca da efetividade da Constituição, uma vez que *o Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos*⁷, por isso, todo o ordenamento jurídico pátrio deve ser reestudado novamente.

Usamos o termo “novamente” porque já reestudamos o Direito quando se deu a interpretação ao fenômeno *constitucionalismo*, mas, diante da nova interpretação dada pelo segundo fenômeno, isto é, o *neoconstitucionalismo*, faz-se necessário reestudarmos novamente o ordenamento em face da transformação ocorrida no âmbito do Direito Civil, do Direito Penal, do Administrativo, Trabalhista, Processual, Ambiental, enfim, *em todos os ramos do direito*⁸.

Temos que o ordenamento jurídico atual sofre grandes alterações em virtude da nova interpretação constitucional, de forma que encontramos inúmeros fatores que levam o *constitucionalismo* tradicional ao *novo constitucionalismo*.

Este livro apresenta o panorama global da nova forma de interpretar o Direito, sobretudo, com destaque às principais repercussões incidentes no Direito Processual Civil, o chamado *neoprocessualismo*, considerado a nova tendência processual de aprimorar o ultrapassado sistema através do *direito fundamental ao processo justo*⁹.

É que, na qualidade de processualista, por inúmeras vezes deparei-me com situações inconcebíveis, onde o formalismo excessivo, em nome da segurança jurídica, extirpava de maneira impiedosa o direito material do cidadão. Por esta razão, enxergo a

<http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁵ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 172.

⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 234.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 251.

*mudança de paradigma*¹⁰ com olhos de esperança, no sentido de pensar que dessa maneira chegaremos mais próximos da realização da Justiça.

Assim, a presente obra traduz o pensamento dos renomados doutrinadores pátrios, o seu conteúdo é extraído das longas horas de estudo dos autores constitucionais e processuais, bem como das experiências vividas pela minha pessoa, ao longo de quinze anos na militância exclusiva e intensa da advocacia, assim como da apaixonante atividade de docência universitária.

No intuito de facilitar o entendimento do leitor apresentamos de maneira compilada as principais diferenças entre os dois fenômenos: o *constitucionalismo* e o *neoconstitucionalismo*.

Também de forma compilada inserimos:

- 1) As principais transformações ocorridas pelo fenômeno do *neoconstitucionalismo*, apontadas pela doutrina internacional e nacional como mudanças de grandes repercussões;
- 2) As principais leis e decisões judiciais proferidas sob a influência da nova dogmática;
- 3) As leis de efeitos *neoprocessuais*;
- 4) As inovações *neopublicismo* e *neoprivatismo*.

Ao abordar o tema, espero que outros venham a aprimorá-lo no futuro.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 210.

CAPÍTULO I O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

1 - INTRODUÇÃO

As letras escritas numa Constituição traduzem ocultamente as lutas, os ideais, conquistas, emoções, valores, esperanças, sentimentos, enfim, sangue, suor e a vida de um povo, por isso, nas palavras do ilustre doutrinador Miguel Reale,

O direito é ordenação que dia a dia se renova. (...) O direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais. (...) O direito é um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela¹¹.

Os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 nada mais são que a positivação dos valores morais enraizados na índole dos brasileiros. Entretanto, somente a conquista de ter os direitos e garantias fundamentais previstos na Lei Maior, sem que apresentem resultados práticos, mostra-se insuficiente.

Enfrentamos problemas difíceis, como a necessidade de ações afirmativas e de discriminações positivas. Vivemos numa sociedade cada vez mais litigante na qual um turbilhão de ações são propostas, muitas delas inclusive envolvendo assuntos delicados, como desmoração do meio ambiente, *desenvolvimento tecnológico na área biotética*¹², engenharia genética, pedidos para *retirada de feto com anencefalia*¹³, *união de pessoas do mesmo sexo*¹⁴, pedidos de eutanásia, de ortotanásia, enfim, manipulações de vidas, e muitos outros.

O sistema jurídico brasileiro contemporâneo não permite mais aos operadores jurídicos interpretarem o Direito somente à luz do Direito Constitucional

¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2;5;6.

¹² TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas tendências do Direito Constitucional**. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011, p.31.

¹³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 248.

¹⁴ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Homoafetividade e família**. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e da dignidade humana. Uma resposta a Rafael D'Ávila Barros Pereira. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1824, 29 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11441>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

tradicional. Além da ordem jurídica, busca-se, sobretudo, *uma ordem jurídica justa*¹⁵ e diante da globalização, *avanço tecnológico, fortalecimento da cidadania, uma sociedade altamente consumidora*¹⁶, necessário se faz a utilização das “novas” teorias, práticas e métodos com técnicas avançadas e adequadas ao neoconstitucionalismo¹⁷.

Diante da crise do Judiciário instaurada pela insatisfação dos jurisdicionados, sobretudo, pelo excessivo formalismo, surgiu um movimento formado por juízes brasileiros, principalmente por parte dos *magistrados mais comprometidos com a jurisdição eficaz*¹⁸ por isso, denominados *juízes críticos*¹⁹, porque *procuraram dar respostas adequadas às demandas por direitos dos novos movimentos sociais, que questionavam a racionalidade formal do ordenamento jurídico*²⁰.

Com efeito, surge o *neoconstitucionalismo* ou o novo constitucionalismo como o movimento que acompanha os passos do desenvolvimento social com *mudanças na forma de interpretar o Direito*²¹, no sentido de *dar efetividade à Constituição*²², que o faz dotando as normas constitucionais de *força normativa*, protegendo os *direitos com base nos valores morais e éticos, irradiando os direitos fundamentais a todos os ramos do Direito, combatendo o formalismo e colocando a Constituição Federal no centro do sistema jurídico*²³.

¹⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica: Revista eletrônica acadêmica de Direito, ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2010, 14h14.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto *apud* CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 234.

¹⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 264.

¹⁸ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 12. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 12.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 12.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

²² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 236.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

Sob o manto da nova cultura, diante de um *caso concreto*²⁴, o órgão jurisdicional atualizado, ao deparar-se com uma omissão legislativa, solucionará o problema aplicando diretamente a Constituição, ao invés de declarar a suspensão processual por ausência de norma, como infelizmente ainda acontece e, na hipótese de a legislação infraconstitucional não se coadunar com os direitos fundamentais para aplicação naquele caso, o juiz exercerá o controle incidental de constitucionalidade.

Com a nova cultura *pós-positivista*, a *aplicabilidade das normas constitucionais passa a ser direta e imediata, sem a obrigatoriedade da manifestação legislativa, isto é, sem exigência, por exemplo, de o legislador editar a lei complementar*²⁵. O juiz passa a dispor de elementos para solucionar o conflito *criando a norma jurídica no caso concreto*²⁶, baseado nos direitos fundamentais que, quando conflitantes entre si, são ponderados e explicitados através da técnica da argumentação jurídica.

O movimento então rompe com o paradigma da cultura *positivista-legalista*²⁷ presente no ordenamento tradicional e implementa o pensamento *pós-positivista* que, fundamentado nos princípios constitucionais, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana, aplica o direito de maneira *mais dinâmica e elástica, rica do ponto de vista axiológico*²⁸.

Com efeito, os Poderes Públicos tentam adaptar o fenômeno do novo constitucionalismo ao sistema jurídico brasileiro. E *a Supremacia da Constituição afigura-se consagrada tanto no aspecto formal como também no material*²⁹, tornando a sua *aplicabilidade imediata*³⁰.

²⁴ SARMENTO Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 209.

²⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 236-237

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 244.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 236.

²⁸ SARMENTO Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 210-211.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

³⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 236.

Pois bem! Nem sempre foi assim, *faltava vontade política no sentido de dotar os textos constitucionais de aplicabilidade direta e imediata*³¹, as normas eram destituídas de força normativa e não irradiavam os direitos fundamentais aos ramos do Direito.

Por força da nova dogmática, o Direito Processual Civil e a Teoria do Processo evoluem e acompanham a transformação do processo histórico o qual a doutrina denomina *neoprocessualismo*.

O novo processualismo consiste na interpretação dada ao Direito Processual à luz do *neoconstitucionalismo* e receberá um significativo enfoque no presente trabalho, vez que apresentaremos a seguir as principais diferenças entre o constitucionalismo e o neconstitucionalismo, bem como, em forma de “alfabetos”, as mudanças decorrentes do novo pensamento, os inúmeros atos proferidos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário sob a influência da nova interpretação, e, sobretudo, os principais efeitos *neoprocessuais*.

Os colegas operadores do Direito que pretendem continuar na árdua, porém, muito valorosa área jurídica, seja no Poder Judiciário, na Advocacia ou no Ministério Público, precisam novamente reestudar o Direito, pois surgem nomenclaturas como *normatividade dos princípios, ponderação de valores, de interesses, teoria da argumentação, novos personagens, novas técnicas, métodos e valores tomam destaque no cenário jurídico*³².

³¹ *Idem, ibidem*, p. 236-237.

³² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

CAPÍTULO II CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

1-CONCEITO DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Numa conjuntura global, podemos dizer que o *neoconstitucionalismo* espelha o pensamento constitucional na procura de um ordenamento jurídico capaz de distribuir uma Justiça justa, e o faz amparado pelas justas decisões e por uma tutela judicial mais efetiva e mais eficaz.

Na busca pela Justiça justa, a nova cultura impõe no trilho jurídico os princípios da dignidade da pessoa humana, o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, oriundos do devido processo legal.

Com efeito, tem como decisões justas as que protegem a dignidade humana das partes envolvidas na relação jurídica, de forma que, quanto mais a decisão proteger a dignidade, mais justa ela será, e considera uma tutela judicial mais efetiva e mais eficaz à medida que mais atender ao princípio do devido processo legal.

A tutela jurisdicional deve ser prestada de forma justa e *apontar soluções que obedeçam aos princípios constitucionais da razoável duração do processo, do acesso à justiça e da efetividade*.³³ de maneira que os direitos sejam tutelados com eficácia.

*O constitucionalismo moderno traz uma verdadeira transformação na visão do Direito, dá uma nova interpretação à Constituição no sentido de torná-la mais efetiva.*³⁴

*O Código Civil que figurava no centro do sistema jurídico é deslocado, dando lugar à Constituição*³⁵, as normas constitucionais que eram simples enfeites oficiais, visto que não eram impostas, *passam a ser dotadas de força normativa*³⁶, sendo impostas a quem descumprir os seus mandamentos. Em decorrência, *todos os ramos do Direito brasileiro,*

³³ FERREIRA, Rafael. **A efetividade processual e a sistemática executória no âmbito dos juizados especiais estaduais cíveis frente às reformas do CPC.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2739, 31 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18178>>. Acesso em: 15 jan. 2011, 13h45.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional e a constitucionalização do Direito.** Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ *Idem, ibidem.*

além de *interpretados à luz da Constituição*³⁷, como se dá também no constitucionalismo tradicional, passam a *ser irradiados pelos direitos fundamentais*³⁸, de forma que, atualmente, o ordenamento jurídico encontra-se impregnado pelos princípios e valores normativos, tornando a Constituição brasileira mais efetiva.

Aprova-se a normatividade dos princípios, fazendo com que os mesmos possuam também a força normativa para serem impostos, bem como *os direitos fundamentais são irradiados à legislação infraconstitucional e aos órgãos dos poderes judiciários, legislativos e executivos*³⁹.

No constitucionalismo tradicional, a Carta Magna é considerada uma carta enfeite oficial, *uma carta de intenções*⁴⁰, com ordenação de programas de ação, convocações ao legislador sem normas imperativas, uma verdadeira *exortação moral*⁴¹. Já *com o novo constitucionalismo as normas vão além, com eficácia imediata e independente, muitas vezes, de intermediação legislativa*⁴².

Fortalece-se a *teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais*⁴³, assegurando-se os direitos constitucionais ao âmbito privado.

O Juiz estava voltado para uma interpretação restrita, atrelado à literalidade do texto, fato que impede o Judiciário de desempenhar a sua função com qualidade, prevalecendo um *direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório*⁴⁴; enquanto no Estado Constitucional de Direito o juiz, numa interpretação ampla, conta com todos os princípios e valores contidos nas normas constitucionais,

³⁷ *Idem, ibidem.*

³⁸ *Idem, ibidem.*

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.74.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 237.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 237.

⁴² DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

⁴³ SARMENTO Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 199.

⁴⁴ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 2. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

exercendo uma atividade mais criativa, atividade esta denominada *ativismo judicial*, na *criação da norma no caso concreto*⁴⁵.

Verifica-se *uma mudança de pensamento, de postura, de mentalidade*,⁴⁶ enfim, de cultura dos Poderes Estatais, sob a influência do novo constitucionalismo, tendo como alguns exemplos os Tribunais com uma postura ativa, tanto nas decisões judiciais quanto nas ideias, programas, projetos, todas as iniciativas no sentido de fomentar o acesso à Justiça, bem como melhorar a prestação jurisdicional. Senão, vejamos:

- a) Projeto “INOVARE”, sob o lema “Justiça a Serviço do Desenvolvimento do País”, incentiva, com prêmios anuais, aqueles que desenvolvam ideias as quais contribuam com o mundo jurídico. Os temas específicos do ano 2011 são: “Combate ao crime organizado” e “Justiça e Inclusão Social”;
- b) Projetos como o implantado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, “Justiça na Praça”, onde, em parceria com instituições públicas e privadas, dentre elas, a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica - Comissão RN, leva a cidadania às ruas atendendo a milhares de pessoas necessitadas;
- c) Acordo celebrado pelo Supremo Tribunal Federal juntamente com as Unidades de Polícia Pacificadora – UPPs, no sentido de prestar a cidadania às comunidades do Estado do Rio de Janeiro, iniciando-se pelas comunidades da Cidade de Deus e do morro do Alemão.

Alterna-se a ordem de iniciativas na busca da prestação pelos Poderes Estatais, tanto que, ao celebrar o acordo mencionado à letra “c” acima, o presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, assim se pronunciou: *não é só o Brasil que faz Justiça, mas a Justiça também faz o Brasil*⁴⁷.

No mesmo sentido são as frases e discursos proferidos pelos expoentes do Poder Judiciário, reproduzidos a seguir.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie. (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 170.

⁴⁷ Síntese-autoridade em Publicações Jurídicas. Disponível em: <<http://www.sintese.com/index.asp>>. Acesso em: 09 dez. 2010.

No dia 09 de fevereiro de 2011, o Ministro Luiz Fux, ao receber a louvável aprovação do Senado Federal para compor o Supremo Tribunal Federal (STF), proferiu sábias palavras, externando o seu desejo no sentido de ver um Judiciário à altura de proteger efetivamente a dignidade da pessoa humana, afirmando categoricamente não ser *digno assistir a um litigante perder a causa porque não tem conhecimentos*⁴⁸. Insere, de forma notável e brilhante, ainda, a necessidade de “desigualar para igualar os desiguais”.

Nesse contexto, o Poder Legislativo também adota em seus atos e pronunciamentos a afirmação da tendência *neoconstitucionalista*.

Cite-se a título de exemplo a publicação recente da Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, que altera a expressão “Lei de Introdução ao Código Civil” para “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

Transparente deixa o legislador que o conjunto normativo brasileiro não mais orbita em torno do Código Civil, conforme se verificava em 1942 e até bem pouco tempo atrás, mas sim se tem a Constituição Federal como norma central de todo o sistema.

O fato é que o ordenamento jurídico atual sofre grandes alterações em virtude da nova interpretação constitucional, de forma que encontramos inúmeros fatores que levam o *constitucionalismo* tradicional ao *novo constitucionalismo*.

2 – O MOVIMENTO DOS JUÍZES CRÍTICOS

Vale ressaltar a importância do forte movimento dos *juízes críticos*, ensina a insigne Oriana Piske⁴⁹ que, na década de 90, um grupo de juízes percebe que o ordenamento não era completo e passa a valorizar a justiça material, defender o combate ao *formalismo excessivo* do sistema tradicional, de forma a atender as necessidades do cidadão, principalmente em diminuir as desigualdades existentes para a parte mais frágil na relação jurídica; enxergaram nas decisões judiciais um compromisso com o povo e entenderam que as decisões motivadas pela Justiça, ética, moral, equidade, isto é, aqueles julgamentos

⁴⁸ REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Jornal Nacional. **Senado aprova o nome do Ministro Luiz Fux para o STF**. 09 fev. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/jornal-nacional/v/senado-aprova-o-nome-do-ministro-luiz-fux-para-o-stf/1431733/>>. Acesso em 11 ago. 2011, 16h21.

⁴⁹ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imag-df.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 12. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

proferidos à luz dos direitos humanos, eram mais justos quando comparados com os julgamentos fundamentados exclusivamente na literalidade lei. À época, os movimentos sociais pressionavam pela efetividade do Poder Judiciário no tocante à concretude dos direitos à educação, saúde, habitação, enfim, pelos direitos sociais coletivos.

3 - CLASSIFICAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

As características do novo constitucionalismo apresentadas pelos estudiosos são marcadas pelas seguintes *diretrizes*⁵⁰:

- a) *mais Constituição do que leis;*
- b) *mais juízes do que legisladores;*
- c) *mais princípios do que regras;*
- d) *mais ponderação do que subsunção;*
- e) *mais concretização do que interpretação.*

Porém, talvez o que marque o momento histórico dessas transformações seja exatamente o conjunto das características elencadas *abaixo*⁵¹:

- a) *Reconhecimento da força normativa da Constituição;*
- b) *Desenvolvimento da teoria dos princípios;*
- c) *Transformação da hermenêutica jurídica, que se dá com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional;*
- d) *Expansão e consagração dos direitos fundamentais.*

Sobre a nomenclatura, o eminente Fredie Didier defende que melhor seria a expressão *positivismo jurídico reconstruído*⁵², e vários termos foram trazidos por extensão às expressões “pós” e “neo”, surgindo o *neoprocessualismo*, *formalismo-valorativo*, *formalismo-ético*, *neoconstitucionalismo*, *neconsumidor*, *pós-modernidade*, *neoprivatismo processual*, *neopositivismo*, *pós-positivismo*, dentre outras.

⁵⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 1, p. 149.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

⁵² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 27.

Opinamos pelo entendimento favorável à adoção da filosofia da nova dogmática, na resolução dos chamados casos difíceis, por saltar aos olhos a melhoria de todo sistema, sobretudo no tocante à efetividade da Constituição Federal de 1988, bem como por não se comprometer a segurança do sistema jurídico, vez que a decisão será baseada nas normas constitucionais impregnadas com princípios jurídicos, devendo ser fortemente fundamentada pela técnica da argumentação.

Após a informação dessas mudanças e várias conceituações doutrinárias, podemos apresentar o estudo completo do novo fenômeno, seguindo a classificação oferecida pelo eminente professor Luís Roberto Barroso, que brilhantemente e de forma didática, divide-o em três grandes marcos: *Histórico, Filosófico e Teórico (Nova Dogmática, Força Normativa, Expansão da Jurisdição Constitucional)*⁵³.

3.1 – O NEOCONSTITUCIONALISMO NO PLANO HISTÓRICO

O termo *neoconstitucionalismo* é de conceito europeu, principalmente oriundo da Alemanha, Itália, Portugal e Espanha⁵⁴.

As ideias neoconstitucionalistas surgiram no mundo em decorrência da necessidade de se proteger o cidadão daqueles que detinham, à época, o poder; as transformações foram verificadas quando se depararam com a necessidade de se criar direitos e garantias fundamentais para *defender o cidadão contra os abusos praticados pelas mãos do poder político, econômico e intelectual, como aconteceu nos regimes totalitários, nazi-facistas*⁵⁵, pois mesmo diante de legislações avançadíssimas à época, principalmente a alemã⁵⁶, não se impediu o maior massacre da história, então, após a 2ª Grande Guerra

⁵³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica: Revista eletrônica acadêmica de Direito, ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h23.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

⁵⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica: Revista eletrônica acadêmica de Direito, ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h23.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

*Mundial, as mudanças começaram a acontecer*⁵⁷. *Toda a violência foi praticada sob o manto e em nome da legalidade*⁵⁸, isto é, em nome do positivismo.

Vários acontecimentos e Constituições contribuíram com a concretização da nova interpretação:

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, e da Constituição da Itália, de 1947, a criação da Corte Constitucional, em 1956, depois, a redemocratização e reconstitucionalização de Portugal, em 1976, e da espanhola, em 1978⁵⁹.

Em 1959, o jurista alemão Konrad Hesse, em aula inaugural, defendeu “a força normativa da Constituição”, fato muito importante no sentido de dar normatividade à Constituição, demonstrando que *a Carta Fundamental não contém apenas conselhos nem muito menos consiste num pedaço de papel*, e sim contém normas imperativas, que se trata de normas jurídicas, consoante atesta o texto traduzido por Gilmar Ferreira Mendes, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, para Sérgio Antônio Fabris Editor, em 1991, por ocasião do ano do centenário da Faculdade de Direito da Bahia⁶⁰.

Na Europa, a reação contra o formalismo jurídico é muito antiga⁶¹. Aos poucos e com o passar do tempo, os *pensamentos foram difundidos amplamente pela Argentina, México, bem como pelo Brasil*.

Ensina o cientista português Boaventura de Sousa Santos, citado por Oriana Piske: *foi só após a Segunda Guerra Mundial que, nos países centrais, se consolidou uma nova forma de Estado, o Estado-Providência*⁶².

⁵⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 31.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempaprr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Disponível em: <<http://papojuridico.blogspot.com/search?updated-min=2006-01-01T00%3A00%3A00-03%3A00&updated-max=2007-01-01T00%3A00%3A00-03%3A00&max-results=48>>. Acesso em: 13 jan. 2011, 01h21.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30h.

⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa *apud* PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 8. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

Temos, então, que *o movimento constitucional teve seu início com a redemocratização da Europa, logo após a 2ª guerra mundial e, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988*⁶³. As Constituições brasileiras adotaram o modelo americano, sendo o controle constitucional realizado pelo Poder Judiciário. Entretanto, *somente a partir da Constituição Federal de 1988, foi dada uma expansão significativa da jurisdição constitucional e foi reconhecida a força normativa aos textos constitucionais*⁶⁴, o que significa dizer, *a norma constitucional conquista o ápice, sendo considerada norma jurídica*⁶⁵.

No tocante ao Brasil, onde a desigualdade social é evidente, a violência às nossas portas, a falta de assistência à saúde e à educação, foram fatores determinantes para a grande insatisfação popular, conforme pesquisa citada a seguir, e, conseqüentemente, responsáveis pela instaurada *crise do Judiciário*⁶⁶. Percebeu-se que, dentro de um Estado Democrático de Direito, a postura judicial não poderia mais permanecer inerte, presa a um tecnicismo injustificável diante da triste realidade, por estar amarrado à literalidade da lei, comparado, no dito popular, a um elefante de circo amarrado num banco, de forma que coube então ao juiz uma postura ativa na proteção dos direitos sociais, postura esta denominada pela doutrina de *ativismo judicial*⁶⁷.

Pesquisa realizada *entre os anos de 1983 a 1988 constatou o alto índice de sessenta e sete por cento (67%) de resolução de conflitos extrajudiciais*⁶⁸

Nesse contexto, ensina com maestria a jurista Ana Barcellos: *o Brasil aproveita para compensar as afrontas cometidas à legalidade constitucional, quando por inúmeras vezes a força bruta obteve preponderância sobre o Direito*⁶⁹.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 15 nov. 2010, 20h.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.fempaprp.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁶⁶ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 8. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 12.

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 8.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em:

Ao longo da história do Brasil, sabemos que desde a dominação portuguesa o espaço público é apropriado por interesses privados, são privilégios exacerbados e atos de corrupção constatados quase que diariamente.

Além da Constituição Federal de 1988, outras obras também influenciaram o *neoconstitucionalismo* no Brasil, tais como a publicação da 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional do eminente jurista Paulo Bonavides*⁷⁰, do qual me orgulho em relatar ter escrito o artigo “Razoabilidade do tempo de duração processual” em sua homenagem, publicado no Livro “Ampliando os Horizontes do Direito Latinoamericano: estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides”, lançado na Universidade de Direito de Buenos Aires – UBA, na Argentina, como também os artigos, palestras e comentários proferidos pelo defensor constitucionalista Paulo Lopo Saraiva, do qual me orgulho de ter sido sua aluna, cujos conteúdos retratam:

A discussão sobre os princípios da proporcionalidade, eficácia dos direitos fundamentais, ponderação de interesses com a divulgação das teorias dos pós-positivistas Ronald Dworkin e a do alemão Robert Alexy, as quais reaproximaram a ética do Direito⁷¹.

Sobre ponderação esclarece a advogada pela Universidade de Buenos Aires – UBA, na Argentina e doutora em Direito pela Universidade de Kiel, na Alemanha Laura Clérico, com base nos ensinamentos de Hesse, sobretudo no tocante a “*exigencia de optimización*” que a solução para uma colisão entre direitos fundamentais está na determinação dos limites dos bens jurídicos constitucionais colidentes que deve ser em concreto proporcional e não ir mais que o necessário.

“Pero, ¿ cómo solucionar la colisión *¿ interrogación pra cima* Según Hesse, se trata de una exigencia (o mandato) de optimización”. (LIVRO EL EXAME DE PROPORCIONALIDAD EM EL DERECHO CONSTITUCIONAL, editora EUDEBA- EDITORIAL UNIVERSITÁRIA DE BUENOS AIRES, PAG 265.1º EDIÇÃO, JULIO DE 2009). LAURA CLÉRICO. 62

<http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44. 62

As Constituições eram, até então, desprovidas na consagração de direitos. Na verdade, era totalmente incoerente com a realidade fática, como brilhantemente demonstra o renomado doutrinador Daniel Sarmento:

A Constituição de 1824 falava em igualdade, mas a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, integridade física e a vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar⁷².

Em síntese, marcos que consagraram a influência dos novos pensamentos no Brasil: a promulgação da Constituição Federal de 1988, a democratização com a transição do Estado de regime totalitário para o Democrático de Direito, as obras doutrinárias e o movimento dos *juízes críticos*⁷³.

O movimento dos juízes críticos é descrito com clareza nas lições da ilustre Oriana Piske:

O panorama político-jurídico na Era Pós-Moderna exigia do Judiciário uma real concretização dos direitos sociais. Neste contexto, surge o movimento Juízes Alternativos e da Associação Juízes para a Democracia. Os movimentos sociais e o movimento dos juízes críticos colocam em risco a atuação tradicional do Direito com muitas discussões sobre a função social do juiz, comprometendo a ordem clássica das instituições estatais. Esses Juízes percebem um ordenamento incompleto e aberto, procuram a justiça material e não a formal, enxergam nas decisões judiciais um compromisso político, e começam a demonstrar que as suas sentenças aproximam-se mais da medida justa quando comparadas com as proferidas pelos juízes os quais não acreditam no movimento, visto que as decisões inovadoras eram baseadas nos direitos humanos e consideravam sempre a superação da desigualdade real existente para a parte mais fraca na relação jurídica⁷⁴.

Os renomados juristas informam que era chegado o momento propício para começar a serem combatidas realidades praticadas sob a égide da injustiça. Os movimentos sociais cada vez mais colocavam em xeque a racionalidade formal do Direito positivo. Tem-

⁷² SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

⁷³ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 11. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

⁷⁴ *Idem, ibidem*.

se a denominada *cultura jurídica de valorização do sentimento constitucional*⁷⁵, isto é, o respeito dos cidadãos pela legalidade constitucional.

Os doutrinadores pátrios lembram que a sociedade brasileira, após *enfrentar situações escandalosas, como o impeachment de um Presidente, afastamento de senadores*, os escândalos do mensalão, aqui acrescentamos a queda do ministro-chefe da Casa Civil em 2011, Antônio Palocci, *a Constituição Federal de 1988 manteve a maior estabilidade institucional da história republicana*⁷⁶, que, diante da omissão do Legislativo, o Poder Judiciário é praticamente obrigado a dar a resolução final junto ao problema do cidadão, tendo então assumido a missão de solucionar os grandes conflitos de teor social, de forma que nas *últimas duas décadas, modificações significativas os aproximam às características do Direito Social*⁷⁷.

Podemos afirmar, enfim, que os pensamentos da nova dogmática indubitavelmente se encontram impregnados na doutrina, na jurisprudência e na legislação do Estado brasileiro, gerando fortes efeitos, sobretudo, no campo processual.

3.2 – O NEOCONSTITUCIONALISMO NO PLANO FILOSÓFICO

*O marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo*⁷⁸.

O professor de Filosofia Política da Universidade de Harvard Rawls considerava os *direitos cívicos* como direitos de *primeira geração*, os *políticos* de *segunda geração* e os *direitos sociais* como da *terceira geração*⁷⁹. Tratando de direitos de gerações, cumpre-nos incluir as lições do eminente constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, que

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

⁷⁷ MACEDO JÚNIOR, R.P. *apud* PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 8. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

⁷⁹ RAWLS, John. ENCICLOPÉDIA eletrônica Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/John_Rawls>. Acesso em: 15 mai. 2011, 22h16.

em seus cursos ensina que os *direitos à democracia, à informação e ao pluralismo* constituem direitos de *quarta geração*⁸⁰.

O filósofo norte-americano pregava que a sociedade seria justa na medida em que os mais bem dotados, intelectualmente ou econômico-financeiro, fossem mais benevolentes em favor dos menos favorecidos, não no sentido da igualdade absoluta, assim como pregam os radicais socialistas, senão os aquinhoados seriam injustiçados. O nobre professor defendia brilhantemente os direitos das minorias, em razão da raça, sexo, cor e religião, então teve as suas teorias plantadas como as sementes dos fundamentos para o moderno Estado do Bem-estar Social.

Até os nossos dias vemos as ideias do grande filósofo difundidas universalmente e, entendemos que as mesmas alcançam os dias atuais da cultura neoconstitucional, ou seja, os pensamentos pós-positivistas.

De forma didática, podemos elencar três correntes de pensamentos: *naturalista, positivista e pós-positivista*.

*O pós-positivismo se dá pela superação do jusnaturalismo*⁸¹ *e pelo fracasso do positivismo*⁸².

O jusnaturalismo entra para a filosofia natural do Direito, é o chamado *Direito Natural*⁸³, *chega às Constituições, aos códigos, defende os princípios de justiça já aceitos pela humanidade*⁸⁴, são empregados *juízos de valores*⁸⁵. Prima por valores morais, éticos, fortes

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 139.

⁸¹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010, 16h.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

⁸⁴ *Idem, ibidem*.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

sentimentos de justiça, verdade real, transparência e pureza. Pela visão crítica, foi considerado *metafísico e anticientífico*⁸⁶, por isso foi superado pelo *positivismo*.

Ensina o eminente professor argentino Ricardo David Rabinovich-Berkman que o nome “iusnaturalismo” deriva de expressão *ius* e natural amplamente denominado no sentido de “dever ser” na antiga Roma.

77 (Um viaje por la HISTORIA DEL DERECHO) PG95, Editorial QUORUM, Buenos Aires, 2007, 1º ed, 1º reimp. Rabinovich-Berkman, Ricardo David.

O *positivismo* tem como pensamento predominante a *objetividade científica*⁸⁷, tudo *há de ser provado*⁸⁸, não há juízo de valor e sim de fato, *aparta o Direito da Moral*⁸⁹. Considera os códigos como autênticos conjuntos ordenados de *regras e, regras são aplicadas de forma rígida, vinculativa*⁹⁰, sem flexibilidade, daí a expressão *Direito Positivo*. Reconhece a importância da Constituição, mas em termos de resultado prático a tem como um enfeite, na verdade, *simples declarações políticas*⁹¹ do poder, sem força para impor seus valores. Entende que a função dos princípios é apenas orientadora, devendo os mesmos ser utilizados secundariamente, integradores de lacunas legislativas. Apesar do advento do *fenômeno do Constitucionalismo*, onde os *códigos cederam o núcleo central*⁹² para a Constituição, *as teorias positivistas foram superadas*⁹³ pelo fato de não atenderem às necessidades da nova realidade, *o formalismo do positivismo impede as medidas que se fazem necessárias*⁹⁴, sem embargos, *começam a retornar ao Direito os valores morais e*

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

⁸⁷ *Idem, ibidem*

⁸⁸ *Idem, ibidem*

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁹⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**: 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 237-245.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 237.

⁹² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 245.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em:

*éticos*⁹⁵, não exatamente da forma do jusnaturalismo, mas mesclados com exigências jurídicas, demonstrando uma *fusão de princípios do jusnaturalismo e do positivismo*⁹⁶. Surge, então, a corrente pós-positivista, denominada também *neoconstitucionalismo*.

Pelo fato de que o juiz deveria atender de forma radical aos ditames da lei, aplicando as regras, e os princípios somente de forma secundária, a decisão ficava totalmente presa à literalidade da lei, o que tornava o Direito emperrado.

Sob o manto do positivismo, a lei representa totalmente a vontade do povo, considera-se o próprio Direito, entretanto, com a *crise da democracia*⁹⁷, ficou demonstrado que muitas vezes a lei é fruto de negociações legislativas, e não obrigatoriamente da vontade popular, comprovando a não identificação da lei com o Direito, aliada à descrença no dispositivo que reza todos serem iguais perante a lei, quando na realidade prática esta afirmação é uma inverdade, fatos que levaram à ruína do positivismo.

Vejamos o que ensina o eminente constitucionalista Eduardo Cambi:

Na verdade, no antigo regime o juiz deveria ser neutro, tanto que era considerado “a boca da lei”, por pronunciar a sentença, de maneira, totalmente atrelada a literalidade da lei, era uma forma de se controlar a atividade jurisdicional sob o argumento de a lei ser sinônimo de Direito pelo fato de expressar a vontade do povo, entretanto, a ideologia existente no Estado Liberal ao afirmar que todos são iguais perante a lei assegura a liberdade somente àqueles detentores de condições materiais mínimas para usufruir de uma vida digna, uma vez que, a lei perdeu o caráter genérico e abstrato quando é resultado de ajustes legislativos marcados pela vontade dos lobbys e dos grupos de pressão⁹⁸.

Entendemos como *neoconstitucionalismo* o conjunto das transformações que leva o constitucionalismo tradicional a um novo patamar, sob a égide de uma Carta Magna dotada de direitos fundamentais, impregnados de princípios de Justiça, éticos e morais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, detentores de força impositiva, sendo

<http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

⁹⁵ *Idem, ibidem*.

⁹⁶ MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; TINO, Sueli Miyuki. **A repercussão geral como instituto concretizador da tutela jurisdicional efetiva**. Revista eletrônica do direito privado da UEL. Londrina/PR, V.2, n. 2, mai-ago/2009, p. 5. ISSN 1983-5399. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina_%20e_%20Sueli_Repercuss%C3%A3o_Geral_instrumento_concretizador_tutela_jurisdicional_efetiva.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2011, 14h29.

⁹⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 240.

⁹⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica: Revista eletrônica acadêmica de Direito, ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2010, 14h14.

estendida a todos os ramos do ordenamento jurídico, estabelecendo, no caso concreto, soluções possíveis para os litígios públicos e particulares, tornando, assim, a tutela judicial mais eficaz, as decisões mais justas, maior efetividade constitucional e, conseqüentemente, uma Justiça mais justa.

Volta-se à eterna discussão entre Direito e moral⁹⁹. Os positivistas não admitem a conexão entre Direito e moral¹⁰⁰, mas aceitam uma ligação quando o constituinte originário positiva os valores morais, dando-lhes força jurídica, enquanto os não positivistas aceitam a tese de conexão entre Direito e moral¹⁰¹.

Nas palavras do eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso:

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (I) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (II) **como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética;** e (III) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito¹⁰². (**grifos nossos**).

Segundo André Rufino do Vale:

Sob o manto teórico, metodológico e ideológico do neoconstitucionalismo, o estudo do Direito Constitucional e, nesse âmbito, das normas de direitos fundamentais e de sua interpretação, implica a superação da dicotomia positivismo/jusnaturalismo. Mais do que isso, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo combina certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico¹⁰³.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>.

Acesso em: 07 nov. 2010, 16h.

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

¹⁰¹ *Idem, ibidem*

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>.

Acesso em: 07 nov. 2010, 16h

¹⁰³ VALE, André Rufino. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional: Ética e Constituição. ISSN 1983-2303, n. 9, jan/jun 2007, p. 74. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2010, 19h32.

3.3 – O NEOCONSTITUCIONALISMO NO PLANO TEÓRICO

O plano teórico é composto por três importantes vertentes: 1) nova forma de interpretação constitucional; 2) reconhecimento da força normativa constitucional; e, 3) expansão da Jurisdição Constitucional.

Vejamos a seguir cada uma delas.

3.3.1 - NOVA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional dada pelos pós-positivistas, como vimos, marca a era *neoconstitucional*, na qual se distingue o *constitucionalismo tradicional* e o *novo constitucionalismo*; a rigor, o período *neoconstitucional* é uma *nova fase da história do constitucionalismo*, então, temos: o *Constitucionalismo* e o *Novo Constitucionalismo*.

Com a *supremacia da Constituição* em seu aspecto formal se dá o *fenômeno do Constitucionalismo*¹⁰⁴, onde a legislação infraconstitucional, inclusive os códigos, se desloca do centro do sistema jurídico para ceder o lugar à Carta Política¹⁰⁵, dá-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, isto é, a *Constituição passa a englobar tanto os ramos do Direito Público quanto o do Direito Privado, ocupando, assim, o espaço de norma fundamental de todo o ordenamento jurídico*¹⁰⁶.

Além de a Lei Fundamental ter migrado para o pólo central do sistema pelo fato de o modelo europeu tradicional, que era centralizado na lei, haver mudado para o modelo da centralidade da Constituição, no caso do Brasil, vozes de renomados juristas, como ensina o eminente Eduardo Cambi, são levantadas no sentido de demonstrar que,

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988**: o estado a que chegamos. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/vinte_e_um_anos_da_constituicao_brasileira_o_estado_a_que_chegamos_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010, 16h.

¹⁰⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica: Revista eletrônica acadêmica de Direito, ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2010, 14h14.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

nem sempre a lei é mais sinônimo de Direito, como era tida, visto que, muitas vezes, a lei não é posta em prol do povo e sim na *proteção de grupos*¹⁰⁷, levando o povo brasileiro a deduzir que a expressão legal “todos são iguais perante a Lei” não faz mais sentido diante das reais desigualdades sociais existentes.

Com efeito, tem-se centralidade constitucional, mas o fato é que, mesmo localizada no núcleo central do ordenamento, a Lei Fundamental de 1988 continua meramente formal, sem a força necessária para impor as suas normas a quem as desobedecer, e não são impostas porque destituídas de *imperatividade*¹⁰⁸, isto é, faltam-lhes sanções.

O eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso ensina com maestria:

A criação dos tribunais constitucionais, o modelo europeu tradicional, que era centralizado na lei, deixa de sê-lo, passando a adotar o modelo da centralidade da Constituição, o controle constitucional parlamentar adotado passa então para o controle constitucional judicial, ensina que o novo fenômeno constitucional retrata o pensamento vitorioso do século XX, uma vez que o modelo constitucional americano venceu o modelo adotado pela maior parte dos países europeus¹⁰⁹.

Já com o fenômeno do neoconstitucionalismo, *toda a interpretação jurídica passa a ser constitucional, há uma supremacia da Constituição não apenas em seu aspecto formal, mas também no aspecto material*¹¹⁰. A Carta Fundamental, além de continuar ocupando a parte central do sistema, como no Constitucionalismo tradicional, passa a ser dotada de uma força, denominada *força normativa*¹¹¹, de forma que as suas normas, tanto as *regras* como os *princípios*, passam a ser impostos quando desobedecidos, de forma que a Constituição Federal de 1988 passa do mundo formal para o prático.

Nesse cenário de mudanças, uma nova interpretação é dada à Constituição no sentido de tornar o ordenamento jurídico mais efetivo, de forma que, além de *toda*

¹⁰⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 240.

¹⁰⁸ *Idem, ibidem*, p. 237.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*.

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

*legislação infraconstitucional ser interpretada à luz da Constituição*¹¹², como verificado no constitucionalismo tradicional, *à luz da nova dogmática reconhece-se a força normativa da Constituição Federal e os valores e direitos fundamentais são irradiados a todos os ramos do Direito*¹¹³.

De forma muito feliz, o jurista Eduardo Cambi destaca o importante papel da doutrina brasileira na mudança de paradigma do Direito Constitucional brasileiro e ressalta os dois momentos distintos: *o constitucionalismo da efetividade e o pós-positivismo constitucional*.

a) o constitucionalismo da efetividade: teve êxito no Brasil visto instalar no meio jurídico a ideia de que a Constituição é norma, por isso pode e deve ser aplicada independentemente de regulamentação do legislador ordinário. O foco principal desses pensamentos era a própria norma, devendo somente dela serem extraídos os efeitos jurídicos. Aduz que, pelo fato de as teorias apresentadas não se prestarem ao debate jurídico, a argumentação moral tornava a jurisdição como espaço privilegiado para realizar a vontade constitucional, é um “positivismo de combate”, um precursor do *neoconstitucionalismo* em nosso meio;

b) pós-positivismo constitucional: as teorias do *neoconstitucionalismo* requerem argumentos que melhor decidam e solucionem os chamados “casos difíceis”, daí as teorias da argumentação valorizam a ideia da razão jurídica ser bem próxima da ideia do razoável, pois, na verdade, valorizam a razão prática.

No sentido de ampliar a efetividade da Carta Magna, a nova interpretação reconhece a *normatividade*¹¹⁴ dos princípios ao entender que os mesmos, ao invés de ter aplicação somente para preencher lacunas, como previsto no artigo 126 do Código de Processo Civil brasileiro, na verdade possuem *função normativa e ordenadora*¹¹⁵, devendo ser aplicados como vetores principais visto conterem alto teor de valores de justiça, sendo da mais alta relevância para a aplicação de um Direito justo e, conseqüentemente, uma

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 19h

¹¹⁴ *Idem, ibidem*.

¹¹⁵ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 236, 245.

Justiça justa. O vetor-mor é o princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁶, seguido dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, decorrentes da garantia do devido processo legal¹¹⁷.

O juiz não fica adstrito ao legislador para aplicar de forma direta e imediata os direitos fundamentais, como acontece no Direito Constitucional clássico. Com a nova dogmática, o juiz, diante do caso concreto, poderá exercer uma atividade mais criativa ao buscar, por exemplo, o que vem a ser boa fé para aquele caso, por isso, a doutrina pátria denomina *papel criativo do intérprete*¹¹⁸, e, quando o órgão jurisdicional encontrar a solução mais adequada para o problema, construirá então a norma jurídica.

Os Direitos Fundamentais dotados de valores e princípios constitucionais são irradiados¹¹⁹ a todo o ordenamento jurídico, assim como a seiva na raiz de uma árvore alcança suas folhas e frutos, isto é, *todos os ramos do Direito brasileiro são irradiados pelos valores e princípios constitucionais*¹²⁰, de maneira que, mesmo o ordenamento jurídico brasileiro, que é composto de vasta legislação infraconstitucional, como a previdenciária, tributária, empresarial, trabalhistas, ambiental, inúmeros códigos, todos serão iluminados e influenciados constitucionalmente.

Além do reconhecimento da força normativa e da irradiação constitucional, o Direito contemporâneo consagra os Direitos Fundamentais como o norte na busca da Justiça, na busca pelo *ideal de justiça*¹²¹ decifra favoravelmente a interpretação à qual mais protege os direitos fundamentais em questão¹²², por isso, defende, sobretudo, a *efetividade da Constituição*¹²³.

Vejamos alguns ensinamentos de renomados doutrinadores pátrios:

A interpretação deve ser dada no sentido de o julgador aplicar a lei com equidade, o que não significa substituí-la pela equidade¹²⁴.

¹¹⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 247.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 246.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 244.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

¹²⁰ *Idem, ibidem*

¹²¹ *Idem, ibidem*

¹²² *Idem, ibidem*

¹²³ *Idem, ibidem*

¹²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 142.

Antes figurava no centro do sistema jurídico o Código Civil, havia uma forte valorização das leis ordinárias, dos decretos, regulamentos e portarias. Vivia-se, então, a era da codificação, tanto que havia uma acentuada dualidade entre os institutos de Direito Público e de Direito Privado, hoje, atenuada¹²⁵.

Ferdinand de Lassale entende que a constituição de um país é, em essência, a “soma dos fatores reais do poder que regem nesse país”, sendo esta a “constituição real e efetiva”, não passando a constituição escrita de uma “folha de papel”¹²⁶.

Os direitos fundamentais foram postos no mais alto grau da juridicidade, concretude, positividade e eficácia¹²⁷.

O professor renomado Klaus Cohen-Koplin ensina que há no neoconstitucionalismo a *constitucionalização de valores, além da positivação genérica dos valores liberais e sociais. O legislador delineou os valores importantes para cada ramo do direito positivo*¹²⁸.

Nesse diapasão, resume em poucas frases o mestre processualista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹²⁹, citando os eminentes Gomes Canotilho e Marcelo L. Guerra, respectivamente: *a interpretação mais favorável aos direitos fundamentais; adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo.*

Nós, seres humanos, sabemos que aliadas às grandes mudanças em nossas vidas surgem os muitos mecanismos às cabíveis providências, da mesma forma que advindas as grandes transformações da nova dogmática, os estudiosos cientistas pesquisam quais os caminhos no sentido de solucionar os complicados problemas apresentados ao Poder Judiciário, e ensinam que o próprio *neoconstitucionalismo* traz consigo as *teorias modernas*,

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 38.

¹²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 139.

¹²⁸ COHEN-KOPLIN, Klaus. **Processo e constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação.** Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identificacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf>, p. 5. Acesso em: 16 fev. 2011, 22h35.

¹²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 143.

*dos novos métodos, das inúmeras técnicas avançadas adequadas às difíceis soluções*¹³⁰, além dos métodos tradicionais de interpretação como *o gramatical, o histórico, sistemático e o teleológico*¹³¹, com os critérios de soluções para eventuais conflitos normativos¹³² *como o hierárquico, o temporal e o especial, que continuam utilizados*¹³³.

Na verdade, a interpretação tradicional já não resolve as dificuldades jurídicas do mundo contemporâneo.

Ensina o ilustre Luís Roberto Barroso:

Antes da nova concepção: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*¹³⁴.

Sob o enfoque crítico, o Mestre Humberto Ávila argumenta que a aplicação mais sopesada numa análise individual e concreta do que geral e abstrata leva à preponderância de uma justiça fundada em normas posteriores, individuais e concretas, ao invés de uma justiça com base nas normas prévias, gerais e abstratas. Entende que o aplicador *pode deixar de aplicar a regra geral ao caso particular quando o afastamento da regra não comprometer a aplicação do sistema de regras*¹³⁵.

O Judiciário, então, que estava à mercê da rigorosa interpretação literal do texto, passa a contar com uma interpretação ampla, abrangente, *diferenciada e flexível*¹³⁶,

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

¹³¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 245.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito.** Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

¹³⁵ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência.** Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2010, 14h20.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em:

baseada nos princípios, aplicando o *método da ponderação*¹³⁷ e a *técnica da argumentação jurídica*¹³⁸, no sentido de dispor de todos os valores contidos na Constituição irradiados a todo o sistema jurídico.

3.3.1.1 – MÉTODO DA PONDERAÇÃO E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

O *método da ponderação* é utilizado nos casos de *difíceis soluções*¹³⁹, onde o intérprete (juiz ou administrador público), diante do caso concreto, deve fazer a *aplicação dos princípios que melhor solucionem o problema*¹⁴⁰, atribuindo pesos à medida de sua importância. Já o método da subsunção é utilizado para aplicação das regras e adotado no sentido bem mais rígido, de forma exclusiva, por isso a maioria dos doutrinadores costuma exemplificá-lo com o termo *tudo ou nada*¹⁴¹. Ressalte-se que o legislador, ao editar determinada regra, já atribui à mesma um juízo de ponderação, impossibilitando que seu intérprete e julgador realize uma segunda ponderação. Por isso, quando a regra *é válida será aplicada em toda a sua extensão, quando inválida não será aplicada*¹⁴². Por outro lado, pelo método da ponderação, cabe ao próprio intérprete fazer a aplicação dentre os princípios cabíveis à solução, podendo lançar mão da *flexibilidade inerente aos princípios*¹⁴³ e adequá-los, atribuindo um meio termo ao caso concreto.

Na realidade, diante de um caso concreto de difícil solução, o juiz, após realizar a análise interpretativa ao *escolher os fundamentos*¹⁴⁴ os quais possam ser utilizados

<http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

¹³⁷ *Idem, ibidem.*

¹³⁸ *Idem, ibidem.*

¹³⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁴¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 245.

¹⁴² ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2011, 18h45.

¹⁴³ *Idem, ibidem*

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

e selecionar os *atos relevantes*¹⁴⁵, partirá para a ponderação através de atribuição de pesos¹⁴⁶, *considerando o grau de importância ao grupo de princípios escolhido*¹⁴⁷ e, baseado no princípio da *dignidade da pessoa humana*, no da *proporcionalidade*¹⁴⁸ ou *razoabilidade*¹⁴⁹ e na *teoria de considerações de natureza moral, gradua a solução encontrada*¹⁵⁰, em conformidade com a vontade constitucional¹⁵¹, dando assim a melhor solução ao caso concreto.

A interpretação deverá estar à luz da Constituição, deve ser vista de *forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva*¹⁵².

No sentido de tornar essa lição o mais clara possível, podemos citar um exemplo típico de ponderação de princípios: o conhecido caso de Fernandinho Beira-mar, no qual o Juiz Federal Odilon de Oliveira, titular da Vara de Execuções Penais do Presídio Federal de Campo Grande, determinou restrição total de envio ou recebimento de correspondências.

Ora, sabe-se que o preso possui direito ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, conforme estabelece o inciso XV do artigo 41 da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execução Penal.

No entanto, o nobre magistrado, em sua decisão, ressaltou que “mesmo uma pequena quantidade de correspondências tem potencial para permitir contatos perniciosos entre membros de facções ou de grupos criminosos”.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*

¹⁴⁶ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁴⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica: Revista eletrônica acadêmica de Direito, ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2011, 17h23.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*

¹⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

¹⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 143.

Assim, sopesou-se o direito à comunicação do preso e o direito à segurança consagrado no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tendo optado por este em detrimento daquele.

Este raciocínio, a nosso sentir, correto, não impede que noutro caso concreto seja invertido, pois vários pesos poderão ser atribuídos ao mesmo princípio. Mas *em todos os casos os princípios continuam ilesos no campo da validade*¹⁵³.

Exemplo esclarecedor é fornecido pelos nobres juristas Bruno Redondo e Mário Lojo sobre valores ponderados quando citam a penhora *on-line*, verifica-se *in casu o choque entre o princípio da efetividade processual e a proteção da reserva do mínimo necessário à sobrevivência digna do executado*¹⁵⁴.

Na hipótese de *colisão entre normas, dar-se-á preponderância aos princípios da dignidade da pessoa humana*¹⁵⁵, não esquecendo o *devido processo legal*. Diante do caso concreto, o método da ponderação exige um raciocínio jurídico mais desenvolvido do intérprete, visto não ser fácil muitas vezes atribuir valores entre os princípios que envolvem, por exemplo, a atividade da imprensa, dados os choques entre o *direito à liberdade de expressão e à informação e, do outro lado, o da livre expressão e o respeito à honra, à imagem e à vida privada*¹⁵⁶.

É de bom alvitre passarmos a informar as críticas doutrinárias, como os argumentos apresentados pelo insigne professor Humberto Ávila.

Afirma o doutrinador que o constituinte não deixou a opção para posteriormente o aplicador atribuir ponderação. A previsibilidade gera Justiça para todos. A ponderação se deu na medida em que foram,

Definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, uma ponderação orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os

¹⁵³ LIMA, Isan Almeida. **Da revisão do conteúdo dos princípios da congruência e da demanda no processo civil a partir do neoprocessualismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2527, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14954>>. Acesso em: 16 fev. 2011, 16h.

¹⁵⁴ REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mario Vitor Suarez. Ainda e sempre a penhora on line: constitucionalidade, princípios e procedimento. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 6, p. 132.

¹⁵⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes, poderia ser usada sem gerar as consequências as quais ocorrerão caso seja aceita como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, pelos seguintes argumentos relacionados a seguir: a) leva a um anti-escalamento da ordem jurídica fundamental; b) se os princípios pudessem ser empregados genericamente todas as normas assumiriam papel secundário; c) seria uma desvalorização da função normativa; d) a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo; e) violação dos princípios democráticos da legalidade e da separação dos Poderes; f) quando tudo está na Constituição, e nada na legislação, a supremacia constitucional perde o seu significado; g) a ponderação conduz a um subjetivismo, os princípios terão seu peso atribuído pelo aplicador, podendo ter, inclusive, peso igual a zero; h) supressão do caráter orientador do Direito e da função legislativa, visto não haver “critérios antecipados e objetivos para a sua execução”, somente depois do processo de ponderação é que se saberá o que antes teria sido feito; i) o aplicador não pode simplesmente desconsiderar a regra legal para aplicar aquela que entenda ser melhor¹⁵⁷.

O fato é que as decisões, sejam dos juízes, sejam dos administradores, devem ser muito bem fundamentadas através da “*teoria da argumentação jurídica*”¹⁵⁸. Trata-se de técnica onde o *intérprete criador da norma*¹⁵⁹ esclarecerá o porquê da decisão ser a melhor possível para o jurisdicionado naquele caso. Com a nova dogmática, o juiz passa a *criar a norma jurídica*¹⁶⁰ numa atividade bem mais criativa que apenas pronunciar somente a vontade da lei. A argumentação jurídica exige que o julgador demonstre de maneira indubitável a motivação que o levou à solução escolhida no caso concreto, devendo demonstrar sempre a razão das escolhas. *A técnica da argumentação deve ser utilizada principalmente quando o método das decisões for o da ponderação*¹⁶¹, haja vista funcionar como um *controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação*¹⁶², visto que *deve sustentar fundamentos normativos e não pessoais, ou morais*¹⁶³. Para a validade da argumentação jurídica, é condição *sine qua non* que o intérprete julgador fundamente a sua

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2010, 14h20.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

¹⁶³ *Idem, ibidem*.

decisão, expressando literalmente o raciocínio e os *motivos os quais o levaram a apresentar a melhor solução*¹⁶⁴.

No desenvolvimento da argumentação jurídica, o intérprete é orientado pelos princípios à boa fundamentação da decisão e, em face das *especificidades da norma constitucional*¹⁶⁵, como *superioridade jurídica*¹⁶⁶, *seu conteúdo específico e político*¹⁶⁷, além da categoria de *princípios materiais*¹⁶⁸, foi desenvolvida a categoria de *princípios específicos de interpretação constitucional*¹⁶⁹, a ser utilizada mediante a *ponderação*¹⁷⁰.

*Sempre que for possível a utilização dos princípios como fundamentação das decisões, a ponderação será usada*¹⁷¹ através da interpretação *diferenciada e flexível*¹⁷², atribuindo conclusão detalhada e explicitada pela argumentação jurídica.

A séria crítica enfrentada pela argumentação jurídica, na visão do renomado professor Humberto Ávila, diz respeito à *subjetividade conferida ao intérprete, dado o espaço de abertura das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados, do grau de indeterminação de condutas*¹⁷³ e dos princípios pela própria subjetividade que lhes são inerentes. Necessário, portanto, que *a argumentação jurídica seja baseada nas fundamentações jurídicas e não nas argumentações pessoais*¹⁷⁴. Quanto mais amparada em

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*

¹⁶⁸ *Idem, ibidem*

¹⁶⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁷⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2011, 18h45.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2011, 18h45.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

normas constitucionais estiver a argumentação, mais legítima será a decisão, quanto mais transparentemente demonstrada por um raciocínio lógico, racional e coerente ela for, mais legitimidade terá.

Há renomados doutrinadores que defendem fazer-se necessário, às vezes, até mesmo a correção da lei pelo juiz, na hipótese de serem colocados em xeque os direitos fundamentais, já não se falando, assim, de mera “interpretação conforme a Constituição”, mas de correção da própria lei, desde que conduzida pelas normas constitucionais e pela prioridade de valor de importantes bens jurídicos, *mediante interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*¹⁷⁵.

Afigura-se, então, a implantação de uma *cultura pós-positivista*¹⁷⁶, *combate-se o formalismo excessivo do positivismo*¹⁷⁷, *há uma aproximação do Direito com a filosofia*¹⁷⁸, *com a ética e a moral*¹⁷⁹, *o método adotado*¹⁸⁰ de decisão passa a ser, ao invés do da subsunção, o da *ponderação*¹⁸¹, usa-se a teoria da argumentação jurídica para a fundamentação das decisões.

Em virtude de a atividade do juiz passar a ser bem mais criativa que dizer a vontade da lei, surgem as discussões jurídicas em torno do aspecto político do Poder Judiciário, e várias e sérias são as críticas à chamada *politização do judiciário*¹⁸². Senão, vejamos.

Passa-se do *modelo de Estado legislativo para o Estado Constitucional*¹⁸³, como também pela *expansão da técnica legislativa das cláusulas gerais, onde o juiz deve ser*

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 143.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*

¹⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

¹⁸¹ *Idem, ibidem*.

¹⁸² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 198.

¹⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

*mais ativo na criação do Direito*¹⁸⁴, afigurando-se, então, o aumento da importância política do Judiciário.

É que, como forma de garantir a independência do Judiciário, nunca se permitiu ao juiz brasileiro a participação na atividade político-partidária, então há entendimento no sentido de considerar o poder criativo do juiz uma invasão no Poder Legislativo, sob o argumento de faltar ao Judiciário a legitimação democrática, por isso, critica-se o *ativismo judicial*¹⁸⁵.

O ativismo judicial consiste numa postura dinâmica por parte do juiz no sentido de perseguir a efetividade da Constituição e, assim, realizar uma prestação jurisdicional eficaz.

Ensina a jurista Orina Piske que grande parcela do Judiciário passou a decidir em favor do pólo mais fraco da relação jurídica. Em decorrência da falta de políticas públicas para *implementação dos direitos sociais*¹⁸⁶ de cunho coletivo, passou-se também a ajudar a *fomentar a realização de projetos de mudanças sociais*¹⁸⁷, levando, dessa forma, à politização da atividade jurisdicional, pensamento tão combatido pelo positivismo jurídico, que *fundamenta a separação do Direito da Política*¹⁸⁸. Estas decisões transcendem a seara individual, interferindo no orçamento do Executivo, como também *nos grupos sociais, fato que dá maior visibilidade social aos Tribunais*¹⁸⁹.

O insigne Eduardo Cambi assevera:

Em nível principiológico, o ativismo judicial deve imperar quando se trate de concretizar os direitos fundamentais inerentes ao que se denominou de mínimo existencial e a autocontenção prevalecer, como postura geral, em relação às atividades dos demais poderes¹⁹⁰.

¹⁸⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁸⁵ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 12. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 14.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 10.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 7.

¹⁸⁹ *Idem, ibidem*, p. 11.

¹⁹⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, p.15. Acesso em: 08 nov. 2010, 14h14.

Aduz, ainda, o renomado jurista, que *um exemplo emblemático de ativismo judicial se deu na elogiável e sempre citada decisão do Supremo Tribunal Federal para a concessão de medicamentos aos aidéticos*¹⁹¹.

Afirma ainda a ilustre Oriana Piske: *há a necessidade de um juiz bem ativo, que deixa de exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social*¹⁹².

Reza o doutrinador Carlos Eduardo Araújo de Carvalho:

Uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional. Nesta senda, vê-se claramente que o ativismo judicial é uma postura que, ao ser adotada pelos exercentes da função jurisdicional, os faz recusar outra postura diametralmente oposta, qual seja, a "auto-restrição" judicial ou "moderação judicial"¹⁹³.

Numa visão crítica, o insigne jurista Humberto Ávila, sob o ponto de vista do fundamento organizacional, ressalta a importância dos Poderes, tanto do Legislativo quanto o Judiciário, cada um nas respectivas funções e discorda com a afirmação de o Judiciário ser preponderante ao Legislativo, haja vista que *todo poder emana do povo*¹⁹⁴.

Afirma o notável Isam Lima: *é o termo utilizado para denominar uma postura mais ativa do juiz no sentido de garantir ao jurisdicionado uma ordem jurídica justa, célere, efetiva e adequada*¹⁹⁵.

O mestre constitucionalista Luís Roberto Barroso ensina:

(...) (II) quanto ao **papel do juiz**, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado

¹⁹¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, p.14. Acesso em: 08 nov. 2010, 17h23.

¹⁹² PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 5. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

¹⁹³ CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17325>>. Acesso em: 25 jul. 2011.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência**. Revista eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2011, 14h20.

¹⁹⁵ LIMA, Isam Almeida. **Da revisão do conteúdo dos princípios da congruência e da demanda no processo civil a partir do neoprocessualismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2527, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14954/da-revisao-do-conteudo-dos-principios-da-congruencia-e-da-demanda-no-processo-civil-a-partir-do-neoprocessualismo>>. Acesso em: 17 jan. 2011, 22h58.

normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis (...)¹⁹⁶. (**grifos nossos**).

Com brilhantismo, o Ministro Celso de Mello, em sede de relatoria na ADPF 45 MC/DF, sobre Políticas Públicas, Intervenção Judicial e Reserva do Possível, assim se pronunciou:

(...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (...) No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que o Poder Legislativo e o Poder Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (...)¹⁹⁷

A respeito dessa atividade criativa do Judiciário, o autor Luciano Karlo Pertsch citou o Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, o qual estatui, acompanhando todas estas mudanças as quais o Direito atualmente enfrenta:

O Tribunal [Supremo Tribunal Federal] rompe um pouco com a postura que tradicionalmente chamávamos de legislador negativo e passa a ser também, ainda que provisoriamente, um legislador positivo, permitindo uma regulação provisória de uma dada situação que reclama disciplina normativa ou regulação (...). É uma típica sentença de perfil aditivo. Em geral estas atuações se dão em contextos de eventuais faltas, lacunas ou omissões do próprio legislador. Ou às vezes num certo estado de necessidade¹⁹⁸.

Ensina a Eminentíssima Oriana Piske:

Em verdade, no marco do Estado Constitucional de Direito, a atividade política e a atividade judicial estão estreitamente unidas pelo império do Direito, a legitimação

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

¹⁹⁷ BRASÍLIA, Distrito Federal. ADPF 45 MC/DF, julgamento 29 abr. 2004, publicação DJ 04 mai. 2004. Relatoria Min. Celso de Mello.

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira *apud* PERTSCH, Luciano Karlo. **Politização da Justiça: uma dimensão teórica.** Revista Eletrônica Âmbito Jurídico. Rio Grande, n. 59, 30 nov. 2008, ISSN 1518-0360. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5235>. Acesso em: 25 jul. 2011, 14h31.

do Poder Judiciário difere da legitimação representativa, sendo uma legitimação legal ou racional, ambas derivadas da vontade popular¹⁹⁹.

O fato é que, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, tem-se na época pós-moderna ou contemporânea o desencadear de novas realidades, tendo-se chegado à conclusão de que a norma *não pode conter somente um sentido*²⁰⁰ para todos os problemas propostos. Surge, então, uma nova perspectiva no sentido de demonstrar-se que, na realidade, a norma possui vários sentidos de interpretação, um campo extenso, de forma a atender aos inúmeros problemas apresentados, devendo toda a interpretação ser orientada pela Constituição, de maneira a obedecer à vontade da lei.

Verifica-se, então, a *politização do Judiciário*²⁰¹.

Como vimos, na realidade em que vivemos o juiz contemporâneo não pode mais, realmente, ficar atrelado à literalidade do texto da lei, desempenhando a sua função de maneira estritamente técnica. Por isso, somos de opinião que o Poder Judiciário deve procurar exercer a atividade judicante de maneira mais ativa, no sentido de, cada vez mais, proteger e concretizar os direitos sociais.

3.3.2 - FORÇA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

*O reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico*²⁰².

Força normativa consiste na legitimidade que, hoje, a Constituição Federal de 1988 possui de impor os seus mandamentos, *é o caráter imperativo da norma*²⁰³, significa

¹⁹⁹ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal.** Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 5-6. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

²⁰¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 198.

²⁰² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, p.14. Acesso em: 07 nov. 2010, 13h30.

²⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito.** Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

que diante de eventual descumprimento haverá o seu cumprimento forçado. *É a força coativa da norma*²⁰⁴.

*A visão clássica do antigo sistema, em que se admitia a existência das normas constitucionais programáticas, está superada uma vez que são declarações políticas ou exortações morais destituídas de força normativa*²⁰⁵.

Vale lembrar que as normas constitucionais programáticas são aquelas que não atribuem consequências jurídicas ao seu descumprimento, descrevem os fins públicos que deverão ser alcançados pelo Estado, *são normas-fim, que impõem uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional*²⁰⁶, ao lado das *normas de organização as quais possuem o conteúdo das decisões políticas e das normas definidoras de direitos individuais, políticos, sociais e coletivos*²⁰⁷.

*Na Europa Ocidental, quando o Parlamento editava uma lei, esta era considerada como fonte quase exclusiva*²⁰⁸, e as constituições não eram dotadas de força normativa, ou seja, *suas normas não possuíam caráter jurídico imperativo*²⁰⁹, sequer podendo ser levadas ao Judiciário; os atos eram realizados em nome da *vontade do legislador*²¹⁰.

É que a *Lei Fundamental é composta por normas constitucionais as quais se dividem em regras e princípios*²¹¹. Entretanto, no Constitucionalismo Tradicional, a *regra, para ter aplicação imediata, depende da iniciativa do legislador no sentido de editar a lei*

²⁰⁴ *Idem, ibidem.*

²⁰⁵ *Idem, ibidem.*

²⁰⁶ SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais:** as normas programáticas e a crise constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4731>>. Acesso em 12 jan. 2011, 17h35.

²⁰⁷ *Idem, ibidem.*

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 15 nov. 2010, 20h.

²⁰⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, p.14. Acesso em: 08 nov. 2010, 17h23.

²¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito:** o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 15 nov. 2010, 20h.

²¹¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 21.

*complementar*²¹², os princípios não passam de *meras orientações*²¹³ a serem seguidas. As normas constitucionais não passam de um *repositório de promessas grandiloquentes*²¹⁴, cuja *efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão*²¹⁵, todas essas limitações se dão por falta da força normativa.

No novo constitucionalismo há o reconhecimento da *normatividade da Constituição*²¹⁶, de forma que as normas constitucionais passam a ser dotadas de força normativa, portanto, impostas a toda sociedade.

A doutrina classifica as normas constitucionais em “normas-regras” e “normas-princípios”; pelo reconhecimento da força normativa, as “normas-princípios” passam a ser aplicadas de forma direta e imediata, sem a necessidade de iniciativa do legislador.

Assim, por força do *neoconstitucionalismo*, *as referidas normas são dotadas de força normativa, de maneira que os direitos fundamentais são garantidos pela eficácia e aplicabilidade imediata dos valores constitucionais*²¹⁷.

Segundo Daniel Sarmento,

Uma nova forma de conceber o Direito e o Estado na sociedade brasileira contemporânea, ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social²¹⁸.

*No constitucionalismo democrático, as normas-princípio são aplicadas em larga escala, possuem força normativa, iluminam todo o ordenamento jurídico*²¹⁹,

²¹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 15h.

²¹³ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

²¹⁴ *Idem, ibidem.*

²¹⁵ *Idem, ibidem.*

²¹⁶ *Idem, ibidem.*

²¹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil.** 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 140.

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

principalmente *o princípio da dignidade da pessoa humana, que é visto como ideal de Justiça*²²⁰ e tido como norteador na busca do Direito justo.

Leciona também o doutrinador Eduardo Cambi:

Afirmar que as normas constitucionais têm força normativa é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está **dotada de caráter jurídico imperativo**. Se a Constituição vale como uma lei, as **regras e os princípios constitucionais devem obter normatividade**, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento. Com efeito, **o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico**, onde se visualizavam normas constitucionais programáticas que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa²²¹. **(grifos nossos)**.

3.3.3 - EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A expansão da jurisdição constitucional é formada por um conjunto de fatores e não apenas de fatos isolados, dado à existência de milhares de demandas judiciais a serem conhecidas, julgadas e solucionadas pelo Poder Judiciário. Como vimos, as teorias *neoconstitucionalistas* visam a obtenção da justiça justa, primam pela efetividade constitucional, fatos os quais resultam num ampliadíssimo acesso à justiça, bem como numa celeridade processual, respectivamente, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal (STF) receba os processos para conhecimento de maneira acelerada.

Fator determinante para expansão constitucional se deu com a ampliação dos legitimados a proporem ações diretas no controle da constitucionalidade. Sabemos que para garantir a supremacia constitucional, adotam-se formas de controles de constitucionalidade; no Brasil, temos o controle incidental (difuso) e o controle abstrato (concentrado). Para o controle abstrato ser exercido, o legislador criou o instituto da ação genérica, atualmente chamada de *ação direta de inconstitucionalidade*²²², com a ampliação dos legitimados a impetrarem essas ações, além da criação da ação declaratória de constitucionalidade. Em

²²⁰ *Idem, ibidem.*

²²¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, p.6-7. Acesso em: 08 nov. 2010, 17h23.

²²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado Federal, 1988, art. 103.

resumo, hoje, o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado pode ser exercido pela: I) *ação direta de inconstitucionalidade*; II) *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*; III) *ação declaratória de constitucionalidade*; IV) *arguição de descumprimento de preceito fundamental*; V) *ação direta interventiva*²²³.

Sob o manto do *neoconstitucionalismo*, além desses fatores supracitados, elencaremos a seguir inúmeras causas as quais contribuíram para a expansão constitucional, dentre elas: 1) a consciência do cidadão cada vez mais voltada na busca de seus direitos, sobretudo, no Brasil, dado ao avanço na cidadania; 2) a proliferação dos cursos jurídicos; 3) as gerações dos novos operadores do Direito, passados vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988; 4) o *fenômeno da globalização*²²⁴; 5) a *crise fiscal do Estado nos anos 90*²²⁵, momento em os direitos sociais não eram implementados pelos serviços públicos, por isso *as decisões judiciais passaram a ser o meio de se obrigar à negociação política*²²⁶.

Por fim, a nova forma de interpretação recebe da doutrina várias denominações como: constitucionalismo democrático, fenômeno, ideologia, teoria, mutação da cultura jurídica, método de análise do Direito, pensamento, movimento de teorização e aplicação do Direito Constitucional, elementos estruturais de um sistema, nova cultura, modelo de Estado Constitucional de Direito, sentimento constitucional, positivismo jurídico reconstruído, pós-positivismo, neopositivismo, positivismo jurídico reconstruído, constitucionalismo pós-moderno, novo constitucionalismo ou, simplesmente, neoconstitucionalismo.

Uma vez compreendidas as origens da nova dogmática, suas teorias, as interpretações doutrinárias, o método adotado, a moderna técnica, oferecemos a seguir um quadro comparativo de ordem prática, com as principais diferenças entre o *constitucionalismo e o neoconstitucionalismo*.

²²³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado Federal, 1988, arts. 36, 102, 103.

²²⁴ PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica**: uma afirmativa da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2650, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17540/o-neoprocessualismo-e-a-publicizacao-normativa-como-corolario-da-unidade-processual-sistemica>>. Acesso em: 12 nov. 2011, 17h56.

²²⁵ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imag-df.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 10. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

²²⁶ *Idem, ibidem*.

CAPÍTULO III

PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE CONSTITUCIONALISMO E NEOCONSTITUCIONALISMO

No intuito de diferenciar de forma didática o *Constitucionalismo* do *Neoconstitucionalismo*, elegemos onze critérios principais, os quais destacamos a seguir.

1 - QUANTO À APLICAÇÃO DAS NORMAS

No Constitucionalismo Clássico, as normas-regras são aplicadas de maneira exclusiva, enquanto os princípios secundariamente, pois estes são meras orientações, sem aplicação.

No Novo Constitucionalismo, as normas-princípios são aplicáveis ao caso concreto sem obrigatoriamente preencher lacunas, não são apenas orientações, passam a possuir força normativa, sendo imperativas e de aplicabilidade imediata.

2 - QUANTO AO MÉTODO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS

No Constitucionalismo Clássico, para a aplicação das normas-regras o método é o da subsunção, que exige uma técnica rígida e exclusiva.

Já no Novo Constitucionalismo, para a aplicação das normas-princípios, o método é da ponderação, que é flexível, visando uma solução mais justa.

No método da subsunção, utilizado pelo Constitucionalismo Tradicional, embora seja possível a utilização das normas-princípios como fundamento da decisão, o aplicador fica atrelado à rigidez das normas-regras: se a regra for válida, será aplicada, caso contrário, não se aplica nem regra nem princípio, ou seja, o caso concreto fica sem solução.

No método da ponderação, utilizada no *neoconstitucionalismo*, as normas-princípios são utilizadas com preponderância sempre que puderem servir como fundamento à decisão. O juiz ponderará os princípios cabíveis à situação concreta e os aplicará com vistas à maior adequação e o melhor resultado possível, assim, o caso concreto terá sempre uma

solução em conformidade com os valores defendidos pelo ordenamento jurídico, ainda que esta solução seja de forma parcial. Trata-se do sistema de pesos.

3 - QUANTO À FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

No Sistema Tradicional, as normas-regras constitucionais somente possuem força normativa quando complementadas pelo legislador, visto que são destituídas de imperatividade, isto é, sem possuírem aplicabilidade imediata.

No Constitucionalismo Democrático, é reconhecida a força normativa da Constituição, sobretudo das normas-princípios, de maneira que a sua aplicação será eficaz e imediata, sem a necessidade da iniciativa de complementação pelo legislador.

4- QUANTO À ANÁLISE DAS QUESTÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

No Constitucionalismo Clássico, as razões fáticas e jurídicas do caso concreto são analisadas, porém de forma rígida, geral e abstrata, mesmo com base nos princípios norteadores como a proporcionalidade, razoabilidade, etc. O intérprete somente pode deixar de aplicar a regra geral para aplicar a norma particularizada quando o caso concreto for extraordinário, ou seja, excepcionalmente.

No Novo Constitucionalismo, as questões fáticas e jurídicas do caso concreto são ponderadas à luz dos valores constitucionais, sobretudo dos princípios da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade ou proporcionalidade, num exame individual e concreto, de maneira particularizada.

5 - QUANTO À AMPLITUDE

No Constitucionalismo Clássico, os direitos fundamentais são irradiados aos demais ramos do Direito somente por iniciativa do legislador.

No Novo Constitucionalismo, os direitos fundamentais são irradiados a todos os ramos do Direito, independentemente de iniciativa do legislador.

6 - QUANTO À FUNÇÃO DO JUIZ

No Constitucionalismo Clássico, o Judiciário age numa função de conhecimento estritamente técnica, apenas revela a vontade da legislação, apresentando a solução da própria regra-norma.

No Novo Constitucionalismo, o juiz passa a participar do processo de criação do Direito, soma com o trabalho do legislador, cria a norma dando a melhor solução ao caso concreto, é a chamada *decisão criativa judicial*. Na verdade, ao invés de ficar restrito a uma interpretação literal de textos, passa a contar com uma interpretação abrangente no sentido de utilizar-se de todos os valores contidos na Constituição.

7 - QUANTO AOS PRINCÍPIOS MORAIS

No Constitucionalismo Clássico adota-se o formalismo excessivo, vez que os princípios morais defendidos pelos “jusnaturalistas” foram afastados pelos “positivistas” em nome da segurança jurídica.

No Novo Constitucionalismo, os princípios morais são resgatados numa busca pela efetividade da Constituição e pela ordem jurídica justa, combatendo o radicalismo e a formalidade excessiva, há uma flexibilidade limitada.

8 - QUANTO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No Constitucionalismo Clássico, as normas-regras são aplicadas sem considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como primazia, apenas são aplicadas.

No Novo Constitucionalismo, o princípio da dignidade da pessoa humana é usado com primazia, são ressaltados os fundamentos de justiça, de liberdade e de paz,

inclusive, em caso de conflitos entre normas-princípios, o aludido princípio deve ser preponderante aos demais, tanto que foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Outros princípios também são valorizados: o da razoabilidade ou proporcionalidade, advindos do devido processo legal, bem como os princípios da liberdade, igualdade, efetividade, segurança jurídica, razoável duração do processo, dentre outros.

9 - QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

No Constitucionalismo Clássico, a fundamentação para as decisões será basicamente atrelada aos textos legais legislados e jurisprudências na sua literalidade, o julgador aplica a norma-regra na sua íntegra.

No Novo Constitucionalismo, além da doutrina, dos textos legislados e das jurisprudências, a técnica da argumentação é utilizada para fundamentar as decisões, significa dizer que a decisão deverá demonstrar, de forma transparente, os motivos pelos quais aquela solução é a melhor possível no caso concreto, além dessas razões estarem pautadas nos valores contidos no ordenamento jurídico.

10 - QUANTO À DEMOCRACIA

No Estado Democrático de Direito, a democracia apresenta-se com sentido formal, de forma que a Carta Magna impõe limitação formal ao Legislativo, como o respeito à vontade e participação do povo, direitos básicos assegurados, etc.

No Estado Constitucional de Direito, o conceito de democracia toma caráter material, de maneira que a Lei Fundamental impõe ao Legislador limitação material, isto é, não é suficiente apenas assegurar os direitos básicos a todos, mas deve também assegurar os direitos das minorias.

11 - QUANTO À FASE

No Constitucionalismo tradicional, vive-se a fase moderna do Direito Constitucional.

No Novo Constitucionalismo, estamos na fase contemporânea de Direito Constitucional.

CAPÍTULO IV PRINCIPAIS TRANSFORMAÇÕES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Vale lembrar os ensinamentos do eterno jurista Miguel Reale, que demonstram que o Direito é dinâmico e acompanha a sociedade. Nas palavras da autora Bruna Souza:

A história da humanidade prova que as sociedades não têm caráter estático. A idéia de desenvolvimento traz em si a concepção de processo evolutivo, logo pensar na evolução da humanidade implica necessariamente em compreender as transformações sociais inerentes ao referido processo. Da mesma forma, pensar em uma sociedade sem Direito é inconcebível tendo em vista que o agrupamento social só é possível quando existente um elo que submeta todos às mesmas regras de convivência²²⁷.

As transformações foram grandes, e grandes também foram as proporções tomadas pelas mesmas, na medida em que a Constituição passa a ocupar novas dimensões sob a influência dos fenômenos do constitucionalismo e, principalmente, pelo novo constitucionalismo.

Podemos citar, resumidamente, o equivalente a um “alfabeto” com as mudanças verificadas, atribuindo destaque aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Supremacia da Constituição e da Duração Razoável do Tempo Processual, senão, vejamos:

A) SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No momento em que o indivíduo começa a lutar pela limitação do poder do Estado surge a história do Constitucionalismo, fase dividida pela doutrina em quatro períodos: Antigo, Clássico, Moderno e Contemporâneo.

Podemos resumir em três fases: a pré-modernidade ou período clássico ou liberal, a modernidade ou o constitucionalismo social, por último, a pós-modernidade ou constitucionalismo neoliberal ou, ainda, pós-positivista.

²²⁷ SOUZA, Bruna Neubern de. **O caráter dinâmico do Direito**. 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://bneubern.blogspot.com/2009/07/o-carater-dinamico-do-direito.html>>. Acesso em: 11 ago. 17h29.

O período *Clássico, Liberal ou a fase pré-moderna* o Estado disciplina os direitos de primeira geração, isto é, os civis e políticos, os quais envolvem os assuntos atinentes à liberdade e propriedade, assumindo as questões individuais sem intervir no âmbito econômico ou social; o período é marcado pelo surgimento das Constituições Americana (1787) e Francesa (1791), primeiras Cartas Políticas escritas, daí a supremacia constitucional; dá-se a separação dos poderes; tem-se o nascimento do Estado de Direito representando o império da Lei em contraposição ao Estado de Polícia que representava o *absolutismo*.

O Estado *Moderno, Social ou a fase da modernidade* surge no final da primeira guerra mundial (1918); traduz uma evolução do Estado Liberal que, além da preocupação com os direitos de primeira geração, há também a proteção dos direitos de segunda geração, isto é, os econômicos, sociais e culturais, de forma que o Estado passa a intervir no campo econômico, social e laboral; há papel decisivo na produção e distribuição de bens; visa garantir um mínimo de bem estar; estabelece um grande convênio global de estabilidade econômica; mantém a sua adesão ao *capitalismo*.

O *Período Contemporâneo ou fase neoliberal ou, ainda, pós-positivista* ou *Estado Constitucional de Direito* surge no final da segunda guerra mundial (1945); em face da normatividade reconhecida à Constituição, decorrente da busca pela efetividade da Carta Magna, há o reconhecimento da necessidade de uma prestação jurisdicional eficaz, eficiente, de resultado; verifica-se a centralidade da Lei Fundamental, e, conseqüentemente, os códigos e a legislação infraconstitucional saem do núcleo central do sistema jurídico, os ramos do Direito devem estar em consonância com a Lei Maior; decorre a *aproximação do Direito Constitucional ao Direito Ordinário*²²⁸, *verifica-se a diminuição da dualidade entre Direito Público e Direito Privado*²²⁹. As Constituições passaram a ser dotadas de meios de proteção para os direitos e garantias fundamentais; atribui-se a força normativa aos princípios; o juiz passa a proferir a decisão criativa dando solução ao caso concreto através do método da ponderação e da técnica da argumentação jurídica, daí o ativismo judicial; percebe-se que a norma não possui apenas um sentido, mas sim vários, podendo atender às

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010, 15h.

²²⁹ *Idem, ibidem*.

inúmeras hipóteses de necessidades apresentadas ao Judiciário; ressaltam-se os direitos da terceira geração os quais gravitam em torno da dignidade humana, fraternidade, igualdade, solidariedade, como a paz, o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio público, dentre outros. Daí o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, da proteção às pessoas portadoras de deficiência, etc. Nasce também os direitos de quarta geração, isto é, os que dizem respeito à democracia, à informação, ao pluralismo, enfim, tem-se a proteção dos direitos coletivos e difusos; verifica-se a *tutela das massas*²³⁰; difunde-se o **pensamento pós-positivista** o qual une o Direito à moral, à ética, à justiça, **valoriza, ao mesmo tempo, o sentimento de Justiça dos Jusnaturalistas e a Segurança Jurídica do Positivismo**. Resumidamente, surge o *neoconstitucionalismo*.

A tendência do Constitucionalismo do futuro, conforme defendem vários doutrinadores, entre eles o argentino José Roberto Dromi, citado por RESENDES²³¹, será constituída por doses de concepções do positivismo e do pós-positivismo, de forma a combater o formalismo do constitucionalismo moderno e os excessos do *neoconstitucionalismo*.

Acontece que, sob a égide do Constitucionalismo tradicional, a nova forma de organização política passa a ser a democracia, onde surge o Estado Democrático de Direito, tendo como uma das características a participação do povo na vida política, a exemplo do plebiscito, referendo, etc. Entretanto, a Carta Magna de 1988, a qual é composta de *regras e princípios*, continua sem efetividade; suas normas não possuem força normativa para serem impostas quando forem desobedecidas; não podem ser aplicadas imediatamente, ficando o juiz na dependência da iniciativa do legislador; os princípios somente possuem a função de preencher lacunas, enfim, a Constituição Federal de 1988 é comparada a um “enfeite oficial”, sem a efetividade necessária.

²³⁰ GOUVÊA FREITAS, Edmundo. **Direito processual coletivo**: pela efetividade da tutela de massa. Revista Eletrônica Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 91, 01 ago. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10132>. Acesso em 08 ago. 2011, 15h.

²³¹ RESENDES, José Antonio de. **A concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito)**. 197f. Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM. Marília/SP: 2010. Disponível em: <http://www.fundanet.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_D_O_PRINC%C3%8DPIO_CONSTITUCIONAL_DA_EFICI%C3%8ANCIA__1188_pt.pdf>. Acesso em 22 ago. 2011, 14h12.

Somente com o novo constitucionalismo, denominado *neoconstitucionalismo*, é reconhecida a força normativa da nossa Lei Maior, bem como a normatização dos princípios jurídicos, o que significa dizer: as normas constitucionais, sobretudo os princípios, são dotadas da força normativa, força capaz de impor os seus mandamentos e, de forma irradiada, transmitir os direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico pátrio.

Sob o manto das teorias *neoconstitucionalistas* há uma *mudança de pensamento, de postura, de mentalidade*²³², enfim, de cultura, uma vez que é encontrado como principal valor a dignidade da pessoa humana, por isso, amplia o acesso à Justiça e à busca de uma Justiça justa, pela efetividade constitucional.

Apesar de parte dos doutrinadores renomados apresentarem a visão crítica sobre a nova forma de interpretar a Constituição, os Poderes Públicos, através dos seus atos, cada vez mais atestam a influência da nova dogmática no Estado brasileiro, a exemplo dos últimos e polêmicos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao relativizar a coisa julgada, sob o argumento de que uma vez ponderados os princípios, reconhece o da dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo, o caso das marchas pela legalização da maconha e vários julgamentos como veremos a seguir. Se assim não o fosse, o sistema jurídico quedar-se-ia distante da realidade, lesando o cidadão e tornando sem resultados práticos um dos objetivos da Lei Ápice, que é a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (Artigo 3º, I, Constituição Federal de 1988).

*A Constituição Federal de 1988 foi responsável pela ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais*²³³.

A concepção de um Estado voltado ao bem-estar social – instituída pelo Estado Democrático e Social de Direito – amplia a instituição constitucional dos direitos fundamentais, como também as suas probabilidades de pedidos, daí a mudança de paradigma.

²³² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 170

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011, 19h34.

B) FALÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO²³⁴

O *positivismo* é o pensamento filosófico responsável pela derrota do *jusnaturalismo*, sob o argumento de que as teorias naturalistas que defendiam os valores de justiça, como a ética, o bem, a moral, igualdade, dignidade, honestidade, boa-fé, justiça, dentre outras, eram teorias sem comprovação, isto é, *anticientíficas*.

O *jusnaturalismo* consagra ideias naturais pelo fato de considerar como pensamento justo o que emana da natureza humana, o que advém de vontade divina. As teorias naturalistas decorrem de cunho religioso e, de grande influência, foram os ensinamentos de *São Tomás de Aquino* sobre o Direito Natural. Pelos valores éticos, morais, de justiça, verdade, liberdade, igualdade, dentre outros, a visão *jusnaturalista*, por ser idealista, é também subjetiva e metafísica, defende que o ordenamento das relações humanas é mais puro e justo porque advém da natureza, da razão humana, ou, ainda, da vontade de Deus, de forma que *Locke, Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau*²³⁵, se baseiam nas noções de que os direitos do indivíduo são naturais e que, no estado de natureza, todos os homens são titulares de todos os direitos. Aqui se defende que todos os seres humanos devem ser livres e iguais entre si somente pelo fato de haverem nascido, e assim, não se concorda com a teoria *positivista* por se considerar a norma um instrumento dos mais injustos. Pela característica anticientífica, o *jusnaturalismo* cedeu lugar para a cultura cientificamente comprovada, a com pensamento realista, isto é, o *positivismo*.

A cultura *positivista* é entendida como uma reação à metafísica, uma vez que leva em consideração, no âmbito jurídico, somente uma ordem jurídica positivada, apenas o ordenamento jurídico posto tem valor.

Para o ilustre doutrinador Norberto Bobbio,

O Positivismo Jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio. Por obra do Positivismo Jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo

²³⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 245.

²³⁵ Disponível em: <http://www.prelaziasaofelixdoaraguaia.org.br/direitos_humanos.htm>. Acesso em: 22 jun. 2011, 00h23.

“positivo” ao termo “direito” torna-se um pleonasmo porque, se quisermos usar uma fórmula sintética, o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo²³⁶.

Com poder de síntese, o nobre professor Honório de Medeiros resume o pensamento acima, externado pelo eminente Norberto Bobbio: *o positivismo jurídico é aquela doutrina, segundo a qual, não existe outro direito senão o positivo*²³⁷.

Assim, o pensamento positivista prende-se ao raciocínio comprovado através de “verdades científicas”, e no tocante à interpretação da norma jurídica através de um silogismo jurídico, isto é, a essência da formalidade.

Para BOBBIO, citado por MEDEIROS (2009, p.115):

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como *fato*, não como *valor*²³⁸.

No dizer do insigne MARINONI²³⁹:

O positivismo Jurídico nada mais é do que tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação.

Pois, se era possível realizar experimentos baseados em procedimentos lógicos até a conclusão, seja verdadeira ou falsa, da alegação, supôs-se então que a tarefa do jurista também poderia seguir a mesma lógica.

Citando Eugênio Bulygin, continua o referido mestre: *enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar*²⁴⁰.

A cultura *positivista* defende, em nome da segurança jurídica, o princípio da legalidade com todo o rigor da legalidade estrita, de forma que não reconhece a normatividade dos princípios e as regras são aplicadas de maneira rígida, como vimos, pelo método da subsunção. A teoria positivista defende que a lei é o próprio Direito porque

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. Márcio Pugliesi; Edson Biri; Carlos E. Rodrigues (trad.). São Paulo: Ícone, 2006.

²³⁷ MEDEIROS, Honório de. **Justiça versus Segurança Jurídica e outros fragmentos**. Natal: Sarau das Letras, 2009, p.58.

²³⁸ *Idem, Ibidem*, p. 115.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo. 5. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31-32.

²⁴⁰ *Idem, ibidem*, pág. 36.

representa a vontade do povo, de maneira que o Poder Legislativo cria as normas gerais e o Poder Judiciário as aplica.

Afigura-se, portanto, o formalismo excessivo da legalidade, principalmente na aplicação rígida das regras, permitindo decisões judiciais injustas desde que legais, contanto que esteja presente a teoria do Direito positivo.

A falência do positivismo se dá com o surgimento da cultura pós-positivista, denominada também *neoconstitucionalismo*.

C) SURGIMENTO DA CULTURA PÓS-POSITIVISTA

O pensamento *pós-positivista* é o responsável pela falência do *positivismo* visto o silogismo tradicional não atender as necessidades do *cidadão-jurisdicionado*, e pelo surgimento do *neoconstitucionalismo*. A crise contra o pensamento *positivista* se agravou uma vez que foi sob a égide do *positivismo* que se registraram as maiores barbaridades da história da humanidade: *o nazismo e o fascismo*²⁴¹.

Os *pós-positivistas* resgatam ideais *jusnaturalistas* quando *almejam não somente uma ordem jurídica, mas uma ordem jurídica justa*²⁴². Ao mesmo tempo, valorizam a segurança jurídica do *positivismo* quando submetem a decisão judicial à teoria da argumentação. Vislumbramos, então, uma mescla entre valores do *jusnaturalismo* e valores do *positivismo*.

Além do exacerbado formalismo, outro fator que contribui para a queda da dogmática *positivista* consiste na *crise da democracia*²⁴³, onde ficou demonstrado que, muitas vezes, a lei é fruto de negociações legislativas e não, obrigatoriamente, da vontade popular, comprovando-se, dessa forma, a não identificação da lei com o Direito, pensamento defendido pela interpretação legalista. *Não prepondera mais a vontade geral e sim a vontade política, isto é, a vontade do grupo mais forte*²⁴⁴, fato este que compromete

²⁴¹BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

²⁴² *Idem, ibidem*.

²⁴³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 240.

²⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

ainda mais a credibilidade quando a lei reza que “todos são iguais perante a lei”, enquanto na realidade prática esta afirmação é uma inverdade.

O *pós-positivismo* retrata o pensamento contemporâneo dos dias atuais, onde o juiz deve interpretar a lei a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, pois a lei passa a ser subordinada aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais²⁴⁵.

Assim ensina o ilustre Rodrigo Ribeiro Romano: *o movimento Pós-Positivista, resultado de importantes indagações e críticas, preocupou-se por aliar as perspectivas Positivistas, conceitos como ordenamento jurídico positivo, por exemplo, as ideias de justiça à legitimidade normativa*²⁴⁶.

A cultura *pós-positivista* constitui o objeto do presente estudo, o *neoconstitucionalismo*.

D) CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A FILOSOFIA²⁴⁷, O ENTRELACE ENTRE O DIREITO E A MORAL²⁴⁸, ENTRE O DIREITO E A ÉTICA²⁴⁹

A nova interpretação constitucional traz em seu bojo os sentimentos de Justiça, buscando, sobretudo, uma Justiça justa, portanto, Justiça justa é aquela impregnada da verdade real do bem, da ética, da moral, expressões denominadas pela doutrina como *filhas do jusnaturalismo*, daí as novas teorias se aproximarem da moral, da ética e da filosofia.

Configuram-se os conceitos, as diferenças, e a eterna discussão jurídica sobre a moral e o Direito, a ética e o Direito e a filosofia e o Direito.

²⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 46-47.

²⁴⁶ ROMANO, Rodrigo Ribeiro. A contribuição hermenêutica de Schleiermacher: um ensaio epistemológico positivista ante a transgressão hermenêutica constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 437.

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 05 nov. 2010, 18h54.

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010, 15h.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*.

Vimos que o positivismo considera os fundamentos jusnaturalistas abstratos e metafísicos e, por isso, surge a separação entre os mundos Ético e Jurídico. Não obstante, o constitucionalismo moderno, numa visão pós-positivista, tenta unir os institutos do Direito à Ética e do Direito à Moral, visto que esses conceitos trazem em suas essências os princípios e valores perquiridos pelas sociedades.

Apesar de as concepções expressarem significados distintos entre as mesmas, muito se entrelaçam entre si, há determinados momentos e hipóteses onde uma expressão poderá sem maiores constrangimentos ser usada no sentido da outra, principalmente, moral e ética, às quais daremos uma maior ênfase.

D.1 – FILOSOFIA

O primeiro pensador a pronunciar a palavra filosofia foi Pitágoras de Samos, e desde então os filósofos procuram definir o que vem a ser filosofia. Entretanto, o termo etimológico “Philosophia” origina-se do grego, e “philos” ou “filo” significa “amigo”, enquanto “sophón” ou “sofia” o “saber”, resultando “amigo do saber”. Os professores apresentam os conceitos tradicionais²⁵⁰, como:

Filosofia é razão: o Filósofo é a razão em movimento na busca de si mesma. A Filosofia surge na Grécia Arcaica, na passagem das explicações míticas-religiosas para as explicações racionais-filosóficas, sobre questões inerentes ao ser e ao mundo. A ideia da Filosofia como razão consolidou-se na afirmação de Aristóteles: “o homem é um animal racional”.

Filosofia é Paixão: o Filósofo antes de tudo é um amante da sabedoria. Toda atitude humana inicialmente é passional. O que move o mundo não é a razão, mas a paixão. “O coração tem razões que a própria razão desconhece” (PASCAL).

Filosofia é Mito: o Filósofo é um mítico em busca da verdade velada. Só pensamos naquilo que cremos, e só cremos naquilo que queremos. O mito para a Filosofia é vital, pois cria ícones possíveis do mundo das idéias. “Há mais mistérios entre os céus e a terra do que pressupõe a vossa vã Filosofia (WILLIAM SHAKESPEARE)”.

A filosofia é a ciência que *busca o conhecimento com o escopo de descobrir a verdade sobre a essência das pessoas*²⁵¹, das coisas, do universo; *traduz-se na busca pela*

²⁵⁰ROSAS, Vanderlei de Barros. **Afinal, o que é a filosofia?** Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/vanderlei21.htm>>. Acesso em: 19 jun. 2011, 23h52.

²⁵¹ MEDEIROS, Honório de. **Justiça versus Segurança Jurídica e outros fragmentos**. Natal: Sarau das Letras, 2009, p. 165.

*verdade*²⁵². Na filosofia se *investiga, indaga, questiona, compara-se até que se acenda a luz da verdade*²⁵³. Num conceito sintético, podemos afirmar que a filosofia consiste *numa atitude que busca compreender, explicar, um determinado objeto. O olhar de um filósofo é um olhar investigador, ele busca desvendar o que está oculto pelos véus da aparência*²⁵⁴.

A filosofia do Direito, por exemplo, pesquisa no sentido de saber o que é o Direito enquanto o Direito é a ciência que estuda as relações jurídicas com o objetivo de tornar viável a vida em sociedade.

O autor João Maurício Adeodato ensina:

Quando Eduardo Garcia Maynez diz, por exemplo, que “o direito é a relação imperativa e atributiva da conduta que incide sobre a experiência jurídica realizando valores”, necessita, logicamente, redefinir todos os conceitos que utiliza. O conceito de direito será melhor compreendido pelo esclarecimento de seus aspectos ontológicos, ao lado das condições de possibilidade de sua existência enquanto objeto de conhecimento²⁵⁵.

D.2 – ÉTICA

Atualmente todos os países e seres humanos possuem noções do que vem a ser “bem e mal”, “certo e errado”, embora pela subjetividade dos termos seja de difícil aplicação prática. Quem de nós, ainda hoje, diante de um contexto generalizado de situações complexas, poderá afirmar o que é certo, errado, bem ou mal? Desde os primórdios aos nossos dias, a ética é um conceito que sempre existe nas sociedades. Entretanto, há muitas dúvidas, como, por exemplo, seria a ética um princípio que na política pratica o jogo do vale tudo, como muitos pretendem afirmar?

*Etimologicamente, a palavra ética vem também do grego "ethos", e tem seu correlato no latim "morale", com o mesmo significado: caráter, conduta*²⁵⁶, o modo de ser de

²⁵² *Idem, ibidem.*

²⁵³ *Idem, ibidem*, p. 167.

²⁵⁴ *Idem, ibidem*, p.163-167.

²⁵⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p.25.

²⁵⁶ Disponível em: <xa.yimg.com/kq/groups/24037207/578732311/name/Etica.doc>. Acesso em: 22 ago. 2011, 16h38.

um indivíduo. Muitos autores concluem que semanticamente *ética e moral são palavras sinônimas*²⁵⁷.

Ética é um corolário de princípios morais os quais orientam o comportamento social do ser humano. A ética proporciona aos indivíduos viverem harmoniosamente numa sociedade, visto que a boa conduta, uma vez praticada por todos, evita que alguns sejam prejudicados ou beneficiados em detrimento de outros, sobretudo no campo profissional. Apesar de não se confundir com o Direito, a ética ajuda a se conviver bem em sociedade.

Vários são os conceitos anunciados pelos doutrinadores:

É a parte da Filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana. É a ciência normativa que serve de base à filosofia prática²⁵⁸.

É um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. A ética serve para que haja um equilíbrio e bom funcionamento social, possibilitando que ninguém saia prejudicado. Neste sentido, a ética, embora não possa ser confundida com as leis, está relacionada com o sentimento de justiça social²⁵⁹.

É o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto²⁶⁰.

É a parte da Filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana; é o conjunto de princípios morais que devem ser respeitados no exercício de uma profissão²⁶¹.

No âmbito profissional, a ética toma grandes proporções, sendo largamente utilizada em diversos segmentos como a área jurídica, médica, esportiva, jornalística, empresarial, educacional, dentre outras. Cada profissão escolhe suas regras e princípios éticos e forma o seu próprio código de ética, a exemplo do Código de Ética do Advogado, do médico, etc.

Dessa forma,

Cada sociedade e cada grupo possuem seus próprios códigos de ética. Num país, por exemplo, sacrificar animais para pesquisa científica pode ser ético. Em outro país, esta atitude pode desrespeitar os princípios éticos estabelecidos.

²⁵⁷ *Idem, ibidem.*

²⁵⁸ Disponível em: <<http://www.acessonews.com/blog/2511/o-que-e-etica/>>. Acesso em: 20 jun. 2011, 00h45.

²⁵⁹ Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/o_que_e/etica_conceito.htm>. Acesso em: 20 jun. 2011, 01h20.

²⁶⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, 2.120 p.

²⁶¹ MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2008, 951 p.

Aproveitando o exemplo, a ética na área de pesquisas biológicas é denominada bioética²⁶².

Vejamos as lições do mestre Ives Gandra Martins²⁶³:

Distinguir a Ética do Direito tem sido uma das tarefas mais complexas com que a ciência humana tem se defrontado. (...) O Direito nem sempre tem preocupações éticas. (...) Direito e ética não se confundem, tendo cada uma dessas ciências um objeto próprio de estudo, mas isso não significa dizer que não existe uma aproximação entre ambos.

Assim, apreende-se das lições do renomado mestre que o Direito rege o comportamento exterior, é uma ordem mais sofisticada porque dispõe de um instrumento para sua aplicação, que é a coercibilidade, ou seja, a imposição de uma medida de força. Nas normas jurídicas há juízos de valor aos quais se relacionam uma sanção coercitiva e que só passam a ganhar eficácia, na verdade, porque vêm seguidos da noção de que existe um dever de obediência. Pela sanção, garante-se a conduta.

Em contraponto,

A ética almeja procurar normas que tornem mais harmoniosa a convivência entre os homens. Um homem ético não é apenas aquele que obedece as normas. No caso do homicídio, por exemplo, um homem não mata simplesmente porque está proibido pelo Código Penal. Há um princípio maior que deve ser obedecido, que é o direito à vida. Tem-se por homem ético um homem que tenha um comportamento justo e correto, mesmo em situações em que ele não esteja guiado pelo Direito. Honestidade, integridade e justiça são valores que transcendem o Direito. A sociedade valoriza a honestidade da pessoa cumpridora de sua palavra. Estas e outras virtudes éticas são altamente enaltecidas pela sociedade²⁶⁴.

D.3 – MORAL

De acordo com Adolfo Sánchez Vázquez, a *moral é um conjunto de normas, aceitas livre e conscientemente, que regulam o comportamento individual e social dos homens*²⁶⁵.

²⁶² Disponível em <http://www.suapesquisa.com/o_que_e/etica_conceito.htm>. Acesso em 20 jun. 2011, 00h45.

²⁶³ MARTINS, Ives Gandra. *Ética no Direito e na Economia*. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 219-223.

²⁶⁴ Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/40054550/2-APOSTILA-ETICA-2008atualizadualuno>>. Acesso em 22 ago. 2011, 17h30.

²⁶⁵ VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. João Dell'Anna (trad.). 31 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 63.

Dentre as principais diferenças entre Direito e Moral destacadas pelo ilustre referido autor, podemos citar as *seguintes*²⁶⁶:

1. As normas morais se cumprem através da convicção íntima dos indivíduos e, portanto, exigem uma adesão interna a tais normas. O agente moral deve fazer as suas ou interiorizar as normas que deve cumprir. As normas jurídicas não exigem esta convicção íntima ou adesão interna. O sujeito deve cumprir a norma jurídica, ainda que não esteja convencido de que é justa e, por conseguinte, ainda que não adira intimamente a ela. O importante, no caso, é que a norma se cumpra, seja qual for a atitude do sujeito com respeito ao seu cumprimento.
2. A coação se exerce de forma diferente na moral e no direito: é fundamentalmente interna na primeira e externa no segundo. O cumprimento dos preceitos morais é garantido, antes de tudo, pela convicção interna de que devem ser cumpridos. (...) Nada nem ninguém pode nos obrigar internamente a cumprir a norma moral. O cumprimento das normas morais não é garantido por um dispositivo exterior coercitivo que possa prescindir da vontade. Já o direito exige esse dispositivo, ou seja, um organismo estatal que imponha a observância da norma jurídica ou de obrigar o sujeito a comportar-se de certa maneira. (...)
3. As normas morais não se encontram codificadas formal e oficialmente, já as normas jurídicas possuem essa expressão formal e oficial em forma de códigos, leis e diversos atos do Estado.
4. A moral atinge todos os tipos de relações entre os homens e suas várias formas de comportamento. O direito regulamenta as relações humanas mais vitais para o Estado, para as classes dominantes ou para a sociedade em seu conjunto.
5. A moral manifesta-se historicamente desde que o homem existe como ser social. A moral não exige a coação estatal e por isso pode existir antes da organização do estado. Ao contrário, o direito liga-se ao aparecimento do Estado, pois depende necessariamente de um dispositivo coercitivo externo de natureza estatal.
6. A moral não depende necessariamente do Estado, por isso pode-se verificar em uma mesma sociedade uma moral que se harmoniza com o poder estatal vigente e uma moral divergente do mesmo. Já o direito depende necessariamente do Estado, desse modo, existe somente um direito ou sistema jurídico único para toda a sociedade, ainda que este direito não conte com o apoio moral de todos.
7. Os campos do direito e da moral, assim como a sua relação mútua, possuem um caráter histórico. A esfera moral se amplia à custa do direito, à medida que os homens observam as regras fundamentais da convivência voluntariamente, sem necessidade de coação. Esta ampliação da esfera moral com a conseqüente redução do direito é, por sua vez, índice de um progresso social. (...) Quando as relações com os demais indivíduos são reguladas não sob a ameaça de uma pena, mas pela íntima convicção de que se deve agir assim, pode-se afirmar que nos encontramos diante de uma forma de comportamento moral mais elevada.

Por último apresentamos algumas diferenças entre *Ética e Moral*²⁶⁷:

1. Ética é princípio, moral são aspectos de condutas específicas;
2. Ética é permanente, moral é temporal;
3. Ética é universal, moral é cultural;
4. Ética é regra, moral é conduta da regra;
5. Ética é teoria, moral é prática.

²⁶⁶ Idem, ibidem, p. 98-100.

²⁶⁷ Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/vanderlei18.htm>>. Acesso em 20 jun. 2011, 00h45.

E) PASSAGEM DO MODELO DE *ESTADO LEGISLATIVO, LIBERAL OU LEGALISTA*²⁶⁸ PARA O MODELO DE *ESTADO CONSTITUCIONAL OU SOCIAL*²⁶⁹

O Direito Constitucional passa da sua fase moderna para a contemporânea.

Passa-se *do modelo de Estado Democrático de Direito ao modelo do Estado Constitucional de Direito*, do *Estado fundado na Lei* para o *Estado fundado na Constituição*²⁷⁰, para o *Estado Constitucional e Democrático de Direito*²⁷¹.

O Estado Democrático de Direito impõe que o Estado procure a participação do povo e o *Estado Constitucional de Direito, além da imposição de o Estado buscar a participação do povo*, impõe também a inclusão das minorias, é a *consagração dos direitos fundamentais*²⁷², a *implementação do Direito Social*²⁷³.

Quando se dá a mudança do modelo legalista para o modelo constitucional, o núcleo central do sistema jurídico, que cabia à lei, passa a pertencer à Constituição Federal. A legislação infraconstitucional começa a *circular na órbita dos direitos fundamentais e não o contrário*²⁷⁴, isto é, *não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais*²⁷⁵; então, todos os códigos, leis e ramos do Direito passam a ser interpretados à luz da Constituição, não devendo confrontar-se com a Lei Fundamental, sob pena de ser invalidada.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42-48.

²⁶⁹ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 2. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

²⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocesso**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

²⁷¹ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 29. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

²⁷² DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocesso**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

²⁷³ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 10. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

²⁷⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. V. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 50.

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 141.

Em termos práticos, observa-se que no Estado contemporâneo, que se caracteriza num Estado Social e Democrático de Direito, o acesso à justiça passa a ser a efetiva prestação jurisdicional, não se conforma apenas com a análise judicial do objeto em discussão, de forma que a demora judicial, seja em análise de mérito, seja por questões processuais, significa a própria negação do acesso à justiça.

F) AFIGURA-SE A CONSAGRAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS²⁷⁶

Lição comezinha no estudo do Direito é a distinção existente entre direitos humanos e direitos fundamentais. Sob o aspecto jurídico, direitos humanos dizem respeito aos nossos direitos enquanto seres humanos, como a liberdade, a igualdade, dentre outros. Todos nós somos dignos da igualdade. Os direitos fundamentais são os direitos humanos que ao longo do tempo foram cristalizados e positivados pelo ente estatal, portanto, os direitos humanos são o gênero e os direitos fundamentais a espécie.

Note-se a distinção: os direitos humanos são tratados de forma quase universal, porque inerentes à pessoa humana, daí o motivo de os direitos humanos serem ressaltados nos tratados internacionais, a sua eficácia independe de qualquer previsão constitucional, enquanto os direitos fundamentais somente serão válidos uma vez positivados constitucionalmente.

Podemos exemplificar usando o termo “liberdade de pensamento e expressão”, que significa o direito humano da liberdade, positivado na Constituição Federal de 1988, por isso, denominado direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão, e muitos outros, como “igualdade perante a lei”, traduzindo o direito humano à igualdade, também positivado na Carta Fundamental. Portanto, direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão e à igualdade perante lei, ressalve-se, são entendidos por boa parte da doutrina como direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, no seu artigo primeiro, afirma: *todos os seres humanos nascem livres e iguais em*

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 140.

*dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*²⁷⁷.

Vários filósofos informam que a *origem dos direitos humanos se encontra na afirmação do cristianismo da dignidade moral do homem enquanto pessoa*²⁷⁸.

Interessante atentar para a classificação dos direitos humanos proposta pelo eminente Karel Vasak, na qual o Mestre equipara cada bandeira da Revolução Francesa a uma geração desses direitos. Senão, vejamos:

1. Liberdade: representa os direitos humanos de primeira geração, os quais pressupõem liberdade, por isso são os direitos civis, políticos e as liberdades clássicas;
2. Igualdade: corresponde aos direitos de segunda geração, os quais necessitam de igualdade, por isso são os econômicos, sociais e culturais;
3. Fraternidade: equivale aos direitos de terceira geração, os quais precisam de fraternidade, por isso são os de preservação do meio ambiente, qualidade de vida, progresso, paz, dentre outros difusos²⁷⁹.

Tal afirmativa confirma a classificação tradicional, isto é, num primeiro momento temos o direito à liberdade, num segundo os direitos políticos e no terceiro, os direitos sociais.

Dado a evolução tecnológica, surgem os direitos de quarta geração, como os *direitos de informação e biodireito*²⁸⁰.

Há entendimento que os *direitos de quarta geração são os direitos à autodeterminação, ao patrimônio comum da humanidade, a um ambiente saudável e sustentável, à paz e ao desenvolvimento*²⁸¹.

O eminente constitucionalista Paulo Bonavides assevera que *a paz consiste num direito de quinta geração pela visibilidade necessária*²⁸².

Inúmeros historiadores do direito ensinam que o momento mais importante da história dos Direitos Humanos se traduz através da Carta das Nações Unidas, assinada a 20 de junho de 1945, foi nela que os povos externaram a sua vontade:

em preservar as gerações futuras do flagelo da guerra;

²⁷⁷ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 21 jun. 2011, 15h33.

²⁷⁸ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos>. Acesso em: 21 jun. 2011, 15h33.

²⁷⁹ *Idem, ibidem.*

²⁸⁰ *Idem, ibidem.*

²⁸¹ GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 21 jun. 2011, 16h.

²⁸² Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos>. Acesso em: 21 jun. 2011, 15h33.

em proclamar a fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e valor da pessoa humana, na igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como das nações, grande e pequenas;
em promover o progresso social e instaurar melhores condições de vida numa maior liberdade²⁸³.

O marco histórico dos *primeiros registros doutrinários sobre Direitos Fundamentais é encontrado nos forais e nas cartas de franquia da Idade Média, onde constava indicação desses direitos*²⁸⁴.

O autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que,

Desde a Revolução de 1789 o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição²⁸⁵.

O pensamento iluminista Francês e a Independência Americana espelham os dois marcos do surgimento das liberdades políticas.

Certamente que as liberdades públicas têm hoje um âmbito muito mais abrangente que no fim do século XVIII, uma vez que numa dimensão geométrica são os desafios enfrentados durante os séculos XIX e XX, de forma que os direitos tradicionais, lógico, ainda existem, entretanto, são submetidos à condição de estarem em absoluta conformidade com os princípios constitucionais.

Assim, o autor Loacir Gschwendtner cita os ensinamentos do mestre Celso Ribeiro Bastos: *os direitos clássicos não desapareceram. Perderam, tão somente, o seu caráter absoluto para ganhar uma dimensão mais relativa surgida da imperiosidade de compatibilizar o direito com outros princípios constitucionais*²⁸⁶.

Então, o que vem a ser “Direitos Fundamentais”?

Citando os tradicionais autores Paulo Bonavides, Konrad Hesse, Carl Schmitt, Gomes Canotilho, Robert Alexy e Willis Santiago, o eminente Honório de Medeiros demonstra que existe quase um consenso no sentido de conceituar os Direitos

²⁸³ Disponível em: <http://www.prelaziasaofelixdoaraguaia.org.br/direitos_humanos.htm>. Acesso em: 22 jun. 2011, 00h23.

²⁸⁴ GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 22 jun. 2011, 23h41.

²⁸⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 288.

²⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro *apud* GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 22h06.

Fundamentais por serem estes *os direitos que a ordem constitucional vigente assim os qualifica*²⁸⁷.

Ora, se os direitos humanos originaram-se dos pensamentos naturalistas, se o direito fundamental traduz o direito do homem positivado, logo podemos concluir que os direitos fundamentais são expressões de conquistas do jusnaturalismo racionalista²⁸⁸.

Os princípios constitucionais fundamentais são aqueles impregnados de valores fundamentais da Ordem Jurídica e os Direitos Fundamentais encontram-se incluídos neles.

A doutrina apresenta *cinco teorias dos direitos fundamentais: I) a liberal; II) a democrático-funcional; III) a do Estado social; IV) a axiológica; V) a institucional*²⁸⁹.

Diversas são as *características dos Direitos Fundamentais*²⁹⁰:

1. Fundam-se na liberdade;
2. *Valem erga omnes*;
3. São universais, no sentido de que tocam a todos os homens, independentemente de suas nacionalidades ou das classes sociais e econômicas a que pertençam;
4. São negativos, pois exibem o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros;
5. Criam também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais;
6. Postulam garantias institucionais e processuais que provocam custos gerais para o Estado;
7. São plenamente justificáveis;
8. Independem de complementação legislativa, tendo eficácia imediata;
9. Positivam-se, entre outros, no art. 5º da CF/88, nas diversas constituições nacionais e na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948).

O eminente CANOTILHO, citado por GSCHWENDTNER, divide-os em direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos materialmente fundamentais:

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (...), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as

²⁸⁷ MEDEIROS, Honório de. **Justiça versus Segurança Jurídica e outros fragmentos**. Natal: Sarau das Letras, 2009, p.72-74.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p.74-87.

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 70.

²⁹⁰ FRANÇA, Vlademir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Novas tendências do Direito Constitucional**: em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 32.

normas que os reconhecem e os protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais²⁹¹.

O insigne jurista MARINONI ensina que os Direitos Fundamentais formais são os catalogados sob o Título II da Constituição Federal brasileira de 1988, embaixo da rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais”. Admite também a *existência de direitos fundamentais materiais que não são previstos nesse título e são fundamentais porque repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade*²⁹².

Quando a Constituição de 1988 afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, como aduz no §1º do seu artigo 5º, e quando os insere também na categoria de cláusulas pétreas no §4º do artigo 60, pretende *dotar os Direitos Fundamentais de dignidade e de uma proteção toda ímpar, uma vez que se tornam protegidos tanto do legislador ordinário como do próprio poder constituinte reformador*²⁹³.

Portanto, temos a consagração dos Direitos Fundamentais no momento em que são colocados como normas constitucionais passando para o ápice das fontes dos direitos.

Com maestria analisa o mestre Loacir Gschwendtner²⁹⁴:

Analisando-se o presente e o futuro dos direitos do homem, temos que o problema mais grave do nosso tempo com relação aos direitos do homem consiste não mais apenas em fundamentá-los, mas sim em protegê-los; de modo que, o problema não é filosófico, mas, num sentido mais amplo, político.

Pois bem! A Carta Magna impõe que os direitos e as garantias fundamentais sejam respeitados, protegidos e realizados prontamente. Não são mais “meras exortações” ou “recomendações políticas”, cujo respeito, proteção e realização podem ocorrer em algum momento futuro conforme os critérios de conveniência e oportunidade dos Poderes Públicos.

²⁹¹GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 22 jun. 2011, 23h41.

²⁹²MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68-69.

²⁹³SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2011, 19h34.

²⁹⁴GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 22 jun. 2011, 23h41.

Esse respeito, proteção e realização do conjunto dos direitos e garantias fundamentais não estão necessariamente condicionados à existência de lei, *visto que alguns desses direitos e garantias podem ser aplicados às relações privadas de forma direta e imediata, sem que haja a necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização*²⁹⁵.

A Constituição Federal de 1988 garante os Direitos Fundamentais de forma mais abrangente que as demais cartas, ao consagrar os “direitos e deveres individuais e coletivos” e, ainda, estabelecer um capítulo reservado aos direitos sociais. O artigo 5º assegura os direitos:

1. à liberdade: de locomoção, pensamento, reunião, associação, profissão, ação, liberdade sindical, direito de greve;
2. à segurança: os subjetivos em geral; em matéria penal, a presunção de inocência; do domicílio;
3. à propriedade, em geral: hereditária, artística, literária e científica²⁹⁶.

A Carta Fundamental é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que antes da consagração dos princípios fundamentais isso não se resolvia de forma muito simples, porque se dependia da iniciativa do legislador editar muitas vezes uma lei complementar, de forma que o juiz hoje poderá aplicar direta e imediatamente os direitos fundamentais, sem a necessidade de esperar pela vontade do Poder Legislativo.

Daniel Marques de Camargo ensina:

As normas constitucionais, cuja natureza jurídica configura-se como direito ou garantia fundamental, mesmo não estando descritas no rol do artigo 5º da Carta Magna, são imodificáveis (salvo em casos de ampliação do rol catalogado), pois serão inadmissíveis emendas tendentes a suprimi-las, total ou parcialmente, por se tratarem de cláusulas pétreas²⁹⁷.

No mesmo sentido, continua:

A conjugação dos princípios expostos tem como escopo atingir a plenitude institucional, jurídica, política e social da jurisdição e do processo, não como um fim em si mesmo, já que o formalismo exacerbado é uma deformação, mas sim como veículo para alcançar a efetiva justiça. Ambos devem ser respeitados e

²⁹⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 593.

²⁹⁶ GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>. Acesso em: 22 jun. 2011, 23h41.

²⁹⁷ CAMARGO, Daniel Marques de. **O poder constitucional de ação e a razoável duração do processo**. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3787/O-poder-constitucional-de-acao-e-a-razoavel-duracao-do-processo>. Acesso em: 23 jun. 2011, 19h26.

concretizados em harmonia com os demais princípios que norteiam o direito processual como um todo, especialmente os da imparcialidade do juiz, da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da persuasão racional do juiz, da motivação das decisões judiciais, da publicidade, da lealdade processual, da economia e da instrumentalidade das formas e do duplo grau de jurisdição²⁹⁸.

Os princípios constitucionais apresentados trazem, por conseguinte, um compromisso do Estado Social e Democrático de Direito para com o cidadão e jurisdicionado, a fim de dar maior efetividade à jurisdição e ao processo, em respeito ao direito/garantia fundamental de acesso à justiça, bem como para evitar às partes envolvidas prejuízos de ordem material devido à demora processual.

G) DÁ-SE A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: BUSCA-SE UMA JUSTIÇA JUSTA²⁹⁹

Definir o termo “justo” é tarefa das mais difíceis e complexas. Muitas são as lições deixadas pelos imortais filósofos Platão e Aristóteles. Sabemos, por exemplo, que o ideal de “justiça” para o mundo ocidental difere do que vem a ser “justiça” para o mundo oriental, de forma que o justo ou o injusto dependerá sempre dos valores culturais de cada povo.

O princípio da dignidade da pessoa humana vem, entretanto, como o *caminho das pedras* a ser seguido como fonte ideal de Justiça, reconhece como decisões justas as que protegerem a dignidade humana das partes envolvidas na relação jurídica, de forma que quanto mais a decisão proteger a dignidade humana, mais justa ela será. Por isso, a nova interpretação além de proporcionar um amplo acesso à Justiça, defende, sobretudo, as justas decisões, aquelas impregnadas de igualdade, de proporcionalidade, de razoabilidade, de efetividade, proporciona um amplo acesso à justiça.

A dignidade da pessoa humana passa a ser a luz a nortear as relações jurídicas³⁰⁰, na busca das decisões justas³⁰¹, onde a tutela jurisdicional seja prestada de

²⁹⁸ *Idem, ibidem.*

²⁹⁹ ALEXY Robert *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 145.

³⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

forma justa e a *apontar soluções que obedeçam aos princípios constitucionais do acesso à justiça e da efetividade*³⁰², de maneira que os direitos sejam tutelados com eficácia.

O princípio da dignidade humana *representa o centro de gravidade da ordem jurídica que legitima, condiciona e modela o direito positivado*³⁰³.

Os direitos sociais elencados nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal de 1988 são exigíveis do Estado-juiz como prestações positivas, por isso, estão intrínsecos com o princípio da dignidade humana, portanto, devem ser superprotegidos.

O mínimo de condição para um ser humano viver em sociedade é ter a sua dignidade respeitada, por isso devemos perceber que há milhares de pessoas vivendo à margem da nossa sociedade, onde a Constituição não as alcança, daí é forçoso que nós entendamos que, muitas vezes, as regras para essas pessoas são outras, uma vez que elas não possuem a garantia dos seus direitos à saúde, habitação, alimentação, educação, lazer, etc.

O ilustre Ivo Dantas aduz que *no novo constitucionalismo a pessoa assume a posição antes ocupada pelo Estado. Assim, por exemplo, o Direito Administrativo deixa de ser o Direito da Administração, para ser o Direito do Administrado*³⁰⁴.

O insigne Ricardo Lobo Torres³⁰⁵, citando Ingo Sarlet, deixa claro que,

O mínimo existencial está imbricado com a dignidade humana: I) a dignidade humana é princípio fundante assim dos direitos de defesa como dos direitos sociais a prestações; II) a dignidade humana se abre para o jogo de ponderação com outros princípios constitucionais diante de interesses emergentes.

Reconhece-se, assim, o entrelace jurídico entre os direitos sociais com a tão almejada dignidade humana, bem como se tem a dignidade da pessoa humana como

³⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 8, p. 145.

³⁰² FERREIRA, Rafael. **A efetividade processual e a sistemática executória no âmbito dos juizados especiais estaduais cíveis frente às reformas do CPC**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2739, 31 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18178>>. Acesso em: 15 jan. 2011, 13h45.

³⁰³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 212.

³⁰⁴ DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como paradigma e a teoria constitucional do processo. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

³⁰⁵ SARLET, Ingo *apud* TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas tendências do Direito Constitucional**. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011, p.42.

princípio *prima facie* em caso de colisão com outros princípios fundamentais. Outros princípios estão num patamar altíssimo, a exemplo do *da liberdade e igualdade*³⁰⁶.

O denominado *mínimo existencial* compõe quatro elementos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, os quais são: *educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça, de forma que o cidadão possui o direito subjetivo de exigir a prestação do Poder Judiciário*³⁰⁷.

Sobre acesso à justiça e efetividade, a autora Emanuela Ribas cita o mestre ARRUDA:

A tramitação dos processos em um tempo adequado é acima de tudo um direito de dignidade, que impõe o respeito às carências de qualquer pessoa obrigada (até mesmo involuntariamente!) a passar pelo incômodo de servir-se da Jurisdição para o resguardo de uma posição jurídica. Que o direito seja respeitado não só pela necessidade de dar eficácia à decisão, mas por uma questão humana de consideração pelas inquietações – inclusive emocionais, angústias mesmo – que a expectativa de uma ação judicial pendente provoca³⁰⁸.

Nos seus ensinamentos sobre acesso e efetividade jurisdicional, o insigne Alexandre Freitas Câmara utiliza a expressão “tutela jurisdicional adequada”:

(...) Ao direito que todos têm de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagens lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela jurisdicional adequada. (...) O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (aquilo que já se chamou de “direito de acesso aos tribunais”) tem como corolário o direito, por ele assegurado, à tutela jurisdicional adequada. (...) O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional assegura a construção de um sistema processual em que não haja dilações indevidas. Em outros termos, o processo não deve demorar mais do que o estritamente necessário para que se possa alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo³⁰⁹.

O fato é que atualmente o cidadão tem como “justiça” o atendimento efetivo dos seus direitos sociais. Nesse mister, ensina o mestre Mádsen Ottoni que *é dever do*

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.72.

³⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de *apud* TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas tendências do Direito Constitucional**. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011, p.41.

³⁰⁸ ARRUDA, Samuel Miranda *apud* RIBAS, Emanuela Catafesta. **A súmula impeditiva de recursos à luz dos princípios constitucionais**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 10. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17066/disserta%E7%E3o%20mestrado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 19h49.

³⁰⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48-58.

*magistrado conceber os direitos fundamentais como valores identificados com o **sobre-princípio** da dignidade da pessoa humana, cuja finalidade última é sua concretização e não apenas sua interpretação³¹⁰ (grifos do autor).*

H) DÁ-SE UM NOVO PAPEL À CONSTITUIÇÃO PARA SE ALCANÇAR A EFETIVIDADE DAS SUAS NORMAS³¹¹

O princípio jurídico da efetividade está consagrado como norma fundamental no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O cidadão contemporâneo exige do Poder Judiciário a proteção dos seus direitos fundamentais de forma efetiva, não havendo mais espaço para proteção de faz de conta, na verdade, há uma busca incessante pelo resultado prático. Não basta o Judiciário abrir as suas portas, é preciso que a prestação jurisdicional seja célere e justa, e que, sobretudo, alcance as minorias.

A efetividade constitucional é um dos princípios mais consagrados pelo *neoconstitucionalismo*. Dá-se a valorização do *princípio da efetividade*³¹². *O Direito passa do campo interpretativo ao da concretização*³¹³. É o interesse no sentido de tornar concreto o que está escrito sem deixar apenas no papel; consiste na luta *pela razão prática do Direito*³¹⁴. Possui *mais concretização do que interpretação*³¹⁵.

³¹⁰ RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

³¹¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 236.

³¹² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

³¹³ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:_lYg18VRoWoj:www.loveira.adv.br/material/constitucional/interpretacao_normas.doc+%22o+Direito+sai+da+interpreta%C3%A7%C3%A3o+para+a+concretiza%C3%A7%C3%A3o%22&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsIuCFi-PytVJKGfYi8Sk9ABJfqbIqJTndteec-ziz5BVrecRehilaczXqXLCi5NVZTNEYh3avPdsyEb-zfDCLUI2gCFyC1qu_Qyj5jet8pTcom2Fyj1dOpeiKnFyi2vxels3GI&sig=AHIEtbTvMJvnQ4dnMplq4oX6msLeAchTYQ>. Acesso em 21 jun. 2011, 15h41.

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

Na aplicação das normas *busca-se pela razão prática no mundo jurídico*³¹⁶.

Os autores CAPPELLETTI E GARTH, citados por Sérgio Xavier, ensinam que *uma justiça que não cumpre suas funções de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível*³¹⁷.

BEDAQUE, ao comentar o artigo 2º do Código de Processo Civil, ensina que:

(...) Todos possuem direito não apenas ao instrumento, mas também à efetividade do processo. (...) O processo deve assegurar-lhe tutela jurisdicional tempestiva, útil e eficaz. Assim deve ser entendida a consagrada expressão “acesso à ordem jurídica justa”. (...) Todos podem requerer a tutela jurisdicional, ainda que dela não sejam merecedores. E o que está à disposição de todos, titulares de direitos ou de meras pretensões infundadas, é o mecanismo previsto pelo legislador constitucional, por ele minuciosamente modelado, para viabilizar a tutela jurisdicional a quem efetivamente fizer jus a ela³¹⁸.

No âmbito da realidade brasileira, apesar de o *neoconstitucionalismo* ter ampliado de maneira significativa o acesso à justiça, aumentando, conseqüentemente, a jurisdição constitucional, ainda assim *a jurisdição constitucional é de pouca efetividade no amparo dos direitos sociais dos cidadãos em face das tímidas políticas públicas objetivando à sua estrutura e execução*³¹⁹.

O autor Carlos Alberto de Oliveira observa:

A evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia³²⁰.

³¹⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 1, p. 149.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

³¹⁷ XAVIER, Sérgio Souza. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 391, 2 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5523>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 19h58.

³¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Inércia da Jurisdição e garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

³¹⁹ ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Aspectos do acesso à justiça através da efetividade e devida aplicação dos Direitos Sociais no Brasil. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas tendências do Direito Constitucional**. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011, p. 209.

³²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 139.

Diante do caso concreto, quando o juiz encontrar a solução mais adequada, e o faz considerando os critérios clássicos de interpretação da lei, deverá escolher aquela *solução que mais atenda à efetividade da Constituição*³²¹.

Sob o enfoque da efetividade, a nova interpretação constitucional traz não somente *“teorias e práticas”, mas, principalmente, diversas técnicas no intuito de obter a prestação jurisdicional mais rápida e efetiva*³²².

I) OS LEGISLADORES ADOTAM UMA NOVA TÉCNICA DE CLÁUSULAS ABERTAS

As *cláusulas abertas* ou *normas abertas* são textos legislativos com o objetivo de tornar o sistema jurídico flexível, permitindo ao juiz uma interpretação mais abrangente, de forma que as expressões dotadas de sentimento de justiça passam também a permear o meio público, como *ordem pública, senso comum, interesse social, boa fé, função social do contrato, interesse público, razoabilidade, função social da propriedade*³²³, dentre outras.

As *normas abertas* são aquelas que estabelecem um programa finalístico para concretização jurisdicional³²⁴; são expressões de textura aberta, dotadas de *cunho de justiça e com plasticidade*³²⁵.

Chega-se à conclusão que as normas jurídicas *não podem conter apenas um sentido* para solucionar todas as situações³²⁶. Na verdade, a norma possui vários sentidos, há

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

³²² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 264.

³²³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

³²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 141.

³²⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

³²⁶ *Idem, ibidem*.

*um campo abrangente*³²⁷ dentro do qual há inúmeras *possibilidades de interpretação*³²⁸, estando aptas à adequação ao caso concreto, são os denominados *textos legislativos polissêmicos*³²⁹.

As cláusulas comportam duas classificações: *cláusulas gerais e conceitos indeterminados*.

As cláusulas gerais são textos normativos indeterminados, são termos vagos tanto no conceito quanto na consequência. Exemplo é o dispositivo legal contido no artigo 14, II do Código de Processo Civil brasileiro: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé (...)”. Trata-se da boa-fé processual, nos casos em que o juiz diz o que é boa-fé e qual a consequência para quem a violar, isto é, a parte que praticar tal ato o faz de má-fé, por isso, sofrerá uma sanção. Outro exemplo esclarecedor é o *devido processo legal* previsto no artigo 5º, LIV da Constituição Federal de 1988, “ninguém pode sofrer uma privação de direitos sem o devido processo legal”, o qual, entretanto, não determina o conceito nem as consequências do termo *devido processo legal*, daí trata-se de cláusula geral, de norma aberta.

Conceitos indeterminados são textos normativos indeterminados apenas no conceito, porque a sua consequência já é preestabelecida, por exemplo, o artigo 18 do Código de Processo Civil:

Art.18 - O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º- Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º- O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

³²⁷BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional e a Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 05 nov. 2010, 15h.

³²⁸ *Idem, ibidem*.

³²⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 237.

J) ADOTA-SE A TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS³³⁰

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

O eminente juiz norterio-grandense Mádson Ottoni ensina brilhantemente que,

Um dos obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais está na existência de normas constitucionais que dependem da intervenção do legislador infraconstitucional para sua eficácia, porém é preciso ter em mente que a nossa Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, o que leva à interpretação do art. 5º, § 1º como um mandado de otimização dos direitos fundamentais³³¹.

O ilustre autor complementa seu ensinamento ao aduzir que *os princípios constitucionais devem ser concebidos como normas de concretização de valores*³³².

Os particulares e as entidades privadas, e não somente as pessoas públicas, estão também diretamente vinculados à Constituição. O assunto envolve a *autonomia da vontade*, pensadores entendem que se os direitos fundamentais forem irradiados diretamente ao âmbito privado, ficará alijado o desejo do cidadão.

A corrente doutrinária que defende a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais entende que *os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume*³³³. Defende, ainda, que o próprio constituinte fez a presente opção *quando disciplinou em linhas gerais vários institutos do Direito Privado como a família e a propriedade*³³⁴.

Enquanto os seguidores da *teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais* sustentam que os direitos fundamentais somente devem ser protegidos em

³³⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 9, p. 219.

³³¹ RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

³³² *Idem, ibidem*.

³³³ *Idem, ibidem*, p. 184.

³³⁴ *Idem, ibidem*, p. 211.

face do Estado, isto é, não gravam efeitos diretos sobre as relações particulares, sob o argumento de ferir-se a autonomia da vontade.

Entendemos que diante da desigualdade social, opressão e violência em que vivemos no Brasil, a adoção direta dos direitos fundamentais na esfera do direito privado é uma necessidade, na verdade, uma questão de *ética* e de *justiça*³³⁵. Sob o manto do *neoconstitucionalismo*, temos, inclusive, a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais aos casos concretos, *sem obrigatoriamente a intermediação do Legislativo*³³⁶, possibilitando ao Poder Judiciário decidir sem a esperada Lei Complementar, como se verificava no Estado brasileiro até pouco tempo atrás.

Diante do caso concreto, se o Poder Judiciário observar que o Poder Legislativo está omissivo, negando a devida proteção normativa ao direito fundamental e, conseqüentemente, ao jurisdicionado, caberá ao juiz dar a necessária proteção.

O Supremo Tribunal Federal reconhece em suas decisões a eficácia horizontal dos direitos fundamentais quando aplica o direito fundamental ao devido processo legal, a exemplo do que reza o artigo 57 do Código Civil brasileiro: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

K) DÁ-SE A IRRADIAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO UNIVERSO INFRACONSTITUCIONAL³³⁷

Consiste na extensão dos valores e princípios constitucionais a todos os ramos do Direito.

Diante da complexidade dos direitos fundamentais várias são as funções que os mesmos podem exercer, e por possuírem mais de uma função, os doutrinadores tratam da *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais e apresentam classificações.

³³⁵ *Idem, ibidem*, p. 207.

³³⁶ COHEN-KOPLIN, Klaus. **Processo e constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação**. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identificacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf>, p. 5. Acesso em: 18 fev. 2011, 18h04.

³³⁷ *Idem, ibidem*

Ensina MARINONI³³⁸ que as classificações funcionais mais importantes são apresentadas pelos mestres ALEXY e CANOTILHO, entretanto, no Brasil, a que mais se destaca é a classificação oferecida por Ingo Wolfgang Sarlet, embora as três disposições dividam os direitos fundamentais em dois grupos: 1) os direitos de defesa; 2) os direitos a prestações.

Senão, vejamos:

- 1) *Direito de defesa*: se deu quando os direitos fundamentais eram considerados somente como o direito de o particular proibir a influência do Estado nas questões jurídicas;
- 2) *Direito a prestações*: além dos direitos de defesa, o indivíduo passa a ter também o direito de exigir, de forma imediata, prestações por parte do Poder Público, tais como o acesso a instituições de ensino, a vias públicas, etc.

Continua o grande Mestre, através dos direitos fundamentais o cidadão fica protegido de ações de ingerência por parte do Estado em questões jurídicas, bem como possui o direito de exigir ações de prestações positivas do Poder público, sejam ações de prestações sociais ou ações de prestações de proteção, estas, por sua vez, poderão ser prestações normativas (normas) ou prestações fáticas (atuação concreta, como a de vigilância sanitária).

Como vimos, os direitos fundamentais são dotados de princípios advindos dos direitos humanos que, por sua vez, orientam todo o sistema jurídico, de forma que os valores contidos nas normas fundamentais são repassados também para os órgãos do Poder Público, os quais, por sua vez, têm o dever de proteger os direitos fundamentais.

Gilmar Ferreira Mendes, citado por MARINONI (2011, p. 74), assevera que *esse dever de proteção relativiza a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (Austrahlungswirkung) sobre toda a ordem jurídica*³³⁹.

Os direitos fundamentais se irradiam por intermédio dos princípios da dignidade da pessoa humana, soberania, cidadania, livre-iniciativa e trabalho, pluralismo

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.75.

³³⁹ *Idem, ibidem*, p. 74.

democrático, previstos no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, e pelo princípio da liberdade elencado no artigo 5º da Carta Magna.

Portanto, *os princípios e valores são irradiados para todos os ramos do Direito*³⁴⁰.

Da mesma maneira que as boas atitudes dos pais passam como “exemplos” para os filhos, o respeito aos direitos humanos, bem como os direitos fundamentais e os valores contidos nas normas constitucionais, repassam tanto para a legislação infraconstitucional como para os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

L) EVIDENCIA-SE A DISTINÇÃO TEÓRICA ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA

Na visão *pós-positivista* o texto da lei é submetido *a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais*³⁴¹, possibilitando que a norma jurídica seja encontrada relevando a verdadeira interpretação legal, sendo a *norma produto da interpretação do texto*³⁴².

A norma impõe sempre uma sanção, descreve um comando a ser obedecido por alguém, pode ser moral, religiosa, jurídica, dentre outras.

A norma jurídica é sempre originária do poder estatal.

M) DESTACA-SE A DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

³⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h44.

³⁴¹ *Idem, ibidem.*

³⁴² DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo.** Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

A Constituição brasileira é composta por normas as quais são classificadas em regras e princípios, *logo, conclui-se que norma é o gênero, sendo espécies os princípios e regras; ambos vinculantes e obrigatórios*³⁴³.

Antes de adentrarmos nas diferenças entre regras e princípios, apresentaremos as espécies dos agrupamentos dos princípios: 1) *os instrumentais*; e, 2) *os materiais*³⁴⁴.

M.1) ESPÉCIES DE PRINCÍPIOS

M.1.1) PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS

São os princípios específicos para interpretação constitucional, funcionam com antecedentes estruturais ajudando o pensamento intelectual do intérprete na solução no caso concreto, *encontram-se expressos na doutrina e na jurisprudência*³⁴⁵, são eles a *supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, interpretação conforme a Constituição, unidade, proporcionalidade ou razoabilidade e o da efetividade*³⁴⁶.

M.1.2) PRINCÍPIOS MATERIAIS

³⁴³ MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; TINO, Sueli Miyuki. **A repercussão geral como instituto concretizador da tutela jurisdicional efetiva.** Revista eletrônica do direito privado da UEL. Londrina/PR, v. 2, n. 2, mai-ago/2009, p. 5. ISSN 1983-5399. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina_%20e_%20Sueli_Repercuss%C3%A3o_Geral_instrumento_concretizador_tutela_jurisdicional_efetiva.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2011, 14h29.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

³⁴⁵ *Idem, ibidem*

³⁴⁶ *Idem, ibidem*

São princípios dotados de ideologia, de forte *carga axiológica*³⁴⁷. Expressam valores, indicam fins a serem buscados, *irradiam-se pelo próprio sistema*³⁴⁸, possuem âmbitos de alcance distintos, por isso são classificados em *princípios fundamentais, gerais e setoriais*³⁴⁹, estão expressos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, III.

M.2) DIFERENÇAS ENTRE “NORMAS-REGRA” E “NORMAS-PRINCÍPIO”

Destacamos a seguir as *diferenças básicas entre “normas-regra” e “normas-princípio”*³⁵⁰:

M.2.1) “NORMAS-REGRA”

São normas escritas as quais *vinculam o aplicador a sérias exigências, determinam uma permissão, proibição ou uma obrigação*³⁵¹, são aplicadas em conformidade com a sua literalidade, por isso *exigem um método de aplicação rígido*³⁵², devendo ser aplicadas exatamente como são, de maneira radical, *exclusiva e sem subjetividade*³⁵³. Na verdade, *submetem-se ao sistema clássico do regime de validade (fórmula do tudo-ou-nada -*

³⁴⁷ *Idem, ibidem*

³⁴⁸ *Idem, ibidem*

³⁴⁹ *Idem, ibidem*

³⁵⁰ *Idem, ibidem.*

³⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência.** Revista eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 06 jan. 2011, 18h45.

³⁵² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

³⁵³ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência.** Revista eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 06 jan. 2011, 18h45.

ou a norma é válida e deve ser aplicada ou a norma é inválida e deve ser expungida do ordenamento)³⁵⁴. O método para aplicação das regras é o da *subsunção*³⁵⁵.

M.2.2) “NORMAS-PRINCÍPIO”

*São normas carregadas de valores morais e éticos, nem sempre escritas, podendo ser princípios instrumentais ou materiais, cuja aplicação se dá com flexibilidade*³⁵⁶.

Na realidade, são usadas na busca do melhor possível para o caso concreto, sem a exigência de exclusividade. Comportam um meio termo. O método de aplicação é o da *ponderação*³⁵⁷.

Em citação ao estudioso precursor do *neoconstitucionalismo* Robert Alexy, Fredie Didier ensina que *as regras são mandamentos de definição, são determinações a serem cumpridas nas suas exatas medidas e, princípios são mandamentos de otimização, são normas que devem ser aplicadas na máxima medida do possível*³⁵⁸.

No dizer da autora Celina Kazuko, os princípios que eram aplicados como método de integração de direito na hipótese da existência de lacunas *hoje têm função interpretativa, ajustando as regras de direito ao sentido essencial de todo o ordenamento*³⁵⁹.

Na lição do mestre Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais*³⁶⁰.

³⁵⁴ LIMA, Isan Almeida. **Da revisão do conteúdo dos princípios da congruência e da demanda no processo civil a partir do neoprocessualismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2527, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14954/da-revisao-do-conteudo-dos-principios-da-congruencia-e-da-demanda-no-processo-civil-a-partir-do-neoprocessualismo>>. Acesso em 15 jan. 2011, 14h40.

³⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 08 jan. 2011, 17h44.

³⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempaprr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

³⁵⁷ *Idem, ibidem*.

³⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. V. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 106.

³⁵⁹ MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; TINO, Sueli Miyuki. **A repercussão geral como instituto concretizador da tutela jurisdicional efetiva**. Revista eletrônica do direito privado da UEL. Londrina/PR, v. 2, n. 2, mai-ago/2009, p. 5. ISSN 1983-5399. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina_%20e_%20Sueli_Repercuss%C3%A3o_Geral_instrumento_concretizador_tutela_jurisdicional_efetiva.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2011, 14h29.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 140.

Há inúmeros ensinamentos doutrinários a respeito do tema. Com maestria, ensina a renomada jurista Oriana Piske:

O Poder Judiciário tinha que orientar a sua atuação de acordo com o princípio da legalidade, que transformava a aplicação do direito em subsunção racional-formal dos fatos às normas, desvinculadas das referências políticas. Desta maneira, o funcionamento do Judiciário era retroativo e retrospectivo, e visava garantir a recomposição das situações de ilegalidade do passado de acordo com o quadro normativo pré-constituído³⁶¹.

Distingue ainda o insigne Eduardo Cambi:

Há uma distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa aos princípios, isto, para ampliar a efetividade da Constituição. Os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de preencher lacunas, para ter relevância jurídica principal na conformação judicial dos direitos³⁶².

Numa visão crítica, ensina o ilustre Professor Humberto Ávila que as regras não podem ser desprezadas, pela sua grande importância ao sistema jurídico:

As regras possuem a função de estabilizar os conflitos morais e, em decorrência, as funções de extinguir ou diminuir os problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder e, por unificar a forma de tratamento agem como instrumento de justiça social³⁶³.

Em citação ao insigne professor Humberto Ávila, comenta a eminente professora Ana Paula de Barcellos:

Em seus ensinamentos propõe, ao invés da dualidade habitual “normas-regra” e “normas-princípio”, uma terceira classificação, a dos “postulados normativos aplicativos”, que exigiriam condições na aplicação tanto das regras como na dos princípios, e os quais dividir-se-iam em postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade) e em postulados inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso)³⁶⁴.

³⁶¹ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal.** Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 7. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

³⁶² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, p. 5. Acesso em 08 jan. 2011, 17h23.

³⁶³ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência.** Revista eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2011, 18h45.

³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

Sob a ótica crítica, argumenta ainda o insigne jurista, no tocante ao normativo, que os princípios e as regras existentes na Constituição Federal de 1988 possuem suas funções diferentemente umas das outras, não havendo o que se falar em “primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares”. E complementa:

As regras constitucionais possuem a função de extinguir ou atenuar “problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”. Ao tratar de direitos e garantias, o constituinte instituiu as proibições, as permissões, as obrigatoriedades, atos que diminuem as arbitrariedades e as injustiças³⁶⁵.

Segundo o autor estrangeiro Joseph Esser, em sua obra “Principios y Pensamientos Generales y Formas que Adoptan en El Derecho Privado”, citado por Isaak Meier, ambos referidos por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: *as regras contêm ordens diretas; os princípios, apenas critérios para a justificação de uma ordem*³⁶⁶.

N) AS NORMAS CONSTITUCIONAIS PASSAM A SER DOTADAS DE FORÇA NORMATIVA, TORNANDO-SE IMPERATIVAS³⁶⁷

Até o Constitucionalismo Tradicional, as normas constitucionais não eram dotadas de uma força capaz de torná-las impostas na hipótese de descumprimento. Na verdade, somente com a nova dogmática constitucional as *normas constitucionais passam à categoria de normas jurídicas*³⁶⁸, e, como tais, *dotadas de força normativa*³⁶⁹ e imperativa,

³⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. Revista eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>, p. 4. Acesso em: 06 nov. 2010, 14h20.

³⁶⁶ MEIER, Isaac *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 141.

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 07 nov. 2010, 15h.

³⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocesso**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em 24 jan. 2011, 17h.

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

pois a nova interpretação reconhece a normatividade da Lei Magna de 1988, por isso, ao invés do caráter político, passam a contar com a força vinculativa, sendo, portanto, impostas.

A ótica clássica admitia as chamadas “normas constitucionais programáticas”, aquelas que ao lado das “normas de organização” não impõem sanção em casos de descumprimentos, daí os renomados doutrinadores afirmarem que *estão superadas uma vez que são normas apenas com declarações políticas ou exortações morais destituídas de força normativa*³⁷⁰, as quais as denomino de “enfeites oficiais”.

Força normativa consiste, então, na legitimidade que, hoje, a Constituição Federal de 1988 possui de impor os seus mandamentos, *é o caráter imperativo da norma*³⁷¹, significa que diante de eventual descumprimento haverá o seu cumprimento forçado.

Dado a sua força normativa, afigura-se a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais aos casos concretos, *sem obrigatoriamente a intermediação do Legislativo*³⁷², possibilitando ao Poder Judiciário decidir sem a esperada Lei Complementar, como se verificava no Estado brasileiro até pouco tempo atrás.

E, com efeito, temos os direitos fundamentais alimentando, nutrindo, permeando em todos os segmentos do ordenamento jurídico, a exemplo do que acontece com a seiva de uma árvore a alcançar da mais resistente e rígida raiz até as frágeis folhas e frutos. Assim, a força normativa consiste no substrato alimentar vital que fortalece a árvore jurídica ao conduzir os direitos fundamentais aos mais diversos ramos normativos do Direito.

O) DÁ-SE A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS³⁷³

Ao estudarmos sobre os princípios jurídicos aprendemos nas lições dos grandes mestres brasileiros que os princípios servem de pilares para o edifício jurídico, por

³⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

³⁷¹ *Idem, ibidem*.

³⁷² COHEN-KOPLIN, Klaus. **Processo e constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação**. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identificacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf>, p. 7-9. Acesso em: 18 fev. 2011, 18h04.

³⁷³ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imag-df.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 01. Acesso em: 15 jan. 2011, 15h58.

retrataram a base necessária para se fazer Justiça, entretanto, a sua aplicação está legalmente vinculada somente a duas condições: a primeira, para preencher lacunas da lei e, a segunda, em casos de julgamento por equidade.

Com o desenvolvimento da *teoria dos princípios*³⁷⁴, os princípios jurídicos deixam de ser utilizados restritivamente, não sendo mais usados de forma secundária, passando a ser aplicados no sistema jurídico da maneira mais ampla possível, porque constatou-se que as soluções mais acertadas num *caso concreto* são aquelas advindas dos princípios, e não da lei quando aplicada na sua total literalidade. Tanto os princípios *instrumentais* como os *materiais* passam a ser utilizados sempre que puderem ser base às decisões judiciais. *Os princípios jurídicos passam ao “status” de normas jurídicas*³⁷⁵, deixando de ser *técnica de integração de Direito*³⁷⁶, é a *constitucionalização dos princípios*³⁷⁷.

Passam, então, a ser aplicados em grande proporção e, dotados de *força normativa, iluminam todo o ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana é visto como ideal de Justiça*³⁷⁸ e tido como norteador na busca do Direito justo.

Assim, por força do *neoconstitucionalismo, as referidas normas são dotadas de força normativa, de maneira que os direitos fundamentais são garantidos pela eficácia e aplicabilidade imediata dos valores constitucionais*³⁷⁹.

P) CONSAGRA-SE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU PROPORCIONALIDADE, ORIUNDO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

³⁷⁴ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessoalimento**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso 24 jan. 2011, 17h.

³⁷⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento**. Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessoalimento.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h23.

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessoalimento**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

³⁷⁷ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 02. Acesso em: 15 jan. 2011, 15h58.

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

³⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 140.

Em face da pluralidade de princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro e da necessidade que os mesmos possuem de conviver harmoniosamente, sem que, no entanto, possam ser submetidos a uma hierarquia, surge a regra da *proporcionalidade*, também chamada de *razoabilidade*, a qual permite que os princípios sejam aplicados conforme as circunstâncias do caso concreto.

No dizer do insigne MARINONI,

A “proporcionalidade” é a regra capaz de permitir a coexistência dos princípios ou de fazer prevalecer um princípio diante do outro sem que um deles tenha que ser eliminado em abstrato, ou sem que o princípio não preferido em determinada situação tenha que ser negado como capaz de aplicação em outro caso concreto³⁸⁰.

Além de reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como norte para as decisões justas, a teoria *pós-positivista* consagra os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Embora haja divergência doutrinária, visto que parte da doutrina, dentre eles o renomado Paulo Bonavides, entende que os princípios em comento decorrem da igualdade sem embargos, entendemos que os mesmos decorrem do princípio do *devido processo legal*, como defende Fredie Didier, tanto que o Supremo Tribunal Federal (STF) o denomina como a *dimensão substantiva do devido processo legal*³⁸¹. Assim, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade decorre do princípio do *devido processo legal*, surge da influência *neoconstitucionalista* e é o mesmo que *devido processo legal substancial*, que, por sua vez, visa a justiça da decisão e não somente a legalidade da mesma.

O princípio do devido processo legal, apesar de previsto desde o ano de 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, originário do princípio “*due process of Law*” do Direito Americano, sendo assegurado no Direito Comparado e no Direito Internacional, prevê que “toda pessoa possui o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recursos efetivos para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”, e que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal

³⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54-55.

³⁸¹ DIDER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Salvador: JusPODVIM, 2010, p. 46.

independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela".

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 5º, inciso LIV que “ninguém pode sofrer uma privação de direitos sem o devido processo legal”, entretanto, não determina o conceito nem as consequências do termo *devido processo legal*, daí tratar-se de uma cláusula aberta.

A doutrina moderna, à luz do *neoconstitucionalismo*, prefere usar a expressão *devido processo constitucional*³⁸².

A doutrina classifica o devido processo legal em *duas dimensões*³⁸³:

- 1) Formal, Processual ou Procedimental: consiste no conjunto das garantias processuais mínimas, com contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de prova ilícita, motivação das decisões, etc.
- 2) Substancial ou Substantivo: é a exigência das decisões razoáveis, proporcionais, sobretudo, coerentes, visa a decisão justa e não apenas legal.

No escopo dessa definição do *devido processo legal* na sua dimensão *substancial ou substantiva* surgem os *princípios da proporcionalidade ou razoabilidade*.

Várias são as classificações doutrinárias no sentido de afirmar que um processo proporcional ou razoável é aquele que contém alguns elementos como efetividade, tempestividade, adequação, lealdade, contraditório, boa-fé.

O renomado processualista Fredie Didier³⁸⁴ nos seus ensinamentos aduz que *o devido processo legal decorre do princípio da boa-fé (adequação, efetividade e boa-fé processual)*.

Senão, vejamos as suas lições.

Durante o manto do *positivismo*, apenas o Poder Legislativo tinha o dever de criar um processo adequado, não cabendo ao Judiciário tal incumbência. Entretanto, os seguidores da nova interpretação entendem que a adequação legislativa é incompleta, sob o argumento de que a maneira realizada é de forma muito abstrata, devendo o juiz, diante do caso concreto, fazer a adequação mais completa.

³⁸² DIDIER JR., Fredie. **Princípios do Processo Civil**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55326618/Processo-Civil-1-Fredie-Didier-Jr-2008>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 11h.

³⁸³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 45.

³⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 45.

A doutrina divide o *princípio da adequação* em “princípio da adequação legal” e “princípio da adequação jurisdicional”, denominado também como “princípio da elasticidade do processo”, “princípio da adaptabilidade do processo”, “princípio da flexibilidade do processo”. A adequação jurisdicional está incorporada ao projeto do novo Código de Processo Civil. A adequação jurisdicional é a última fronteira do princípio da adequação e a denomina de adequação teleológica. Como exemplo prático, podemos citar o caso em que o juiz poderá dobrar o prazo para defesa do réu quando a petição inicial trouxer muitos documentos.

Senão, vejamos.

P.1) PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

Há *três critérios de adequação*³⁸⁵, que se complementam entre si:

1) *Adequação objetiva*: o processo deve ser adequado ao seu objeto, ou seja, deve ser adequado ao direito discutido. A natureza do direito material é que determina o procedimento adequado. São exemplos o Mandado de segurança e o Habeas Corpus.

2) *Adequação subjetiva*: é uma imposição do princípio da igualdade. O processo deve ser adequado aos sujeitos que dele vão se valer. São exemplos os processos envolvendo os idosos, que devem ser mais rápidos, e os processos que envolvem regras próprias para a Fazenda Pública.

3) *Adequação teleológica*: é preciso construir o processo para que ele seja adequado à sua finalidade. São exemplos os procedimentos menos formais para os Juizados Especiais.

P.2) PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

³⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. **Princípios do Processo Civil**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55326618/Processo-Civil-1-Fredie-Didier-Jr-2008>>. Acesso em: 22 ago. 2011, 18h58.

Há autores que defendem que a boa-fé decorre do devido processo legal. Outros dizem que apenas a boa-fé processual decorre do referido princípio. É possível extrair a boa-fé a partir de vários princípios. Várias normas infraconstitucionais preveem expressamente o princípio da boa-fé. Exemplo típico é o já aludido artigo 14, inciso II do Código de Processo Civil. Dever de boa-fé não é exclusivo às partes, mas inclusive ao juiz.

O princípio da boa-fé se estrutura em uma cláusula geral, e pode ser entendido sob a ótica de duas dimensões, a subjetiva e a objetiva.

P.2.1) BOA-FÉ OBJETIVA³⁸⁶

É uma norma que impõe um comportamento eticamente exigido. O Direito dita o comportamento a ser exercido pela parte, independentemente da sua crença pessoal sobre o que é leal ou não. A análise vem da norma, e não da atitude da pessoa. Apenas a boa-fé objetiva é abarcada pelo princípio da boa-fé, é a boa-fé de comportamento.

Como exemplos de aplicação da boa-fé objetiva podemos citar:

1) Vedação do abuso dos direitos processuais (ou assédio processual). Abuso de direito é um ilícito atípico, ou seja, não há um rol de condutas abusivas, sendo elas abusivas, e, portanto, ilícitas, sempre que contrariarem a boa-fé.

2) Proibição do comportamento contraditório a um comportamento anterior, *nemo potest venire contra factum proprium*. É uma espécie de abuso de direito. Pressupõe condutas isoladamente lícitas, mas que, quando juntas, tornam-se ilícitas. São exemplos típicos o ato de recorrer de decisão que extingue o processo pelo seu próprio requerimento, e o caso em que o juiz indefere a produção de provas sob a alegação de não haver necessidade de provas, mas depois julga o pedido improcedente por falta de provas. Ora, neste último, se não havia provas, inexistente a certeza da questão de mérito, de forma que é incabível a apreciação meritória.

P.2.2) BOA-FÉ SUBJETIVA

³⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 60-67.

A boa-fé subjetiva, apesar de não integrar o rol do princípio da boa-fé, acontece quando a pessoa sabe ou acredita estar agindo de boa-fé; isso é um fato, um estado anímico, uma crença, denominada também como a boa-fé de conhecimento, a qual, ressalte-se, não faz parte do princípio da boa-fé.

P.3) PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

A doutrina sustenta que a jurisdição possui como escopo magno a pacificação social e a distribuição da justiça. Mas, de nada adiantaria se os entraves como a demora judicial, por exemplo, viessem a solapar o direito fundamental de acesso à Justiça, por isso, é preciso que o processo concretize o direito dos jurisdicionados.

Aduzem os autores Jaime Mariz e Sabrina Cavalcante que *a efetividade dos direitos fundamentais está assegurada pelos quatro remédios constitucionais: mandado de segurança, habeas corpus, habeas data e mandado de injunção*³⁸⁷. Informam ainda que *a Constituição sai do papel e toma forma na vida real*³⁸⁸.

Sobre Jurisdição, o autor Cássio Scarpinela Bueno ensina:

A jurisdição pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos. Tal exercício de atuação do Estado, contudo, não se limita à declaração de direitos, mas também à sua realização concreta, prática, com vistas à pacificação social³⁸⁹.

P.4) PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

³⁸⁷ FARIA JR., Jaime Mariz de; MACEDO, Sabrina Cavalcante de. Mandado de injunção: instrumento pós-positivista de concretização constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 428.

³⁸⁸ *Idem, ibidem*.

³⁸⁹ BUENO, Cássio Scarpinela. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direito processual civil. 4 ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 280.

A doutrina ensina que o princípio do contraditório possui duas dimensões: *formal e substancial*³⁹⁰.

A *dimensão formal* garante a todos o direito de participar de um processo que lhe diga respeito, que possa interferir nos seus interesses, entretanto, a parte é ouvida sem em nada alterar a decisão. É o contraditório de participação.

A *dimensão substancial* é o poder que a parte possui de exercer influência sob o conteúdo da decisão, isto é, de interferir no resultado da mesma, daí a garantia de ampla defesa tratar-se da dimensão substancial, é o contraditório de poder de influência. Como exemplo, podemos citar o artigo 57 do Código Civil: “A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”.

P.5) PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE

O insigne Humberto Theodoro Júnior conceitua:

Processo é, com efeito, o método jurídico utilizado pelo Estado para desempenhar a função jurisdicional. Consiste intrinsecamente numa relação jurídica de direito público, formada entre autor, réu e juiz. Objetivamente, compõe-se de uma sucessão de atos que se encadeiam desde a postulação das partes até o provimento final do órgão judicante, que porá fim ao litígio, tudo presidido pela obrigatoria dinâmica do contraditório³⁹¹.

Pelo princípio da instrumentalidade tenta-se estabelecer uma relação entre processo e direito material, tem-se o processo como instrumento realizador do direito material, de forma que o direito material disciplina como as coisas deverão ser e o direito processual estabelece o instrumento para realização das coisas, havendo entre os mesmos uma relação autônoma, mas complementar. O direito processual efetiva o direito material, e este é a razão ser do direito processual.

³⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 52.

³⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. 39. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

Q) VALORIZA-SE O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO TEMPO PROCESSUAL³⁹²

No ano de 1908, o Poder Judiciário do Distrito Federal, sediado no Rio de Janeiro, julgou 7.137 processos nas Varas Cíveis, Criminais, Comerciais, de Órfãos e Ausentes, da Provedoria e Resíduos, da Fazenda Municipal e da Saúde Pública.

Na Justiça Federal, então chamada de Justiça Seccional, os feitos sentenciados daquele ano somavam 1.932.

Quase um século mais tarde, em 2004, os feitos novos na primeira instância das *Justiças Estaduais*³⁹³ do Brasil somaram 9.607.571, ao passo que o número total de juízes perfazia o montante de 7.742 magistrados, resultando em uma média de 1.257 processos novos por juiz³⁹⁴.

Com o passar dos anos, o número de processos aumentou em ritmo geométrico, ao passo que a quantidade de juízes majorou em razão aritmética.

Como consequência, nos anos finais do século XX, verificou-se um engessamento quase total da máquina judiciária, onde, em vista do enorme fluxo de ajuizamento de ações perante as varas e os tribunais, os juízes e desembargadores se viram com seus gabinetes abarrotados de processos, sem que a saída dos mesmos se desse em proporção sequer próxima ao volume de entrada.

No entanto, este problema não aconteceu unicamente em decorrência do aumento da demanda processual, mas também devido a um conjunto de diversos fatores que colaboraram para que se deflagrasse esse quadro caótico. Citemos alguns: magistrados morosos e seus prazos impróprios, ausência de fiscalização da atividade judicial, inexistência de fixação de metas, quadro de servidores deficitário, precariedade da infraestrutura física, estagnação tecnológica e aumento da complexidade das matérias postas à apreciação.

Diante desse quadro, o legislador constitucional pátrio, em homenagem às garantias judiciais previstas no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos,

³⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 146.

³⁹³ Sem contar com os Juizados Especiais.

³⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2004**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/justica_numeros_2004.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2011.

consubstanciada no *Pacto de San José da Costa Rica*³⁹⁵, que tem o Brasil como signatário, decidiu incluir, dentre os axiomas fundamentais previstos no texto da Carta Magna, o direito à razoável duração processual, com a intenção de tornar mais ágil e célere a prestação jurisdicional.

Ao agir assim, o legislador, muito embora não tenha solucionado de pronto a questão, agregou à sistemática de direitos e garantias fundamentais tal direito, o que estimulou a produção legislativa nesse sentido, iniciando uma nova fase no direito processual brasileiro e, em consequência, no aspecto prático da tramitação dos processos perante Varas e Tribunais.

Entretanto, no momento em que a Emenda Constitucional nº 45/2004 era publicada, algumas perguntas tomavam de assalto o meio acadêmico e os Tribunais: “O que se entende por razoável duração do processo?”; “Qual seria o intervalo de tempo que poderia ser considerado razoável em relação à peregrinação de um processo por todas as instâncias judiciais?”; “Quais seriam as sanções aplicáveis em caso de demora não razoável na solução processual?”; “Há direito à indenização do jurisdicionado em decorrência da demora judicial?”.

³⁹⁵ Artigo 8º - Garantias Judiciais:

1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2 - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3 - A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4 - O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5 - O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Representando a derradeira etapa do longo caminho percorrido pela Proposta de Emenda à Constituição de nº 96, de 1992, de autoria do então Deputado Federal Hélio Bicudo, a Emenda Constitucional nº 45 foi promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 08 de dezembro de 2004.

Em decorrência das modificações, o artigo 5º da Constituição Federal foi acrescido de um inciso LXXVIII, o qual traz a seguinte redação:

Art. 5º. (...)

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. (...)

Por intermédio deste dispositivo, consagrou-se o direito à “razoável duração do processo”. No entanto, o legislador foi além, prevendo também a garantia aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, tanto na esfera administrativa quanto judicial.

Anote-se que este inciso incluído não constituiu, em uma concepção material, um dispositivo isolado na estrutura da Emenda Constitucional nº 45/2004. De fato, em vários artigos o legislador constitucional derivado procurou cercar o Poder Judiciário de obrigações que respaldassem a busca pela celeridade e instrumentalizassem a obtenção da eficaz prestação jurisdicional. No entanto, afigura-se conveniente frisar que esta determinação isoladamente não tem o condão de conferir celeridade aos processos, uma vez que, se não existir toda uma estrutura física e de pessoal qualificado, há tão somente a transferência do problema, ou seja, do acúmulo de processos, que antes se dava nos protocolos, e agora passa a acontecer nos gabinetes.

Além disso, buscou-se também sedimentar o entendimento já predominante de que é necessário separar os processos grandes daqueles de menor monta, mais simples e que detêm a possibilidade de serem resolvidos em um período mais curto de tempo.

Mas as alterações introduzidas não se limitaram a prever direitos ao jurisdicionado, obrigações para o Judiciário e institutos voltados para a aceleração do tempo de tramitação processual. Mais do que isso, o legislador criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), um órgão destinado, precipuamente, à proteção das prerrogativas do Poder Judiciário e fiscalização de sua atividade jurisdicional e administrativa.

As alterações promovidas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foram muito bem recebidas pela doutrina e pelos magistrados brasileiros. No dizer de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³⁹⁶,

Sabe-se que no Brasil a morosidade dos processos judiciais e a baixa efetividade de suas decisões, dentre outros males, retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. Diante dessa realidade, é indiscutível a importância que assume a consagração, em favor dos cidadãos, do direito de ver julgados, em prazo razoável, sem demora excessiva ou dilações indevidas, os litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário (e também da Administração Pública, no âmbito dos processos administrativos).

A respeito das críticas de que a previsão constitucional em nada adiantará para a aceleração da tramitação judicial dos feitos, Adriana Grandinetti Viana³⁹⁷ entende que,

De nada adianta criticar este novo direito fundamental contemplado na nossa Constituição, pois este só veio para corroborar com a tese de que a celeridade e a tempestividade da tutela jurisdicional são o alicerce de toda reforma que agora foi introduzida. A introdução do inc. LXXVIII poderá ter um mérito maior se olharmos para a frente e observarmos qual será a postura do Poder legislativo para alcançar o grande objetivo que é a conclamação da justiça cada vez mais célere. Será uma tarefa do legislador, como também das autoridades administrativas e judiciárias, a empreitada de modificar as condições que não são suficientes para assegurar a razoável duração do processo.

Mesmo porque a jurisprudência já havia, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, entendendo pelo direito à razoável duração processual:

PENAL E PROCESSUAL. HOMICÍDIO SIMPLES. PRONÚNCIA. PRISÃO. RECAMBIAMENTO. JULGAMENTO. PRAZO. EXCESSO. O princípio da razoabilidade é ínsito ao devido processo legal, razão por que tem o acusado o direito de ser julgado em prazo razoável. Na espécie, é manifesto o constrangimento ilegal, já que o acusado, preso após a pronúncia, encontra-se sob custódia há três anos e meio, aguardando recambiamento para o Juízo processante. Ordem concedida, para que o paciente aguarde o julgamento em liberdade, informando o endereço onde possa ser encontrado. (HC 27.723/PE, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 18 set. 2003, DJ 13 out. 2003, p. 451).

³⁹⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 212. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/17229006/1644910083/name/36311382-33803201-DCD-MA-VP-pdf.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 11h14.

³⁹⁷ VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social**. 2007. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2008-06-13T104547Z-871/Publico/Adriana_Grandinetti.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2011, 11h35.

Posteriormente, a previsão constitucional deste princípio foi definitivamente consagrada pelos Tribunais:

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÕES FEITAS PELO CÔNJUGE VARÃO, FALECIDO, EM NOME DE SUA ESPOSA. MORTE DO VARÃO SEM DEIXAR PATRIMÔNIO. INVASÃO DA LEGÍTIMA. RECURSO PROVIDO. VOTO VENCIDO. (...) 8. O requisito do prequestionamento demanda que a matéria, como um todo, tenha sido enfrentada pelo Tribunal de origem. Eventual anulação do processo com base na ofensa ao art. 535 do CPC apenas para que o Tribunal se manifeste expressamente quanto a um tema que foi debatido em todo o processo implicaria ofensa ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII, da CF/88). (...). 11. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 918.643/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 26 abr. 2011, DJe 13 mai. 2011).

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE EXAME DE ADITAMENTO INOPORTUNO. OBJETIVO DE CONFERIR EFEITOS INFRINGENTES AOS ACLARATÓRIOS. EXCEPCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA. (...). 2. O aditamento à petição de habeas corpus, a bem da principiologia do direito processual constitucional - v.g. instrumentalidade das formas, princípio da eventualidade e razoável duração do processo -, deve circunscrever-se às hipóteses de advento de fatos posteriores à impetração que justifiquem o alargamento do pedido. Na espécie, após o indeferimento da liminar, da apresentação das informações e do parecer ministerial, pretender a distensão do objeto do *mandamus* a fim de abarcar insurgência deduzida meses antes, em recurso especial, indica a impertinência do aditamento. Assim, não há impropriedade na decisão que julga prejudicado o habeas corpus tendo em conta apenas a pretensão contida na inicial, desconsiderando-se o teor de inadvertido pedido de aditamento. 3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no HC 98.910/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17 mai. 2011, DJe 01 jun. 2011).

Não obstante tudo isso, desde o início duas questões fundamentais instalaram-se: “o que se deve entender por razoável duração do processo?” e “qual seria o intervalo de tempo que poderia ser considerado razoável em relação à peregrinação de um processo por todas as instâncias judiciais?”. Em vista disso, a expressão “razoável duração do processo” desde logo figurou como conceito jurídico indeterminado, ou seja, seu conteúdo e extensão são incertos, não sendo dotado de um sentido preciso e objetivo.

Diante dessa vagueza de significação, buscou-se refinar a idéia de razoável duração do processo, no intuito de objetivá-lo e produzir um conceito suficientemente apto a traduzir seu verdadeiro alcance.

Entretanto, não se trata de tarefa fácil, não havendo ainda uma conceituação pronta e determinada.

Carlos Henrique Ramos, citado por Dilson Neto e Flávia Pessoa, explica que o *núcleo do conceito da razoável duração do processo é, portanto, viabilizar que as partes*

*tenham plena capacidade de trazer seus argumentos, bem como garantir que o juiz tenha condições de analisar as provas num tempo razoável para formar sua convicção*³⁹⁸.

O mestre Alexandre de Freitas Câmara ensina:

Não se pode considerar que o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional sirva de base para a construção de processos instantâneos. (...) Pode-se comparar o processo a um automóvel trafegando por uma estrada. Automóveis excessivamente lentos são tremendamente perigosos, podendo causar acidentes. Mas tão perigosos quanto eles são os automóveis que trafegam em velocidade excessivamente alta. Muitas vezes, os acidentes por estes causados são ainda mais graves. O processo excessivamente lento é incapaz de promover justiça, pois justiça que tarda falha. De outro lado, porém, o processo excessivamente rápido gera insegurança, sendo quase impossível que produza resultados justos³⁹⁹.

O Eminentíssimo professor WAMBIER, citado por Ivonaldo Mesquita, por sua vez, leciona que *a duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre a definição segura da existência do direito e a realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz*⁴⁰⁰.

Também se deve avaliar se não é a própria parte quem dá causa à demora. Esse é o magistério de Guilherme Assis de Almeida, ao consignar que,

Deve-se sempre ter em mente a complexidade da causa, quantidade de réus e testemunhas, e o parâmetro da razoabilidade, assim como se há contribuição da parte para a demora processual por meio de atos processuais, tais como: (a) expedição de carta rogatória para a oitiva de testemunhas; (b) expedição de cartas precatórias para a inquirição de testemunhas; e (c) instauração de incidente de insanidade mental do paciente, dentre outros⁴⁰¹.

Além disso, vários outros critérios deverão ser considerados para que se verifique a ocorrência de lesão a este princípio, dentre os quais se podem citar a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, do direito de acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, dentre outros.

³⁹⁸ RAMOS, Carlos Henrique *apud* BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 5, n. 506. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1974>>. Acesso em: 11 ago. 2011.

³⁹⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 58.

⁴⁰⁰ MESQUITA, Ivonaldo da Silva. **O princípio fundamental à razoável duração do processo e celeridade de tramitação**. Artigo Jurídico (Especialização em Direito Processual). Universidade Estadual do Piauí, Piauí, p. 8. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/O%20PRINC%C3%8DPIO%20FUNDAMENTAL%20C3%80%20RAZO%C3%81VEL%20DURA%C3%87%C3%83O%20DO%20PROCESSO%20E%20CELERIDADE%20DE%20TRAMITA%C3%87%C3%83O.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 12h05.

⁴⁰¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci. **Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 117.

Porém, ressalte-se que essa fluidez da expressão possui vantagens. No dizer de Isabelle Braga Guimarães:

A abertura desse conceito significa, em última análise, a possibilidade de determiná-lo especificadamente, à medida que a utilização de fórmulas pré-concebidas, com regulamentação exaustiva implicaria em retirar-lhe o seu próprio conteúdo. Isso se justifica devido à multiplicidade de processos, ritos e partes litigantes que a realidade apresenta, não se podendo fixar anteriormente esse conceito, sob pena de o tornar inválido. O princípio fundamental à razoável duração do processo deve-se, portanto, ser adaptável a qualquer dos litígios que se encontrem sob sua égide, não sendo defeituoso o fato dele ser positivado através de cláusula geral⁴⁰².

Em decorrência das alterações perpetradas por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, o legislador infraconstitucional passou a ser destinatário da responsabilidade maior de dar cumprimento aos mandamentos acrescentados ao texto constitucional, através da elaboração de leis que introduzissem modificações no ordenamento jurídico pátrio que trouxessem efetivas mudanças no sistema processual atual, de maneira a conferir eficácia ao comando normativo insculpido na Carta Magna.

Em entrevista à Revista Veja, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa foi enfático ao afirmar que,

Os processos demoram muito porque as leis são muito intrincadas, malfeitas. As leis não foram pensadas para dar solução rápida aos litígios. É um problema cultural, de falta de sentido prático para resolver as coisas. Deveríamos nos espelhar um pouco na Justiça americana, na rapidez com que ela resolve a maioria dos casos. Se um sistema judiciário não dá resposta rápida às demandas de natureza econômica, de natureza criminal, ele produz evidentemente uma descrença, um desânimo, que atingem a sociedade como um todo, inibindo investidores e empreendedores⁴⁰³.

Mais adiante, o Ministro fala acerca do excesso de instâncias, entendendo que,

É absurdo um sistema judiciário que conta com quatro graus de jurisdição! Deveriam ser apenas duas instâncias, como é no mundo inteiro. Essas instâncias favorecem o excesso de recursos. Faz sentido em um país do tamanho do Brasil ter um sistema judicial em que tanto a Justiça Federal quanto a Justiça dos Estados tenham como órgãos de cúpula das suas decisões duas cortes situadas na capital federal, uma com onze ministros e outra com 33? Bastaria uma. Em vez de termos duas cortes superiores para a Justiça comum, o Supremo e o Superior Tribunal de

⁴⁰² GUIMARÃES, Isabelle Braga. **Direito fundamental ao processo penal no prazo razoável**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2794, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18565/direito-fundamental-ao-processo-penal-no-prazo-razoavel>>. Acesso em: 11 jun. 2011.

⁴⁰³ BARBOSA, Joaquim. Político não pega cadeia. **Revista Veja**. Ed. n. 2221, ano 44, n. 24, p. 17-21. Junho/2011.

Justiça, em Brasília, poderíamos ter pequenas cortes, de no máximo sete juízes, em cada Estado. Uma estrutura mínima que pulverizaria o trabalho do Superior Tribunal de Justiça. Só viriam para o Supremo os processos que tratassem de questões verdadeiramente constitucionais. Essa seria a maneira correta de o sistema funcionar⁴⁰⁴.

E, ao final, arremata:

O Brasil precisa urgentemente de um sistema judicial que dê respostas rápidas às demandas do cidadão por Justiça. Repito: não há como obter essas respostas rápidas com um sistema judicial com quatro graus de jurisdição. Isso é patético! Eu desafio qualquer um a me apontar uma única democracia minimamente funcional em que sejam necessárias quatro instâncias, que permitam dezenas de recursos, para que as decisões dos juízes, por mais singelas que sejam, tenham efetividade⁴⁰⁵.

O Tribunal de Justiça do Acre, em decisão exemplar, condenou o Estado do Acre a indenizar o jurisdicionado, nesses termos:

CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. DESÍDIA. PREJUÍZO DA PARTE AUTORA. DANO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Em homenagem ao princípio da duração razoável do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna, havendo demora injustificada na prestação jurisdiccional, causando prejuízo ao jurisdicionado, deve o Estado indenizar o dano eventualmente sofrido pela parte. (Apelação Cível n. 2009.003074–9, Relatoria Des. Miracele Lopes, Câmara Cível do TJ/AC, julgamento em 29 de outubro de 2009).

Ademais, afigura-se importante lembrar que a celeridade processual deve ser observada com equilíbrio, uma vez que se está diante de um sistema jurídico onde há outros princípios de igual relevância que necessitam de respeito, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Condição *sine qua non* é o cumprimento de todas as fases processuais, com cada etapa realizada na forma da lei. O procedimento exige *per se* uma certa demora mínima, o curso normal da vida do processo, atente, deve ter uma demora razoável, mas, o que é demora razoável?

Sobre o assunto, o Tribunal Interamericano de direitos Humanos estabelece alguns *critérios a serem observados sobre a demora razoável*⁴⁰⁶: 1) *Complexidade da Causa*;

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem.*

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁰⁶ Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/44357609/Principios-Do-Processo-Civil>>. Acesso em: 11 jun. 2011, 15h45.

II) *Comportamento do Juiz*; III) *Comportamento das Partes*; IV) *Infraestrutura do Órgão Jurisdicional*.

Dessa forma, se respondidos negativamente esses critérios, verifica-se que houve demora, e o Estado poderá responder por isso. Lembrando que o Brasil já foi condenado perante a Corte Interamericana⁴⁰⁷.

R) PREPONDERÂNCIA DO USO DO MÉTODO DA PONDERAÇÃO SOBRE O MÉTODO DA SUBSUNÇÃO⁴⁰⁸: USA-SE UM MEIO TERMO ENTRE A VINCULAÇÃO E A FLEXIBILIDADE⁴⁰⁹

Vimos que a Constituição Federal de 1988 é composta por regras e princípios. Há um método específico para a aplicação das regras denominado subsunção e, outro para a aplicação dos princípios, denominado *ponderação*.

Então, o método da *ponderação* é um modo a ser utilizado para aplicação de princípios nos problemas de difíceis resoluções, haja vista os princípios serem normas passíveis de interpretação, dada a sua flexibilidade, sendo certo que, nem sempre o princípio da boa fé, por exemplo, possui o mesmo valor para um caso que teria em outro.

Pois bem! Diante de um *caso concreto de difícil solução*⁴¹⁰, o intérprete, numa análise de quais seriam os direitos fundamentais a serem usados naquele caso, aplicará os princípios jurídicos condizentes ao problema, e do rol desses princípios escolhidos, dará um peso a cada um deles considerando o grau de importância para aquele problema específico e, assim, encontrará a melhor solução para caso concreto.

Já as regras são ponderadas pelos legisladores, por isso, o aplicador não possui margem para ponderá-las e sim para aplicá-las, daí para a aplicação dessas regras os

⁴⁰⁷ *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010, 15h.

⁴⁰⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17h23.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010, 15h.

critérios são mais exigentes, tanto que os doutrinadores pátrios costumam exemplificar usando o termo *tudo ou nada*⁴¹¹. Quando a regra *é válida será aplicada em toda a sua extensão, quando inválida não será aplicada*⁴¹².

Assim, o método da *subsunção* é utilizado na aplicação das regras de uma forma bem *vinculada* à literalidade da lei, e o da *ponderação* de forma *flexibilizada*.

Havendo confrontos entre os princípios, o intérprete deverá priorizar aqueles ressaltados pelas teorias pós-positivistas, os quais são o da *dignidade da pessoa humana* e, no âmbito processual o da *razoabilidade ou proporcionalidade*, advinda do *devido processo legal*.

Quanto mais garantida a dignidade humana das partes na relação jurídica, e mais razoável no tocante à segurança jurídica, mais justa será a decisão.

Com maestria, aduz o eminente juiz de Direito Mádson Ottoni que *cabe ao magistrado fazer a ponderação de interesses e o exame de elementos de necessidade e adequação por ocasião do ato decisório concretizador desses direitos fundamentais*⁴¹³, referindo-se ao notório fato da existência de limitação dos recursos públicos para o atendimento da crescente necessidade social.

R.1) EXEMPLO DE PONDERAÇÃO NA JUSTIÇA COMUM

Um exemplo típico de ponderação de princípios é o já aludido em tópico anterior, que tratava acerca da ponderação e da argumentação, caso de Fernandinho Beiramar, onde o Juiz Federal Odilon de Oliveira, titular da Vara de Execuções Penais do Presídio Federal de Campo Grande, determinou restrição total de envio ou recebimento de correspondências.

⁴¹¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em 08 jan. 2011, 17:23h.

⁴¹² ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência**. Revista eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2011, 18h45.

⁴¹³ RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 387.

Ora, conforme já se disse, sabe-se que o preso possui direito a contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes, em conformidade com o estabelecido no inciso XV do artigo 41 da Lei n. 7.210/84 – Lei de Execução Penal.

No entanto, ressalte-se novamente, que o referido magistrado destacou na sua decisão que “mesmo uma pequena quantidade de correspondências tem potencial para permitir contatos perniciosos entre membros de facções ou de grupos criminosos”.

Assim, sopesou-se no caso em análise o direito à comunicação do preso e o direito à segurança, este consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tendo o magistrado optado por este em detrimento daquele.

Este raciocínio, o qual, conforme já salientado, está correto do nosso ponto de vista, não impede que noutro caso concreto o julgamento seja invertido, pois vários pesos poderão ser atribuídos ao mesmo princípio.

R.2) EXEMPLO DE PONDERAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Verifica-se outro exemplo de ponderação quando os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho (TST) admitem que o empregador viole o e-mail do empregado para demitir por justa causa.

Assim, para obter provas que justifiquem a demissão do empregado por justa causa, o patrão tem o direito de violar o sigilo de correspondência de caixa eletrônica que a empresa tenha, por ventura, colocado ao dispor do funcionário.

A decisão do Tribunal Superior do Trabalho⁴¹⁴ garantiu o direito do HSBC Seguros Brasil em demanda judicial com um ex-funcionário, que fora demitido por justa causa pelo fato de usar o e-mail do trabalho para encaminhar aos colegas fotografias de mulheres despidas.

O ministro relator da 1ª Turma do TST, João Oreste Dalazen, informou a existência de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos cuja fundamentação aduz no sentido de os funcionários possuírem o direito à privacidade no âmbito laboral, porém este

⁴¹⁴ Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/40054550/2-APOSTILA-ETICA-2008atualizadaaluno>>. Acesso em: 22 ago. 2011, 21h38.

direito não é absoluto. Lembrou também a existência de lei no Reino Unido onde é facultado ao empregador monitorar tantos os e-mails como os telefonemas realizados pelos empregados no local de trabalho.

Os ministros do TST aduziram que o empregador pode exercer "de forma moderada, generalizada e impessoal" o controle de mensagens da caixa de e-mail fornecida pelo empregador, porque a empresa poderia ser responsabilizada por eventuais abusos.

Verifica-se que a decisão prioriza a verdade real em face do sigilo de correspondência, visto que o caso requer.

S) A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO É USADA NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Todas as decisões e pareceres proferidos pelos integrantes dos Poderes Públicos devem ser fundamentados, acessíveis e lógicos. A técnica da argumentação jurídica deverá ser utilizada, sobretudo, nos casos de aplicação do método da ponderação, que possui o cunho de esclarecer o motivo daquelas tomadas de decisões e soluções, uma vez que o *intérprete criador da norma*⁴¹⁵ conta com um abrangente campo para a interpretação.

A técnica exige que a argumentação do julgador seja baseada nas normas constitucionais, demonstrando de forma indubitável quais as razões para aquelas escolhas, funciona como um *controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação*, visto que *deve sustentar fundamentos normativos e não pessoais, ou morais*⁴¹⁶.

Dada a exigência da argumentação jurídica é que discordamos, data venia, dos críticos do neoconstitucionalismo, quando os mesmos atribuem o caráter absoluto de subjetividade à decisão judicial, visto que o juiz não fica ao seu bel entender, mas sim obrigado a fundamentar sua decisão pela técnica jurídica da argumentação.

⁴¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em 04 nov. 2010, 16h.

⁴¹⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.fempaprp.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2011, 16h53.

T) LIMITES ANTES IMPOSTOS AO JUDICIÁRIO CEDEM LUGAR AO ATIVISMO JUDICIAL⁴¹⁷

A atividade judicial fica mais complicada, uma vez que, além de aplicar a legislação abstrata através das regras, passa a aplicar os princípios constitucionais requerendo um maior grau de exigência intelectual, dada a necessária interpretação que o caso concreto de difícil solução requer. Aliado a isso, há ainda a adoção dos novos métodos da *ponderação*, cuja fundamentação requer uma moderna técnica chamada *argumentação*, assim, o juiz, de um mero reconhecimento técnico, passa a criar uma norma para o caso concreto, cujo termo é denominado pela doutrina *reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional*⁴¹⁸.

*O juiz deixa de exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social*⁴¹⁹.

Nesse contexto, observa-se a passagem de um *Judiciário em crise pela erosão da legitimação clássica da atuação dos juízes*⁴²⁰, atrelado a um suficiente processo *lógico-dedutivo cuja interpretação foi reduzida a uma exegese de texto*⁴²¹, para um Judiciário criativo no sentido de interpretar não apenas a literalidade do texto, mas sim os valores contidos em todo o ordenamento jurídico, sobretudo, à luz da Lei Fundamental.

Sob o ponto de vista crítico, inúmeros são os argumentos contrários à denominada *politização do judiciário*, como também no que diz respeito à própria *morosidade* da justiça.

Sem embargos, o Poder Judiciário passa a ser a luz de esperança na busca pela excelência na qualidade dos seus próprios serviços, tendo, inclusive, como expoente dessa nova postura, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), exercendo forte atuação no combate à corrupção, não devendo ser interpretado como uma intromissão, pois, de forma

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 04 nov. 2010, 16h.

⁴¹⁸ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

⁴¹⁹ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 5. Acesso em 05 fev. 2011, 14h24.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*, p. 8.

⁴²¹ *Idem, ibidem*, p. 2.

brilhante trabalha para facilitar a realidade prática do dia a dia das pessoas ao tomar as rédeas da administração do Judiciário. Além da fundamental função julgadora, o Poder Judiciário, histórica e efetivamente, passa a ser administrado por um Conselho voltado para a busca de soluções de problemas atuais que giram em torno do binômio Judiciário-jurisdicionado.

Quanto à morosidade, verificamos já ter melhorado durante os poucos anos de existência do CNJ, porém ainda falta muito.

Nesse diapasão, podemos enxergar o Poder Executivo, que deveria ser o primeiro a dar exemplo, ao contrário, além de assoberbar o aparelho judicial, tumultuar e protelar o máximo possível o cumprimento das decisões judiciais, quando sabe ser devedor, a exemplo do que ocorre com os milhares de processos previdenciários, cujos objetos das ações são exatamente os mesmos. Numa simplória comparação, seria o caso de um município, por exemplo, direcionar os veículos oficiais, num determinado horário, para trafegar somente por uma avenida, prejudicando o fluxo naquele local.

O agir do ativismo judicial deve ser proporcional à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana, atendendo ao mínimo existencial, *não devendo alternar ao “sabor dos ventos”, ora pendendo para a autocontenção ora para o ativismo*⁴²².

Em suma, é incabível negar a *valorização do Poder Judiciário*⁴²³, na verdade, com o *neoconstitucionalismo*, o Poder Judiciário deixa de estar atrelado somente a uma aplicação de leis, a exemplo do adágio popular “um elefante de circo preso a um banco”, e enxerga que possui as ferramentas necessárias para transformar a vida das pessoas, fazendo do Brasil um país digno de ser vivido.

U) RECONHECE-SE A CRIAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PELO JUIZ

⁴²² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 241.

⁴²³ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

Pela teoria de CHIOVENDA⁴²⁴, a jurisdição é vista como a função voltada para a atuação da vontade concreta da lei, isto é, o real poder estatal estava na vontade do legislador, enquanto o juiz somente se manifestava quando autorizado pelo legislador. A escola chiovendiana expressa o pensamento do positivismo jurídico, o qual se resume em afirmar que a função do juiz é aplicar a vontade da lei.

Já para CARNELUTTI⁴²⁵, a atividade do juiz é jurisdicional quando houver a presença da lide, defendendo a aludida teoria que a sentença torna concreta a norma abstrata e geral; significa afirmar que a sentença cria uma norma particular para o caso concreto.

Da mesma forma pensa CALAMANDREI⁴²⁶ ao ensinar que a lei geral é individualizada com a sentença judicial, ou seja, a lei abstrata se individualiza por obra do juiz.

Assim, na visão de CHIOVENDA o juiz declara a vontade da lei, já para CARNELUTTI e CALAMANDREI, seguidores do pensamento de Hans Kelsen, o juiz cria a norma individual.

Para Hans Kelsen, o juiz, quando aplica a lei, cria a sentença, então, ao aplicar a norma geral, cria concomitantemente a norma individual. A teoria kelseniana defende que a Constituição é pura criação do legislador e a sentença é pura aplicação do Direito. Em dedução, *o legislador aplica a Carta Fundamental e cria a norma geral, enquanto o juiz aplica a norma geral e cria a norma individual*⁴²⁷.

Quando KELSEN afirma que *o juiz ao proferir a sentença produz uma norma jurídica concreta*⁴²⁸, na verdade, pretende aduzir que *o juiz pode criar a norma individual que não tenha base em uma norma jurídica já existente*⁴²⁹.

O fato que se extrai de todas as eruditas lições ensinadas pelo eminente MARINONI: *os processualistas clássicos não comungam com o poder criativo do juiz no sentido utilizado como criação da norma abstrata*⁴³⁰.

⁴²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35-37.

⁴²⁵ *Idem, ibidem*, p. 37-38.

⁴²⁶ *Idem, ibidem*, p. 40-41.

⁴²⁷ *Idem, ibidem*, p. 38-39.

⁴²⁸ *Idem, ibidem*, p. 38.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*.

⁴³⁰ *Idem, ibidem*, p.35-41.

Note-se que os doutrinadores contemporâneos também não entendem que o poder criativo do juiz seja tido como o poder de criar uma norma abstrata e geral como cria o legislador; absolutamente, a doutrina dominante demonstra que o juiz não deve mais ficar adstrito ao legislador para aplicar de forma direta e imediata os direitos fundamentais, como acontece no Direito Constitucional clássico.

Com a nova dogmática, o juiz, diante do caso concreto, deverá exercer uma atividade mais criativa ao buscar o sentido das cláusulas abertas já fornecidas pelo Poder Legislativo, daí a doutrina pátria denominar *papel criativo do intérprete*⁴³¹, e, quando o órgão jurisdicional encontrar a solução mais adequada para o problema, construirá então a norma jurídica, porém, sempre a norma jurídica individual.

Com a nova técnica da argumentação o *intérprete criador da norma*⁴³² esclarecerá o porquê da decisão ser a melhor possível para o jurisdicionado naquele caso, realmente, com a nova interpretação, o juiz passa a criar a norma jurídica numa atividade bem mais criativa que apenas pronunciar a vontade da lei, o que, no nosso entender, é perfeitamente apropriado.

Pode o juiz *ditar uma norma jurídica criada diante do caso concreto*⁴³³.

No pós-positivismo jurídico, o poder criativo do intérprete juiz ou administrador, é amparado pelas técnicas legislativas que adotam as cláusulas de expressões abertas como bem comum, interesse público, boa fé, etc. O papel criativo do julgador é reforçado pelo método da ponderação, que proporciona uma valoração de pesos aos princípios, como também pela técnica da argumentação jurídica que lhe dá respaldo pelos fortes argumentos e fundamentações utilizados.

Para solucionar o abaloamento de processos existentes nos tribunais, e diante dos sérios problemas enfrentados pela realidade da vida atual, tais como as drogas, o crime organizado, o incremento das relações comerciais decorrente do estreitamento do mundo via *internet*, a comercialização de órgãos humanos, o acentuado consumo nas sociedades, *bullying* e muitos outros, o intérprete deve estar munido de condições para resolver os problemas de difíceis soluções; deve estar dotado de, no mínimo, um campo

⁴³¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 244.

⁴³² BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em 04 nov. 2010, 16h.

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

abrangente para interpretação, interpretação esta, por sua vez, não ilimitada, mas sim demarcada nos limites dos princípios, valores e direitos fundamentais.

O objetivo das teorias *neoconstitucionalistas*, a nosso sentir, é permitir a proteção dos direitos fundamentais ao cidadão, ainda quando esta proteção não tenha sido realizada pelo legislador, o que não significa dizer que o juiz venha a criar direitos; *in casu*, cabe ao Poder Judiciário trazer a memória, efetuar quantas pesquisas se fizerem necessárias para a proteção desses direitos, afinal, esta é a sua principal missão, isto é, proferir não apenas uma decisão, mas uma decisão justa.

V) INSTITUI-SE NOVOS DEVERES AO JUIZ COMO O DA COOPERAÇÃO⁴³⁴ E, EM DECORRÊNCIA, O DE PREVENÇÃO, AUXÍLIO, ESCLARECIMENTO, CONSULTA, CORREÇÃO E URBANIDADE⁴³⁵

A nova cultura institui novos deveres aos advogados, serventuários, peritos, testemunhas, deveres estes, *de boa-fé e lealdade*⁴³⁶, assim como ao *juiz* o de *cooperação*, do qual decorrem os de *proteção, prevenção, auxílio, esclarecimento, consulta, correção e urbanidade* às partes. A razão mostra que os operadores do Direito devem se unir na busca de, cada vez mais, proporcionar o livre e amplo acesso à Justiça, com qualidade na prestação jurisdicional independentemente da opção pela carreira no Judiciário, Ministério Público ou Advocacia.

São elogiáveis iniciativas como a do Supremo Tribunal Federal em elaborar o *guia para advogados*⁴³⁷.

Por isso, com base no combate ao formalismo excessivo e nesses deveres, descabe ao Judiciário a prática de determinados atos verificados anteriormente, como

⁴³⁴ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessoalismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 24 jan. 2011, 17h.

⁴³⁵ FREITAS, Gustavo Martins de. **O princípio da colaboração no processo civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7850>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 12h47.

⁴³⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 144.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Guia do Advogado**. Disponível em: <www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/895621/PDF/895621.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2011, 23h11.

extinguir o processo por inépcia da petição sem antes oportunizar a emenda da mesma, inclusive, deixando claro qual o motivo da inépcia.

Nesse sentido, o autor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira destaca algumas situações, dentre outras:

É inaceitável não se conhecer do recurso porque o carimbo autenticador, de lavra do próprio tribunal, está ilegível; deixar de receber como arresto o pedido de apreensão e depósito de algum bem para prevenir dano; deixar de relevar a falta quando, por informações virtuais equivocadas advindas do próprio tribunal, induzirem ao advogado a perda de prazo⁴³⁸.

W) BUSCA-SE O APERFEIÇOAMENTO DAS TUTELAS COLETIVAS

A cada dia valoriza-se a tutela coletiva, quebrando-se assim um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples, ao ponto de hoje termos os denominados *microsistemas*.

É que tradicionalmente o ordenamento jurídico brasileiro assegurava os direitos individuais, mas somente em casos especialíssimos permitia que se postulasse o direito alheio em nome próprio.

Assim, os direitos individuais, pelo fato de possuírem sujeitos definidos, ficavam sempre protegidos, o que não acontecia com os direitos transindividuais, os quais, pelo fato de não possuírem titulares específicos, deixavam os interesses difusos e coletivos, a exemplo do consumidor e o meio ambiente, sem a devida proteção.

Isso ocorreu até o surgimento da *ação civil pública*, com o advento da lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que modificou essa realidade completamente; hoje, na fase do Direito Contemporâneo, vive-se a chamada *tutela das massas*.

O Direito tenta se adequar para tutelar os direitos dos grupos de pessoas determinadas ou indeterminadas, dessa forma, surgem as ações de natureza coletiva, previstas na Constituição Federal de 1988, na defesa de direitos individuais homogêneos, cuja titularidade pertence a uma coletividade, amparadas pela edição de leis específicas, como a lei de apoio às Pessoas Portadoras de Deficiência (Lei 7.853/89), Estatuto da Criança

⁴³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 168-169.

e do Adolescente (Lei 8.069/90), Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Diante do desenvolvimento da sociedade, onde o cidadão conta com o mundo mais estreito, as relações comerciais são tratadas dentro dos nossos lares através do fácil acesso à internet, do mercado financeiro acirrado, dos créditos disponíveis com facilidades exacerbadas. Esses fatores, aliados ao fato de as políticas públicas não darem conta das necessidades do povo brasileiro, dão ensejo ao surgimento dessa forte tendência ao aperfeiçoamento das tutelas coletivas.

Nesse corolário de aperfeiçoamento surge a figura do microsistema. Consoante os ensinamentos do Eminentíssimo Fredie Didier, com a criação do “Código de Defesa do Consumidor – CDC” e a alteração dele advinda no artigo 21 da “Lei de Ação Civil Pública – LACP”, *cria-se a novidade de um microsistema processual para as ações coletivas. No que for compatível, seja a ação popular, ação civil pública e mesmo no mandado de segurança coletivo, aplica-se o título III do referido Código de Defesa do Consumidor*⁴³⁹.

O microsistema é um corolário de legislações relativas a direito coletivo reunidas no escopo de proteger os integrantes da massa coletiva, pois juntas formam um sistema muito especial. Consiste no *conjunto de disciplinas especiais com o mesmo escopo (tutela de massa); é marcado pela reunião intercomunicante de vários diplomas*⁴⁴⁰.

Sobre microsistema vale ressaltar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em voto do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux:

(...) A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (...). (REsp 510150 MA 2003/0007895-7, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 17 fev. 2004, DJ 29 mar. 2003)

Certo é que o caráter individualista do processo não mais atende às necessidades coletivas, fazendo-se realmente necessário a afirmação de novas regras, daí a existência de quatro anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos. Enquanto não entram em vigor, *a disciplina comum das ações coletivas no Brasil encontra-se, portanto,*

⁴³⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. V. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 51.

⁴⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 49.

estabelecida no Título III do CDC, que representa, por ora, o Código Brasileiro de Processos Coletivos⁴⁴¹.

Na ordem de ideias, ensina com muita propriedade o professor Fredie Didier Jr.⁴⁴² que, havendo problemas na Ação Civil Pública, o caminho a ser seguido perfaz, em primeiro lugar, encontrar a solução na própria Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), em segundo, no Título III do CDC, em terceiro, nas outras leis que tratem de tutela coletiva; enfim, os códigos não são mais subsidiários, como antes.

X) VALORIZA-SE A PRIMAZIA DA JUSTIÇA PARTICULAR SOBRE A GERAL⁴⁴³

Há a valorização de uma *análise mais individual e concreta que a geral e abstrata*⁴⁴⁴, onde cada caso passa a ser analisado de forma particularizada; dessa forma, há maior probabilidade de se alcançar uma justiça mais justa.

Com a aplicação dos princípios através do método da ponderação e a técnica da argumentação, os casos concretos naturalmente passaram a ser mais analisados pormenorizadamente, o que dificilmente se daria de modo diferente.

Y) VALORIZAM-SE OS TEMAS HUMANISTAS NA FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DE DIREITO

Em tempos atuais, há uma valorização dos assuntos humanistas na formação do profissional do Direito, pois este além do domínio nas técnicas jurídicas, há de ter também conhecimentos nos assuntos que dão base ao Direito, como os temas sobre ética, ética, filosofia e sociologia do Direito.

Isso porque o profissional do Direito, seja Advogado, Magistrado, membro do Ministério Público ou Serventuário do Judiciário, lida diariamente com questões que

⁴⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 48-49.

⁴⁴² *Idem, ibidem*, p. 52.

⁴⁴³ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo**: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador/BA, n. 17, jan-fev-mar-2009, ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2010, 14h20.

⁴⁴⁴ *Idem, ibidem*.

envolvem conflitos na sociedade permeados por valores de suma importância, a exemplo da liberdade e a propriedade, e seus atos e decisões influem diretamente na vida dos jurisdicionados, razão pela qual aquele profissional deve exercer o seu ofício de forma cidadã, utilizando-se de conceitos do campo das matérias da filosofia e sociologia jurídica.

Essa exigência de um conhecimento mais amplo é uma tendência que tem se fortalecido de tal maneira que as provas exigidas em concursos públicos estão priorizando esses temas, a exemplo do que ocorre com as provas do Judiciário, do Ministério Público, do Exame de Ordem da OAB, ao qual são submetidos os novos bacharéis em Direito como requisito formal para o exercício profissional, que prevê no seu Edital que *a prova objetiva conterà, no mínimo, 15% (quinze por cento) de questões versando sobre o Estatuto da Advocacia e da OAB e seu Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina e Direitos Humanos*⁴⁴⁵.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da *Resolução n. 75*⁴⁴⁶, de 12 de maio de 2009, dispôs sobre regras dos concursos públicos para ingresso na magistratura em âmbito nacional trazendo no seu escopo essa nova visão.

Acerca do tema, matéria publicada no Jornal Tribuna do Norte destacou a recomendação do CNJ para que essas provas contivessem questões mais humanistas:

(...) O Conselho nacional de Justiça (CNJ) instituiu a cobrança de disciplinas como sociologia e filosofia do direito na avaliação dos candidatos. Nas provas discursivas da segunda fase das provas para juiz, são cobradas noções gerais de direito e formação humanista. Com isso, o CNJ espera conferir aos futuros operadores do direito um conhecimento humanístico mais amplo, com o objetivo de refletir nova postura nas sentenças, quebrando a "frieza" e distanciamento dos profissionais em relação aos problemas reais dos cidadãos. (...) ⁴⁴⁷.

No nosso entender, uma formação humanística que valorize os conhecimentos de áreas relativas ao comportamento humano em sociedade, tais como a ética, sociologia, filosofia, dentre outras, é essencial para que o profissional do Direito, em qualquer área que ele deseje atuar, entenda o sentido multidisciplinar que o Direito deve ter nas relações sociais constituídas pelas pessoas humanas.

⁴⁴⁵ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 15 jun. 2011. Disponível em: <http://oab.fgv.br/upload/157/Edital%20IV_Exame%20de%20Ordem%20Unificado.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2011, 20h35.

⁴⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 12 mai. 2009. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2011, 20h38.

⁴⁴⁷ JORNAL TRIBUNA DO NORTE, 09 ago. 2011. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/cnj-recomenda-provas-com-questoes-mais-humanistas/191581>>. Acesso em: 29 ago. 2011, 20h23.

Nesse sentido, reconhecer os temas ligados a essas áreas afins certamente trará àquele profissional uma visão mais humanitária e próxima da realidade do verdadeiro significado da palavra “Justiça”.

Como foi visto, para alcançar a Justiça, a ciência do Direito tem que acompanhar a evolução das transformações sociais, por isso, a cultura pós-positivista valoriza que o Direito mantenha intimidade com outras ciências humanas, a exemplo da hermenêutica filosófica.

Z) VERIFICA-SE A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL⁴⁴⁸

Sobre a expansão da jurisdição constitucional ensina o doutrinador GARAPON, citado por PEGORARO JÚNIOR, que a mesma *está atrelada à própria existência das sociedades democráticas, o número elevado de demandas é um fenômeno social e não jurídico*⁴⁴⁹.

Continua o autor Paulo Roberto Pegoraro Júnior:

(...) Ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade. A importância crescente da justiça, com a explosão de pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo político. **Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso esteve tão aberto**, não parando de se alargar as funções que a democracia confia na justiça, parecendo ser ilimitadas⁴⁵⁰ (**grifos nossos**).

A título exemplificativo, durante o período de *05.10.1988 a 30.11.2010, foram julgados no Supremo Tribunal Federal 4.465 ações diretas de inconstitucionalidade e 1.555.582 processos*⁴⁵¹.

Com a citada expansão litigiosa, temos a chamada “difusão jurisdicional”, termo usado até pelo *televisonamento das sessões dos julgamentos nos tribunais*⁴⁵².

⁴⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>. Acesso em 04 nov. 2010, 16h.

⁴⁴⁹ PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica**: uma afirmativa da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2650, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17540/o-neoprocessualismo-e-a-publicizacao-normativa-como-corolario-da-unidade-processual-sistemica>>. Acesso em: 12 jan. 2011, 17h56.

⁴⁵⁰ *Idem, ibidem*.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de Informações Gerenciais do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em 18 dez. 2010, 18h43.

Vimos que a expansão da jurisdição constitucional é formada por um conjunto de fatores e não apenas de fatos isolados, dado a existência de milhares de demandas judiciais a serem conhecidas, julgadas e solucionadas pelo Poder Judiciário.

Teve como fator determinante a ampliação dos legitimados a proporem ações diretas no controle da constitucionalidade, à medida que, para garantir a supremacia constitucional, adotam-se formas de controles de constitucionalidade.

Juntamente com o aludido fator, vale informar novamente as causas que contribuíram para a expansão constitucional, dentre elas: 1) a consciência do cidadão cada vez mais voltada na busca de seus direitos, sobretudo, no Brasil, dado ao avanço na cidadania; 2) a proliferação dos cursos jurídicos; 3) as gerações dos novos operadores do Direito, passados vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988; 4) o *fenômeno da globalização*⁴⁵³; 5) a *crise fiscal do Estado nos anos 90*⁴⁵⁴, momento em os direitos sociais não eram implementados pelos serviços públicos, por isso as *decisões judiciais passaram a ser o meio de se obrigar à negociação política*⁴⁵⁵.

O fato é que, sob a influência da nova forma de interpretação, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário adotam, em seus atos, de forma transparente, a afirmação da tendência *neoconstitucionalista*.

Vejamos a seguir algumas **leis editadas sob a influência da nova interpretação, bem como inúmeras decisões judiciais baseadas nos princípios**, e não apenas em regras, julgamentos estes atuais e polêmicos.

⁴⁵² SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

⁴⁵³ PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica**: uma afirmativa da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2650, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17540/o-neoprocessualismo-e-a-publicizacao-normativa-como-corolario-da-unidade-processual-sistemica>>. Acesso em 12 nov. 2011, 17h56.

⁴⁵⁴ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 10. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem*.

CAPÍTULO V PRINCIPAIS LEIS E DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A) MODIFICA-SE A EXPRESSÃO “LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL” QUE PASSOU A CHAMAR-SE “LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO”

A mudança ocorreu no final do ano de 2010, mais precisamente em 30 de dezembro, data em que foi publicada a Lei nº 12.376, a qual possui os seguintes artigos:

Art. 1º - Esta Lei altera a ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942, ampliando o seu campo de aplicação.

Art. 2º - A ementa do Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.”

Depreende-se dessa situação a clara influência do “neoconstitucionalismo”, uma vez que o conjunto normativo brasileiro não mais orbita em torno do Código Civil, conforme se verificava em 1942 e até bem pouco tempo atrás, mas sim se tem a Constituição Federal como norma central de todo o sistema.

Dessa maneira, corrige-se o campo de aplicação do mencionado decreto, ampliando-se para todo o ordenamento jurídico seu âmbito de influência.

A lei em comento destinou-se unicamente a modificar a ementa do Decreto-Lei nº 4.657/42, a então Lei de Introdução ao Código Civil, para que as normas nela contidas se destinassem não somente ao microssistema civilístico, mas sim a todo o ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual a ementa passou a vigorar contendo a expressão “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

B) CRIA-SE O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja previsão na Emenda Constitucional nº 45/2004 consiste na principal ação a partir do Judiciário. Foi instalado em 14 de junho de 2005, com as seguintes diretrizes: planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias; modernização tecnológica do Judiciário; ampliação do acesso à justiça,

pacificação e responsabilidade social; e garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

O CNJ, então, estabeleceu um sistema de metas de produtividade para todos os juízes, Tribunais e setores administrativos do Poder Judiciário, visando acelerar a tramitação dos processos e aprimorar a qualidade do serviço prestado aos jurisdicionados.

Passados seis anos, algumas mudanças podem ser verificadas na eficiência dos Tribunais, tomando-se por base as estatísticas referentes aos anos de 2004 a 2008 publicadas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça⁴⁵⁶.

Na Justiça Estadual, verificou-se que, em 2004, cada juiz prolatava em média 859 sentenças por ano. Em 2008, cada juiz sentenciou 1076 processos em média.

Já na Justiça Federal, verificou-se o inverso: em 2004, a média era de 625 processos sentenciados por juiz, tendo este número sido reduzido para 474 sentenças por juiz em 2008.

Nos juizados especiais, observou-se que em 2004, cada juiz sentenciou, em média, 3.643 vezes na Justiça Estadual e 8.003 na Justiça Federal. Este número aumentou para 4.495 na Justiça Estadual e caiu para 4.804 na Justiça Federal em 2008.

Em segunda instância, no entanto, ambos apresentaram sensíveis melhoras, na Justiça Estadual as decisões passaram de 675 para 1.174 e na Justiça Federal de 2.611 para 3.479.

Entretanto, o aparente mau desempenho não significa efetivamente que a Justiça Federal esteja em dissonância com a proposta do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que devem ser levados em consideração outros fatores, como, por exemplo, as características de cada Vara, a experiência do juiz em atuação, o número de servidores em cada Vara e a complexidade das questões apresentadas.

Estes números indicam que, em sua maior parte, os magistrados estão logrando êxito em propiciar uma resposta processual mais célere à população.

Com relação à quantidade de recursos apresentados, tem-se que, na Justiça Estadual, em 28% dos casos onde houve recurso para a segunda instância recorreu-se para

⁴⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/serie-historica/serie_historica_federal.pdf> e <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/serie-historica/serie_historica_estadual.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2011.

as instâncias superiores em 2004. Este percentual baixou para 24% em 2008. Na Justiça Federal, eram 29% dos processos em 2004, tendo essa proporção subido para 39% em 2008.

Em números absolutos, porém, o número de processos remetidos à segunda instância na Justiça Federal subiu 16%, enquanto o número de recursos postos à apreciação de instância superior subiu 7%, ou seja, houve diminuição proporcional entre os casos que entraram nos Tribunais Regionais Federais e os casos remetidos por eles aos Tribunais Superiores.

No Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁷, o número de processos protocolados vem caindo anualmente, em 2006 foram 127.535, passando a 119.324 em 2007, 100.781 em 2008, 84.369 em 2009 e, finalmente, 71.670 em 2010.

Entretanto, o CNJ não se limita a prever direitos ao jurisdicionado, obrigações para o Judiciário e institutos voltados para a aceleração do tempo de tramitação processual. Trata-se, na verdade, de um órgão destinado, sobretudo, à proteção das prerrogativas do Poder Judiciário e fiscalização de sua atividade jurisdicional e administrativa.

O Conselho Nacional de Justiça, composto por quinze integrantes dentre magistrados, membros do Ministério Público, advogados e cidadãos, foi instituído para o *controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*⁴⁵⁸.

Dentre as atribuições conferidas pelo artigo 103-B da Constituição Federal de 1988, destacam-se as seguintes:

(...) § 4º: Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁴⁵⁸ Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Nacional_de_Justi%C3%A7a>. Acesso em: 02 set. 2011, 20h38.

de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa(...).

C) CRIA-SE O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP)

A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão destinado à proteção do cidadão contra qualquer abuso cometido pelo Ministério Público (MP) e seus membros, com poderes de *controle externo e fiscalização do exercício administrativo e financeiro do MP*⁴⁵⁹.

O CNMP, composto por quatorze integrantes dentre membros do Ministério Público da União, Ministério Público dos Estados, juízes, advogados e cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, é presidido pelo Procurador-Geral da República, e foi instituído para,

Orientar e fiscalizar todos os ramos do MP brasileiro: o Ministério Público da União (MPU), que é composto pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Militar (MPM), Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); e o Ministério Público dos Estados (MPE)⁴⁶⁰.

Pautado pelos valores da ética, transparência, pluralismo, cooperação, credibilidade, dentre outros, o CNMP tem como missão o fortalecimento e aprimoramento do Ministério Público brasileiro, através da garantia da sua autonomia e unidade na prestação dos serviços de forma responsável e socialmente efetiva.

⁴⁵⁹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php>>. Acesso em: 29 ago. 2011, 21h20.

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem.*

Desde a sua criação no ano de 2005, a título de respostas efetivas da sua atuação, o CNMP tem *6.616 procedimentos atuados, dos quais 80% foram decididos pelo Conselho, que possui ainda 55 resoluções aprovadas, 16 recomendações e seis enunciados estabelecendo diretrizes para temas essenciais à atuação institucional do MP*⁴⁶¹.

Anualmente, o número de processos atuados vem crescendo, o que corrobora a atuação efetiva do órgão: *em 2005, foram atuados 144 processos; em 2006, 736; em 2007, 1.058; em 2008, 1.115; em 2009, 1.535; e, em 2010, 1.859*⁴⁶².

D) INSTITUEM-SE GRAVAÇÕES EM AUDIÊNCIAS E TRANSMISSÃO DAS SESSÕES DOS TRIBUNAIS

Na esteira da inovação, foram instituídas as gravações dos atos públicos de forma que os cidadãos assistem, atualmente, ao televisionamento das sessões realizadas nos Tribunais Superiores brasileiros, permitindo o acompanhamento real dos importantes acontecimentos, o que proporciona à sociedade segurança e publicidade, deixando mais transparente a fidelidade da prestação jurisdicional.

Aqueles assuntos os quais requerem sigilo pela sua natureza, como os casos de família, permanecem em segredo de justiça.

O legislador, cada vez mais, atende aos princípios da publicidade e transparência dos termos processuais, a exemplo da redação do artigo 44 da Lei 9.099/95 e da Lei nº 11.689/2008, a qual modificou dispositivos do Código de Processo Penal, especificamente o artigo 475, referente aos procedimentos voltados à colheita de provas, permitindo a sua gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar.

Percebe-se com a mudança de cultura que, além da amplitude do acesso à justiça, o Poder Judiciário muda de uma postura fechada para o acesso mais aberto ao povo.

E) ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA

⁴⁶¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁶² *Idem, ibidem.*

Nas palavras do professor José Afonso da Silva, citado por GIBARA:

A lei Maria da Penha (L. 11.340/2006) foi gerada em momento histórico de consolidada presença e forte influência do *neoconstitucionalismo*. Tendo como bojo axiológico a concretização dos direitos e garantias fundamentais – exercida pela efetiva limitação do poder estatal, pela força normativa da constituição (e de seus princípios), e pela expansão da jurisdição constitucional –, esse movimento político-jurídico evidencia a dignidade da pessoa humana como interesse primário e imediato da sociedade⁴⁶³.

Quanto ao tema, afirma o jurista Daniel Sarmento que *várias decisões atendem a teoria otimista*⁴⁶⁴, decisões estas tomadas à luz da influência do novo constitucionalismo. Defende-se que *os institutos despenalizadores e as medidas mais benéficas, com previsão na Lei dos Juizados Especiais, não se aplicam aos casos de violência doméstica*⁴⁶⁵.

O insigne GIBARA prossegue com seus ensinamentos:

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão proferida no HC 106.805-MS, reiterou que “em se tratando de lesões corporais leves e culposas praticadas no âmbito familiar contra a mulher, a ação é, necessariamente, pública incondicionada. Com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em dispositivos da festejada Lei Maria da Penha, restou interpretada a desnecessidade de representação da vítima (condição de procedibilidade) para a propositura da respectiva ação penal pelo Ministério Público. Com esse entendimento, o Tribunal da Cidadania demonstra, mais uma vez, a consolidação do movimento neoconstitucionalista no Brasil, através do qual busca-se, principalmente, a concretização do princípio da dignidade e dos demais direitos fundamentais, inerentes a todos os seres humanos⁴⁶⁶..”

E.1) EXTENSÃO DA LEI MARIA DA PENHA

No dia 06.02.2011, a Rede Globo de televisão, em apresentação do seu programa semanal “Fantástico”, noticiou uma decisão judicial onde a Juíza, fundamentando

⁴⁶³ GIBARA, Gabriel de Oliveira. **Lei Maria da Penha**: mais uma marca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090310102637599>. Acesso em: 15 jan. 2011, 16h14.

⁴⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>. Acesso em 08 jan. 2011, 22h30.

⁴⁶⁵ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Anotações preliminares à Lei nº 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8917>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 13h41.

⁴⁶⁶ GIBARA, Gabriel de Oliveira. **Lei Maria da Penha**: mais uma marca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090310102637599>. Acesso em: 15 jan. 2011, 16h14.

na Lei Maria da Penha, solucionou um antigo litígio existente entre irmãos, condenando o agressor da irmã à proibição de *comparecer ao município de Buriti, Minas Gerais, durante o lapso temporal de seis meses*⁴⁶⁷.

F) TEM-SE A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

Aduz a eminente Oriana Piske:

Com o advento da Lei nº 7.244/84, que instituiu o Juizado Especial de Pequenas Causas, cujo aperfeiçoamento se deu com a Lei nº. 9.099/95, houve uma revolução de mentalidade e perspectiva concreta no caminho de uma Justiça eficiente e cidadã⁴⁶⁸.

Por extensão, ideias e projetos foram implementados:

1. Projeto Justiça Comunitária – PROJJUSTIÇA: visa capacitar pessoas comuns, porém, com experiências na área de liderança, no sentido de, através da orientação jurídica, mediação e autosustentabilidade, agir preventivamente e evitar a demanda judicial;
2. Justiça Terapêutica: apoio psicológico e assistencial para os magistrados que atuam nas áreas criminais, sobretudo com violência doméstica e uso de substância ilícita.

Segue a festejada professora:

O Poder Judiciário está procurando adequar-se aos novos tempos, às mudanças econômico-sociais, repensando o modelo histórico tradicional, hermético e arcaico. Essa profunda mudança em sua estrutura e em sua dinâmica, com planejamento e vontade política, já começou pelos **Juizados Especiais** que representam um novo modelo de Justiça comprometida com a concretização dos direitos de cidadania, por intermédio de uma atuação judicial criativa⁴⁶⁹. **(grifos nossos)**.

⁴⁶⁷ REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Programa Fantástico. Exibição em: 06 fev. 2011, 20h.

⁴⁶⁸ PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal**. Disponível em: <<http://www.imag-df.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>, p. 29. Acesso em: 05 fev. 2011, 14h24.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 16.

Vale informar os dados estatísticos publicados em matéria jornalística da Tribuna do Norte⁴⁷⁰, acerca dos processos julgados no Juizado Especial do **Estado do Rio Grande do Norte**, nos âmbitos federal e estadual, durante o ano de 2010.

Juizados Especiais Federais: os Juizados Especiais Federais no Rio Grande do Norte alcançaram uma grande marca com a estatística do ano de 2010. Foram julgados 22.673 processos nas cinco Varas dos Juizados Especiais no Estado potiguar, distribuídas em Natal, Mossoró e Caicó. Nos Juizados Especiais Federais tramitam ações de até 60 salários mínimos. O grande número de processos julgados dá uma mostra do empenho de Juízes e Servidores. Outra característica do Juizado é a celeridade no trâmite processual.

Tribunal de Justiça: a Justiça estadual terminou o ano passado com 324 mil processos em andamento. Ou uma média de 1.500 processos por cada juiz em atividade. Os números fazem parte de um levantamento feito pelo TJRN. Só em 2010 deram entrada no Judiciário estadual 208 mil processos. Houve um aumento na procura pelo Judiciário em relação a 2009 quando deram entrada 205 mil processos novos. Mas em compensação houve uma maior celeridade no julgamento enquanto em 2009 foram 132 mil processos julgados, no ano passado foram 160 mil. Foi isso o que fez o número de processos em andamento diminuir de 339 mil em 2009 para 314 mil em 2010.

G) CRIAÇÃO DAS CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

A mediação é um método no qual o juiz ajuda a comunicação entre as partes em conflito com o escopo de os conflitantes solucionarem seus impasses, de maneira amadurecida, consciente e de livre e espontânea vontade.

Na verdade, o mediador tentará fazer com que os próprios envolvidos no conflito construam uma decisão justa, rápida, ponderada, razoável, eficaz e aceita de forma satisfatória para todos. Cabe a mediação em todos os assuntos que couberem a reconciliação, transação, acordo, inclusive, pode ser feita em se tratando de matéria penal, nos casos de crimes sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada, em que a mediação poderá redundar na renúncia da queixa-crime ou da representação.

O acordo obtido possui força de título executivo, mas, em tese, é de difícil possibilidade o seu descumprimento, uma vez que os próprios mediandos, por conhecerem bem o conflito, encontram as melhores soluções para o caso, bem como diminuem os riscos que poderão advir de uma solução judicial, que, às vezes, é insatisfatória para as partes envolvidas.

⁴⁷⁰ JORNAL TRIBUNA DO NORTE. MEDEIROS, Anelly. **Poder Judiciário**. 06 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/coluna/2012/data/6-3-2011>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 13h22.

São inseridas no instituto comentado cláusulas compromissórias, técnicas apropriadas e características próprias, sendo de grande valia para a sociedade brasileira diante das vantagens proporcionadas, como celeridade, flexibilidade, efetividade, confidencialidade, baixo custo, economia de tempo, menos desgaste emocional, entre outros.

A mediação de conflitos é largamente utilizada nos Estados Unidos há mais de trinta anos e na Europa é adotada por inúmeras empresas, sobretudo no campo empresarial.

O Projeto de Lei nº 4.827/98 dispõe, em seus artigos 3º, 4º e 6º, *in verbis*:

(...) Art. 3º: A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º: Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos. (...)

Art. 6º - Antes de instaurar o processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos dos conflitos e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência. (...)

Num esforço conjunto entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Universidade de Brasília (UnB), o Ministério da Justiça, no ano de 2009, lançou o “Manual de Mediação Judicial”, no intuito de subsidiar os magistrados no processo de resolução de conflitos.

Apesar de estreita semelhança com os institutos da conciliação, arbitragem e negociação, a mediação não se confunde com aqueles.

Lógico, todos os métodos buscam o acordo, através da composição do litígio amigavelmente, mas, na conciliação o juiz opina, interfere, apresenta sugestões, orienta no sentido de cada conflitante possa ceder uma parte; enquanto na mediação, fomenta-se a comunicação entre as partes, facilita-se o diálogo entre as mesmas, porém, sem interferir na solução, o mediador leva-as a solucionarem o impasse. O sucesso da conciliação consiste na realização do acordo, caso contrário, a conciliação não será bem sucedida, já a *mediação*

*pode ser bem sucedida mesmo sem culminar em um acordo, bastando que tenha facilitado o diálogo entre as partes e despertado sua capacidade de entenderem-se sozinhas*⁴⁷¹.

A negociação é o procedimento que mais se assemelha à mediação, doutrinadores defendem, inclusive, que a única diferença entre eles reside no fato de na mediação existir a figura do mediador, enquanto na negociação os próprios envolvidos resolvem os seus impasses sem a participação de um terceiro. *Pode-se dizer que a mediação é uma negociação assistida*⁴⁷².

Já na arbitragem, as partes em litígio escolhem uma terceira pessoa para ser o árbitro, outorgando-lhe poderes para decidir o impasse com base na lei e na equidade. Trata-se de um procedimento estabelecido pela Lei 9.307/96, onde as partes se comprometem a cumprir a decisão proferida no laudo arbitral. A decisão possui força de título executivo judicial, podendo ser desfeita pelo Judiciário nos casos de nulidade.

H) INSTITUI-SE A JUSTIÇA ITINERANTE

A Justiça Itinerante é o método que permite aos juízes se deslocarem dos seus gabinetes ao local previsto, normalmente comunidades carentes, para desempenharem a prestação jurisdicional às pessoas mais humildes.

O instituto é moderno, originário no Brasil e visa proporcionar a ampliação do acesso à justiça para aqueles indivíduos que não possuem condições, financeiras ou culturais, de chegarem facilmente aos tribunais. Na realidade prática, a Justiça disponibiliza veículos, geralmente ônibus adaptados com a estrutura do aparelho judicial, onde são prestados os serviços jurisdicionais de retificação de registro civil; separação consensual; divórcio consensual; ação de alimentos consensual; reconhecimento de paternidade; casamentos comunitários; direito do consumidor; planos de saúde; colisão de veículos; cobranças em geral; despejo para uso próprio; execução de títulos extrajudiciais; pedido de aposentadorias; pensão; revisão de benefício previdenciário; expedição de carteira de

⁴⁷¹ SOUSA, Lília Almeida. **A utilização da mediação de conflitos no processo judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6199/a-utilizacao-da-mediacao-de-conflitos-no-processo-judicial>>. Acesso em 18 jun. 2011, 17h39.

⁴⁷² *Idem, ibidem*.

trabalho, carteira de identidade e certificado de alistamento militar; e outras causas no valor de até vinte salários mínimos.

São conduzidos juízes, conciliadores e defensores públicos, que visam a solução dos conflitos por meio da conciliação. As suas características são a rapidez e a facilidade do atendimento, no qual os jurisdicionados expõem as suas necessidades e, dependendo da disponibilidade da documentação apresentada, já se realiza a audiência, com as cabíveis homologações e lavratura dos atos. Caso não seja possível a transação ou a decisão, desde logo, pelo magistrado, as partes são encaminhadas ao juízo comum.

É cediço que a grande maioria da população brasileira não tem acesso à Justiça, nem muito menos conhece a pessoa do juiz, promotor ou defensor público. Por isso, o legislador, no espírito da nova interpretação constitucional, valoriza os princípios do amplo acesso à Justiça, da efetividade, da celeridade processual, instituindo na Emenda Constitucional 45/2004 os dispositivos sobre Justiça Itinerante.

Senão, vejamos:

(...) Art. 107, § 2º: Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (...)

(...) Art. 115, § 1º: Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (...)

(...) Art. 125, § 7º: O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (...).

O legislador constitucional derivado previu a criação da *justiça itinerante*, bem como autorizou os Tribunais a funcionarem de maneira descentralizada, através da instituição de Câmaras Regionais, tanto na Justiça Comum Estadual quanto na Federal.

Através da mobilidade de sua estrutura, com vistas ao atendimento das pessoas moradoras de comunidades em áreas de difícil acesso dentro de seus limites territoriais, busca-se atender aos jurisdicionados mais desassistidos, conferindo-se efetividade ao atendimento jurisdicional.

I) APLICA-SE SOLUÇÃO COLETIVA A QUESTÕES COMUNS

Em sessão realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), como notícia o Informativo nº 455, datado de 25 de fevereiro de 2007, os Recursos Extraordinários n. 416827 e n. 15454, ambos provenientes do Estado de Santa Catarina, foram julgados no sentido de demonstrar que a solução coletiva de questões comuns faz-se necessária no direito processual brasileiro, uma vez que a decisão proferida nos dois supracitados recursos foi aplicada uniformemente a 4.909 processos idênticos em matéria previdenciária.

A cada dia valoriza-se a tutela coletiva, vale comentar a decisão do STF ao admitir a intervenção de um sindicato na qualidade de assistente simples em processos que envolviam uma indústria de cigarros (RE 550.769 QO/RJ, relator Min. Joaquim Barbosa, 28.02.2008, publicada no Informativo do STF n. 496), ***quebrando-se assim um paradigma do processo individual, para ampliar a concepção de interesse jurídico autorizador da assistência simples***⁴⁷³. **(grifos nossos)**.

J) FIXA-SE A RESIDÊNCIA DO JUIZ NA COMARCA NA QUAL EXERCE SUA ATIVIDADE JUDICANTE

Em primeiro lugar, objetivando fixar o magistrado no lugar onde realiza a judicatura, a Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou o texto constitucional e estabeleceu que aquele deverá, em regra, residir na Comarca da qual é titular, podendo o Tribunal ao qual se encontrar vinculado autorizar situação diversa: “Art. 93. (...) VII - o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal”.

Tal regra tem por justificativa a verificação na vida prática dos fóruns de que muitos juízes titulares de Comarcas no interior dos Estados da Federação comumente residiam nas capitais, utilizando-se da segunda-feira e da sexta-feira para deslocamento, reduzindo a carga de trabalho e, em última instância, causando atrasos na tramitação dos processos.

⁴⁷³ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 5. ed. V. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 270-271.

K) ESTABELECEM-SE NOVAS REGRAS SOBRE FÉRIAS E REGIME DE PLANTÃO PERMANENTE PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL

Mais adiante, no inciso XII do mesmo artigo, foi proibida a interrupção da atividade jurisdicional, não podendo haver concessão de férias coletivas aos magistrados e devendo existir juízes trabalhando em escala de plantão nos dias em que não há expediente: “Art. 93. (...) XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”.

Busca-se, com isso, evitar que os processos permaneçam por várias semanas sem movimentação, nos períodos em que os juízos estariam de recesso em razão das férias coletivas.

L) EXIGE-SE A ADEQUAÇÃO DO NÚMERO DE JUÍZES EM ATIVIDADE

No inciso seguinte, busca o legislador estabelecer uma relação de equivalência entre o quantitativo de magistrados e as exigências referentes à quantidade de processos existentes e ao montante da população à qual deve o Tribunal servir: “Art. 93. (...) XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”.

Por óbvio, somente a nomeação de novos juízes não trará a solução definitiva para a lentidão processual, uma vez que, além disso, é necessário o aparelhamento do Poder Judiciário, com a criação de cargos efetivos e nomeação de servidores de todas as áreas de conhecimento, além da necessidade de melhorias na estrutura física, com a construção de espaços físicos suficientes e a instalação de aparelhagem tecnológica que venha a auxiliar o magistrado em sua árdua tarefa.

M) PERMITE-SE A DELEGAÇÃO DE PODERES AOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO

Mais adiante, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de os magistrados conferirem poderes aos servidores do Judiciário, através de delegação, para que estes possam praticar atos gerais de ofício que não necessitam de atividade cognitiva: “Art. 93. (...) XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”.

Com esta alteração, facultou-se aos juízes proceder à transferência temporária de seus poderes administrativos para a atribuição dos servidores dos atos destituídos de conteúdo decisório, de modo que os magistrados possam se dedicar com maior disponibilidade de tempo aos atos para os quais é indispensável a presença da autoridade jurisdicional.

N) LEIS QUE AUTORIZAM O PODER EXECUTIVO A CONCILIAR CONFLITOS

A Lei Complementar 73/93 e a Lei 9.469/97 autorizam o Poder Executivo a conciliar conflitos, mas, infelizmente, o citado Poder continua a tumultuar o tráfego do Poder Judiciário, impetrando um turbilhão de recursos protelatórios para fugir da obrigação do pagamento aos credores, a exemplo do que acontece com a grande maioria dos processos previdenciários.

Com a nova interpretação, a tendência é acabar essa situação, tanto que a Advocacia Geral da União – AGU tem intensificado o trabalho de conciliação junto às ações propostas; aliado à edição das súmulas normativas, o quadro dos processos previdenciários tem melhorado, embora de forma tímida, conforme atesta matéria jornalística publicada em 29 de dezembro de 2010 no jornal “Tribuna do Norte”:

A AGU celebra acordos previdenciários e faz INSS economizar mais de R\$ 800 mil, um total de 245 acordos em processos de concessão ou revisão de benefícios previdenciários que proporcionou aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) uma economia de R\$ 869.607. Os dados são da Advocacia-Geral da União⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ JORNAL TRIBUNA DO NORTE, 28 dez. 2010. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/agu-celebra-acordos-previdenciarios-e-faz-inss-economizar-mais-de-r-800-mil/168694>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 13h31.

O) HONORÁRIOS DE PERITOS JUDICIAIS SÃO FIXADOS À LUZ DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

No intuito de dar celeridade processual, bem como proteger o cidadão-jurisdicionado de eventuais explorações financeiras, o legislador edita a Lei Federal nº 12.405/2011, que acrescenta o §6º ao artigo 879 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para facultar a elaboração de cálculos de liquidação complexos por perito e autorizar o arbitramento da respectiva remuneração:

Art. 1º: O art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte § 6º:

§ 6º: Tratando-se de cálculos de liquidação complexos, o juiz poderá nomear perito para a elaboração e fixará, depois da conclusão do trabalho, o valor dos respectivos honorários com observância, entre outros, dos critérios **de razoabilidade e proporcionalidade. (grifos nossos).**

P) DÁ-SE A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU PROPORCIONALIDADE DECORRENTE DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Encontra-se consagrado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988: “ninguém pode sofrer uma privação de direitos sem o devido processo legal”. Trata-se de um tipo de norma cuja combinação possui termos vagos ou indeterminados, como também indeterminada com relação aos seus efeitos, isto é, uma cláusula geral. A doutrina moderna, à luz do “neoconstitucionalismo”, prefere usar a expressão *devido processo constitucional*⁴⁷⁵.

O autor Isan Almeida Lima observa:

Decisão interessante se deu nos embargos de terceiro para desonerar bem penhorado em execução, juntou-se nesta oportunidade cópia do mandado de penhora e avaliação. As partes se manifestaram, sem qualquer impugnação ao documento, inclusive citando inúmeras vezes seu conteúdo. O mesmo foi feito pelo juiz de primeiro grau que prolatou sentença de improcedência. No entanto, quando do julgamento do recurso, o relator suscitou de ofício falta de documento essencial (qual seja, o mandado de penhora e avaliação), uma vez que, sob a sua ótica, a

⁴⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. **Princípios do Processo Civil.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55326618/Processo-Civil-1-Fredie-Didier-Jr-2008>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 11h.

cópia juntada aos autos estava ilegível e não conheceu do recurso. A decisão do tribunal violou a um só tempo o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (decidiu sob questão sem ter dado as partes previamente o poder de influência sobre o conteúdo da decisão), proporcionalidade (a legislação expressamente determina que o julgador em primeiro grau possibilite à parte a juntada do documento; ao fazê-lo apenas em segundo grau, sem que ninguém, até aquele momento houvesse suscitado, agiu de forma **desproporcional e irrazoável**), entre outros. Todavia, o Recurso Extraordinário não foi sequer conhecido, por entender o pretório excelso, com base na súmula 636, que a mera alegação de violação a princípio caracteriza, quando muito, ofensa reflexa a Carta Maior. Desta sorte, vulnera-se absurdamente a Constituição⁴⁷⁶. **(grifos nossos)**.

Q) DÁ-SE O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL PARA CASAIS DO MESMO SEXO

Recentemente, os cidadãos brasileiros seguiram a votação esperada da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, nas quais os ministros do Supremo reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

O Ministro relator Carlos Ayres Britto fundamentou a acertada decisão no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor.

Ninguém pode ser discriminado em função de sua preferência sexual.

O Supremo Tribunal Federal dá uma verdadeira demonstração de evolução *no sentido de assegurar o império do princípio defendido pelo novo constitucionalismo, o da dignidade humana*⁴⁷⁷ **(grifos nossos)**.

R) DECISÃO PERMITE MARCHA DA MACONHA

O Supremo Tribunal Federal (STF) libera em 15.06.2011 a realização da “Passeata da Maconha”, movimento que reúne, em várias cidades brasileiras, pessoas favoráveis à legalização da droga.

⁴⁷⁶ LIMA, Isan Almeida. **Do cabimento de recurso extraordinário por violação a princípio**: aplicação do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo na teoria dos recursos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2507, 13 mai. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14843>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 13h07.

⁴⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 mai. 2011, 9h23.

A Procuradoria-Geral da República, em 2009, questiona a interpretação dada pela Justiça de alguns Estados, que consideraram que as marchas pró-legalização caracterizam o crime de apologia.

Em decisão unânime, na ação ADPF 187, os ministros afirmaram que a Justiça brasileira não pode interpretar o artigo 287 do Código Penal, que criminaliza a apologia de "fato criminoso (o uso da droga) ou de autor de crime (o usuário)", *para proibir a realização de eventos públicos que defendem a legalização ou regulamentação da maconha*⁴⁷⁸.

O pensamento dominante entende que quem defende a descriminalização da maconha está exercendo seus direitos **à liberdade, ao exercício de reunião e à livre expressão**, previstos na Constituição Federal. **(grifos nossos)**.

"O pensamento deve ser livre, essencialmente livre, permanentemente livre", alega o Ministro Relator Celso de Mello. Deram seguimento ao voto os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewndowski, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso. Os ministros José Antônio Dias Toffoli, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não participaram.

O presidente do Supremo, ministro Cezar Peluso, salientou que a "liberdade de expressão é uma emanção direta do valor supremo da **dignidade da pessoa humana** e um fator de formação e aprimoramento da democracia" **(grifos nossos)**.

S) JULGAMENTO PERMITE PESQUISAS E PROJETOS COM CÉLULAS-TRONCO

O Supremo Tribunal Federal, com base nos princípios defendidos pelo pós-positivismo, decide em julgamento histórico pelo alcance da vida e da morte, através da ADI 3510 (Lei 11.105/2005), permitindo que no Brasil se realizem pesquisas e projetos para utilização de células-tronco. O julgamento adotou como fundamento os *direitos sociais* e baseou-se no **princípio da razoabilidade e no da dignidade humana**.

Sob o manto da razoabilidade, o julgamento deu enfoque a dois fortes argumentos, o primeiro que o estudo da célula-tronco consiste num passo de grande valia à sociedade, haja vista a possibilidade da terapia em pessoas acometidas de sérias enfermidades, a exemplo do diabetes, degeneração de tecidos musculares, câncer, dentre

⁴⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 jun. 2011, 15h45.

outros, nascendo, portanto, a esperança de vida digna a esses doentes; o segundo consiste na inegável hipótese de o cidadão abastado buscar o uso da célula-tronco nos países de permissão, de forma que o indivíduo com poucos recursos financeiros ficará sem a devida assistência.

Sob a luz do princípio da dignidade humana enxerga que todo indivíduo possui o direito de viver com dignidade, de buscar a felicidade e a melhor maneira de viver, assim, o Direito demonstra ser capaz de conferir dignidade aos projetos os quais tragam melhores condições de vida, ou, pelo menos, a esperança.

T) DECISÃO ESTABELECE CONDIÇÕES PARA O USO DE ALGEMAS

Quanto ao uso de algemas, o Supremo Tribunal Federal, por intermédio da súmula n. 11, proposta em sessão realizada em 13.08.08, impõe que,

Somente é lícito o uso do aludido instrumento no caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificadas a excepcionalidades por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado⁴⁷⁹.

Assim, indiscutível é o uso de algemas, entretanto, há de serem observadas as condições de licitude as quais se verificam em casos de reações violentas ou de perigo iminente ao agente ou de terceiros, condições impostas pelo Tribunal em atendimento ao princípio da proporcionalidade, que exige adequação, necessidade e ponderação na medida certa, válidos no Direito processual penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal e do **princípio da dignidade humana**, princípio este corolário do novo pensamento constitucional. (**grifos nossos**).

U) DECISÃO IMPEDE QUE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS A AÇÃO SEJA JULGADA IMPROCEDENTE

⁴⁷⁹ Fórum brasileiro de segurança pública. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/uso-de-algemas>>. Acesso em: 14 mai. 2011, 14h05.

Bastante comentada pelos doutrinadores é a decisão exarada no Recurso Especial n. 629.312, DF (2004/00200338), na qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pelo retorno dos autos à instância *a quo*, haja vista *o juiz ter julgado improcedente uma ação revisional sob a fundamentação de insuficiência de provas para a alegada violação de cláusulas contratuais*⁴⁸⁰.

In casu, se as provas não foram suficientes para atestar o alegado, no máximo haveria de ter uma extinção processual sem julgamento do mérito, jamais uma improcedência. Pergunta-se: improcedência baseada em que prova?

Se não há provas suficientes, nem há procedência nem improcedência.

O fato é que a citada *decisum* retrata o pensamento da nova interpretação quando valorada **a busca pela verdade real e a efetividade da Justiça**.

V) DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO REVERTE SENTENÇA FUNDAMENTADA NA LEI, POR ENTENDER QUE OS PRÓPRIOS FATOS, COMPROVADOS NOS AUTOS, SÃO SUFICIENTES PARA ATESTAR A POBREZA ALEGADA

O juiz da primeira instância da cidade de Marília, São Paulo, nega o direito de justiça gratuita a uma criança que havia perdido o seu pai atropelado por uma bicicleta, sob o argumento de o autor não ter apresentado prova de pobreza, e pelo fato de estar representado no processo por advogado particular.

De forma assertiva e feliz, o Desembargador José Luiz Palma Bisson profere voto no Agravo de Instrumento n. 1001412-0/0, 36ª Câmara:

O seu **pai**, menino, desses **marceneiros era**. Foi atropelado na volta a pé do trabalho, o que, nesses dias em que **qualquer um é motorizado**, já é sinal de pobreza bastante. E se tornava para descansar em casa posta no **Conjunto Habitacional Monte Castelo**, no castelo somente em nome habitava, sinal de pobreza exuberante. Claro como a luz, igualmente, é o fato de que você, menino, no pedir pensão de apenas **um salário mínimo, pede não mais que para comer**. Logo, para quem quer e consegue ver nas aplainadas entrelinhas da sua vida, o que você nela tem de sobra, menino, é a fome não saciada dos pobres⁴⁸¹. (**grifos nossos**).

⁴⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 abr. 2011, 11h32.

⁴⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 1001412-0/0, José Luiz Palma Bisson, 36ª Câmara.

A recente decisão retrata os valores da corrente *pós-positivista* ao consagrar os direitos fundamentais na **busca do direito mais justo**; ao reconhecer a força normativa dos princípios sobre a regra, sobretudo **os da dignidade humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da verdade real, do devido processo legal**, da duração razoável do processo, ao combater o formalismo excessivo, ao buscar a efetividade processual, ao amparar-se na teoria da argumentação quando a fundamentou com argumentos imbatíveis aos olhos de qualquer estudioso do Direito, enfim, o iluminado entendimento do Desembargador atesta a passagem do Estado Legalista para o Estado Constitucional/Social e verdadeiramente, atende ao clamor do povo: o direito de acesso à Justiça justa.

Referindo sobre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988), o insigne mestre Carlos Alberto Álvaro de Oliveira aduz que *é claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos*⁴⁸².

Ressaltamos as fortes lições ensinadas pelo imortal e principal pensador teórico da democracia liberal, filósofo John Rawls, seguidor da ideologia do celebrado Locke, através da sua conhecida obra “A Theory of Justice”, publicada no ano de 1971, sobre a corrente *pós-positivista* e como conciliar “direitos iguais numa sociedade de desiguais”. Tal qual Platão, debateu quais seriam os fundamentos para uma sociedade justa e encontrou duas condições para tanto:

1. Igualdade de oportunidade aberta a todos em condições de plena equidade: e
2. Os benefícios nela auferidos devem ser repassados preferencialmente aos membros menos privilegiados da sociedade, satisfazendo as expectativas deles, porque justiça social é, antes de tudo, amparar os desvalidos⁴⁸³.

W) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE ISENTA CONTRIBUINTE DE COBRANÇA DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU EM RAZÃO DE ADOÇÃO DE CRIANÇA CARENTE

⁴⁸² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 7, p. 145.

⁴⁸³ SCHILLING, Voltaire. **História: cultura e pensamento**. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>. Acesso em: 15 mai. 2011, 21h49.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJ/RN)⁴⁸⁴, em sede de julgamento da Apelação Cível n. 2010.014180-2, decidiu que o município recorrente de Natal deve reconhecer o direito de uma contribuinte à isenção de Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU pelo fato de a mesma ter adotado uma criança carente.

A decisão do TJ/RN foi fundamentada no artigo 1º da Lei Municipal 117/1994, e ressaltou que, ao contrário do que argumentou o município, não existe inconstitucionalidade na aludida Lei, já que o dispositivo não afronta norma constitucional.

O juiz relator do processo ressaltou também que a Constituição Federal ampliou a aplicação da extrafiscalidade, como forma de estímulo social à adoção de criança ou adolescente carente e em situação de abandono, não havendo que se falar nesses casos em inconstitucionalidade.

Tanto a lei específica como a decisão judicial em comento atendem à visão neoconstitucional, no sentido de que a vontade constitucional busca incentivar cada vez mais a proteção do cidadão.

X) ADMITE-SE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada preserva a segurança jurídica das decisões judiciais, devendo a coisa julgada somente ser desconstituída em casos estritamente legais, como se afigura nas hipóteses dos artigos 475-L, II, §1º (impugnação da sentença), 485 (ação rescisória), 486 (ação anulatória) e 741, II, parágrafo único (embargos do devedor na execução contra a Fazenda Pública), todos do Código de Processo Civil.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência, diante de casos especiais, têm admitido a *relativização da coisa julgada material* quando a questão se tratar de nulidade absoluta insanável – hipóteses de coisa julgada inconstitucional e de ausência de pressupostos de existência da relação processual, seja por meio da ação rescisória sem limite de prazo decadencial, seja por meio de ação declaratória de inexistência da relação jurídica processual (*querela nullitatis insanabilis*).

⁴⁸⁴ Disponível em: <<http://www.tjrn.gov.br:8080/sitetj/>>. Acesso em: 22 ago. 2011, 20h45.

Acontece que na prática da vida forense nos deparamos com situações concretas onde preponderam decisões judiciais muito injustas, fato que tem levado os tribunais a reconhecerem a possibilidade de relativização da coisa julgada nessas hipóteses. Geralmente, são proferidas em ação de investigação de paternidade e de desapropriação de imóvel com avaliação supervalorizada. A parte prejudicada poderá propor nova ação com base em nova técnica probatória (exame de DNA) ou nova perícia (coisa julgada *secundum eventus probationis*).

Afigura-se, então, a relatividade da coisa julgada, atualmente previstas legalmente nos seguintes termos: I) Ação rescisória: prazo decadencial de dois anos, por motivos de injustiça e invalidade; II) Correção de erros materiais: possível a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo juiz; III) Ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*): possível a qualquer tempo; IV) Falta ou nulidade de citação; V) Revisão da coisa julgada fundada em lei reconhecida inconstitucional, a qualquer tempo.

O fato é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁸⁵ decidiu conceder a um jovem o direito de voltar a pleitear de seu suposto pai a realização de exame de DNA, depois que um primeiro processo de investigação de paternidade foi extinto na Justiça de primeira instância do Distrito Federal.

O STF relativiza a coisa julgada utilizando o método da ponderação de princípios, reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo central da Constituição Federal de 1988.

Concede a um jovem de Brasília o direito de voltar a pleitear de seu suposto pai a realização de exame de DNA, depois que um primeiro processo de investigação de paternidade foi extinto na Justiça de primeira instância do Distrito Federal porque a genitora do menor não estava em condições para custear esse exame.

A ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, proposta pelo menor, representado pela sua genitora, foi julgada improcedente por insuficiência de provas. A defesa aduz que a mãe, beneficiária de assistência judiciária gratuita, estava sem condições financeiras para custear o exame de DNA.

Tempos depois, uma lei concede o direito ao financiamento do exame de DNA, sendo proposta nova ação de investigação de paternidade. O juiz de primeiro grau

⁴⁸⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181201>>. Acesso em: 15 ago. 2011, 17h28.

saneou o processo transitado em julgado e restaurou a investigação pleiteada. Mas, o Tribunal de Justiça acolhe recurso de agravo de instrumento interposto pela defesa do suposto pai, sob o argumento preliminar de que se tratava de coisa julgada, e julga pela extinção do processo.

O autor da ação e o Ministério Público do Distrito Federal recorreram para o STF.

A ministra Cármen Lúcia, ao defender o prosseguimento do processo de investigação de paternidade, lembrou que o *Pacto de San José da Costa Rica prevê o direito do ser humano a conhecer sua história e suas origens*⁴⁸⁶. Entre o princípio da segurança jurídica e o **princípio da dignidade da pessoa humana**, preferiu o defendido pela cultura *pós-positivista*. **(grifos nossos)**.

O ministro Luiz Fux aplica o método da ponderação de princípios e, entre o da intangibilidade da coisa julgada e o da dignidade da pessoa humana, também dá preferência ao último por ser este o núcleo central da Constituição Federal de 1988.

No mesmo sentido, o ministro Dias Toffoli, ao proferir seu voto, favorável à reabertura do caso, valoriza mais o princípio da dignidade da pessoa humana sobre o aspecto processual referente à coisa julgada; no mesmo pensamento seguem os ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes, ao também defenderem o direito à identidade.

O ministro Ricardo Lewandowski argumenta que o Estado não cumpriu sua obrigação de dar assistência judiciária e integral e gratuita ao menor, no primeiro processo representado por sua mãe, e foi mais longe quando aduz que na doutrina já se fala hoje até no direito fundamental à informação genética, que já teria sido adotado pela Suprema Corte da Alemanha.

Y) PERMITE-SE A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM INVESTIGAÇÃO DE NATUREZA CIVIL⁴⁸⁷

Em casos excepcionais, a justiça permite a interceptação telefônica em investigação de natureza civil. Quando não houver uma segunda opção para resguardar os

⁴⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jun. 2011, 20h05.

⁴⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043>. Acesso em: 07 set. 2011, 23h.

direitos ameaçados e houver a presença de conduta considerada criminosa, como também sendo configurada a necessidade de interceptação telefônica, a medida será autorizada.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJ/MS) entendeu estar correta a decisão do juiz *a quo* que expediu ofício para investigar o destino de criança conduzida por um familiar contra determinação judicial. O encarregado se negou a cumprir a ordem porque a Constituição, regulamentada neste ponto pela Lei 9.296/96, permite apenas a interceptação para investigação criminal ou instrução processual penal.

In casu, após frustradas algumas cartas precatórias de busca e apreensão da criança, o TJ/MS entendeu ser possível a interceptação por ordem do juízo civil.

Afigura-se, então, uma decisão ponderada, onde fora atribuído maior peso aos direitos fundamentais do menor em relação ao direito à intimidade de quem teve o sigilo quebrado. Assim, a decisão protegeu a vida, a dignidade humana, a alimentação, a saúde, a educação, o lazer e a convivência familiar da criança.

Elogiáveis são os argumentos do Tribunal, entre eles o fato de as implicações do cumprimento da decisão judicial serem bem menos graves que aquelas as quais redundariam caso o juiz tivesse cruzado os braços.

Para o relator no Superior Tribunal de Justiça, ministro Sidnei Beneti, *a situação inspira cuidado e não se trata pura e simplesmente de discussão de aplicação do preceito constitucional que garante o sigilo*⁴⁸⁸.

Ressalte-se que, embora a ordem tenha partido de juízo civil, a situação envolve também a necessidade de apurar a suposta prática do delito previsto pelo artigo 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto.”

Z) TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO CONFIRMA DECISÃO DE JUIZ DO PRIMEIRO GRAU QUE RECONHECE ASSÉDIO PROCESSUAL

O juiz titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte⁴⁸⁹, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, identificou um caso de assédio processual em litígio envolvendo a

⁴⁸⁸ *Idem*.

Caixa Econômica Federal (CEF) e a empregada de uma empresa de conservação, contratada para a prestação de serviços tipicamente bancários.

A CEF tentou sucessivamente paralisar o processo, insistindo na tese de que a empregada realizava atividades de recepcionista, fato que inviabilizaria o acolhimento pelo juiz do pedido da defesa para isonomia salarial da trabalhadora com os bancários. Para a empresa, caso o juiz acolhesse a tese da defesa, estaria declarando o vínculo direto da empregada com a CEF sem o respeito ao requisito constitucional da admissão nos seus quadros através de concurso público. Tais argumentos foram rejeitados pelo juiz de primeiro grau, que condenou a CEF ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa por litigância de má-fé e indenização à empregada no percentual de 20% sobre o valor da condenação, pelo prejuízo decorrente do retardamento injustificado do processo.

O assédio processual ocorre quando uma das partes tenta prejudicar a outra, *dificultando o andamento normal do processo, fazendo uso excessivo dos recursos processuais existentes ou utilizando-se de artifícios e manobras jurídicas com o intuito de convencer o juiz a acolher teses infundadas*⁴⁹⁰.

Para o magistrado, além da prática dos ilícitos da terceirização ilegal e a tentativa de burlar a Constituição ao pretender que tarefas típicas de bancários concursados fossem realizadas por trabalhadores terceirizados, a CEF praticou o assédio processual ao insistir em discussões repetitivas e infundadas, conduta inadmissível pelo Judiciário.

A indignação do juiz ficou registrada na sua sentença, que foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, levando a CEF a recorrer ao Tribunal Superior do Trabalho.

489

Disponível

em:

http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=5585&p_cod_area_noticia=ACS.

Acesso em: 03 set. 2011, 15h14.

⁴⁹⁰ *Idem*.

CAPÍTULO VI O NEOPROCESSUALISMO

1 – SURGIMENTO DO NEOPROCESSUALISMO

Após a exposição das mudanças advindas da nova interpretação constitucional, com o conteúdo dos princípios da maior relevância para a concretude do Direito Processual Civil, passamos aos comentários sobre o *neoprocessualismo*, vez que o processo, impregnado de fundamentos constitucionais, atua na promoção da paz social, objetivo “mor” do Direito.

Com as decisões realizadas à luz dos Direitos Fundamentais, respeitando-se, sobretudo, a Dignidade da Pessoa Humana e a Razoabilidade, começa-se a acreditar na efetividade das leis processuais.

A cláusula geral do “devido processo legal”, juntamente com o “princípio da razoabilidade do tempo processo”, assegura a efetividade dos direitos fundamentais diante do caso concreto.

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece as regras e os princípios fundamentais mais importantes para que compreendamos o novo fenômeno jurídico, onde o direito processual atinge um patamar diferente daquele tido anteriormente somente como uma relação jurídica processual, e passa a ser visto como o instrumento que realiza a jurisdição, realizando a jurisdição em conformidade com a real vontade do povo é ter acesso às decisões legítimas, isto é, condizentes com os direitos fundamentais.

No dizer de MARINONI:

No Estado Constitucional, a jurisdição realiza os seus fins apenas quando a lei é aplicada na dimensão dos direitos fundamentais. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição⁴⁹¹.

O entrelace jurídico existente entre a Constituição Federal e o Processo pode acontecer de forma direta ou indiretamente.

Quando a Lei Maior disciplina quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, ou quando apresenta a composição das instituições jurídicas essenciais ao

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 462, 477.

cumprimento da justiça, ou, ainda, quando institui arcabouços formais de controle constitucional, essa relação jurídica é direta.

Já a relação indireta ocorre quando a Norma Fundamental protege diferentemente alguns bens jurídicos, por exemplo, os direitos da imagem e os direitos coletivos, ou quando protege certa categoria de pessoas, como deficientes, crianças, consumidores, dentre outros, de forma que o legislador infraconstitucional cria as regras processuais específicas, e o juiz, quando profere a sentença, cria a norma jurídica no “caso concreto”.

O processo, sem dúvidas, é um instrumento de grande valia para a efetividade da Constituição. Para se interpretar corretamente as leis processuais, necessário se faz, entretanto, compreender os seus fundamentos de validade, previstos na Constituição brasileira de 1988.

A nova dogmática traduz as mudanças paradigmáticas, no sentido de fazer o Direito acompanhar as realidades vividas pelo cidadão no dia a dia da vida cotidiana, por isso, busca-se pelo resultado prático, efetivo e eficaz, pois somente assim haverá o atendimento do objetivo fundamental da Lei Maior, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I, Constituição Federal de 1988).

Com a nova concepção, o Código de Processo Civil (CPC), que antes constava no núcleo central do corolário jurídico, oferece o lugar para a Constituição Federal de 1988, de forma que, havendo omissão legislativa ou até mesmo choques entre as leis especiais, o CPC, que antes disciplinava essas questões jurídicas, cede esta incumbência àquela que, hoje, ocupa o local central, isto é, a Constituição Federal, quebrando-se, dessa maneira, um paradigma no direito processual brasileiro.

Assim, essa mudança de pensamento na forma de interpretar o direito processual é denominada pela doutrina brasileira como *neoprocessualismo*.

2 - CONCEITO

O *neoprocessualismo* consiste na observação e aplicabilidade do Direito do Processo sob a ótica dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Nas lições apresentadas por Fredie Didier Jr., o renomado processualista inclui o *neoprocessualismo* como a *quarta* fase do direito processual brasileiro, ao lado da primeira fase “praxismo”, quando não se dava a distinção entre processo e o direito material, ao lado da segunda “processualismo”, fase em que se verifica a presente distinção e, por último, ao lado da terceira fase, denominada “instrumentalismo”, onde se estabelece entre o direito processual e o direito material uma *relação circular de independência*⁴⁹².

O eminente jurista processual ensina ainda que a constitucionalização do direito processual consiste numa das características do direito contemporâneo e, por sua vez, pode ser observado em duas dimensões:

- 1ª) que as normas processuais, inclusive como direito fundamental, são incorporadas aos textos constitucionais; e
- 2ª) que a doutrina, valendo-se das lições constitucionalistas, passa a observar as normas processuais infraconstitucionais como caracterizadoras das disposições constitucionais⁴⁹³.

Para o constitucionalista Eduardo Cambi, o *neoprocessualismo* presta-se a dar suporte crítico na construção de “novas teorias e práticas”, sobretudo, para a *construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas à prestação jurisdicional*⁴⁹⁴.

Vários são os conceitos apresentados:

O *neoprocessualismo* é a aplicação do *neoconstitucionalismo* dentro do processo, ou seja, a revisão dos institutos de direito processual sob a ótica constitucional. Para isso é necessário ter uma postura arrojada, mas indispensável para que se garantam os direitos fundamentais. Dá-se dimensão qualitativa ao princípio do devido processo legal e do acesso à justiça, para garantir ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa, célere, efetiva e adequada⁴⁹⁵.

É a vinculação de uma nova forma de se pensar na aplicabilidade das normas, possui forte vínculo com a proteção dos Direitos Fundamentais, em suma, o *neoprocessualismo* é estritamente ligado ao *neoconstitucionalismo*, onde a Lei deve adequar-se aos Direitos Fundamentais, e não contrário, tanto nas suas dimensões objetivas (Coletividade) e subjetivas (Indivíduo)⁴⁹⁶.

⁴⁹² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 12. ed. V. 1. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 27.

⁴⁹³ *Idem, ibidem*, p.29-30.

⁴⁹⁴ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 10, p. 264.

⁴⁹⁵ LIMA, Isan Almeida. **Da revisão do conteúdo dos princípios da congruência e da demanda no processo civil a partir do neoprocessualismo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2527, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14954/da-revisao-do-conteudo-dos-principios-da-congruencia-e-da-demanda-no-processo-civil-a-partir-do-neoprocessualismo>>. Acesso em: 28 jun. 2011, 18h03.

⁴⁹⁶ OMENA, Flávio Azevêdo. **Síndrome dos “Neo”**: conceitos novos, sobre antigos escritos. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/67380/1/Sindrome-dos-Neo-Conceitos-novos-sobre-antigos-escritos/pagina1.html#ixzz1QbcuIOXK>>. Acesso em: 28 jun. 2011, 17h33.

O *neoprocessualismo* estimula institutos e garantias processuais tendo em vista a constitucionalização dos direitos. O desafio último desta matéria jurídica é proporcionar uma instrumentalidade do processo (respeitando o princípio da legalidade e o princípio da duração razoável do processo) com o garantismo dos direitos fundamentais. O fulcro deste instituto é criar técnicas rápidas e adequadas à realização do direito processual, entretanto deve-se esmerilhar esta celeridade do processo prudentemente, pois não se deve a qualquer preço arriscar o devido processo legal (*substantive due process of law*)⁴⁹⁷.

3 – MODIFICAÇÕES DECORRENTES DO NEOPROCESSUALISMO

O novo pensamento constitucional levou o legislador a editar normas que proporcionam a abertura para o intérprete construir procedimentos condizentes ao caso concreto, então, podemos afirmar que o jurisdicionado possui o direito de exigir do Estado um processo com procedimentos adequados para tutela de seus direitos.

Dentro desse contexto, destacamos algumas medidas verificadas sob a luz da nova dogmática que abriram os horizontes para a efetividade constitucional e processual, trazendo grandes repercussões na seara constitucional, infraconstitucional e administrativa.

A instituição das tutelas diferenciadas, como a tutela antecipada do artigo 273, tutela específica de obrigação de fazer ou de não fazer do artigo 461, tutela específica de entrega de coisa do artigo 461-A, todos do Código de Processo Civil (CPC), e a Emenda Constitucional n. 45, promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 08 de dezembro de 2004, que em seu artigo 1º implementa alterações nos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal de 1988.

Por intermédio do aludido dispositivo constitucional, consagrou-se o direito à “razoável duração do processo”.

No entanto, o legislador foi além, prevendo também a garantia aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, tanto na esfera administrativa quanto judicial.

⁴⁹⁷ CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. **Ativismo Judicial: do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo**. Revista Eletrônica de Direito Processual. V. 6, ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/ativismo-judicial-do-neoconstitucionalismo-ao-neoprocessualismo>>. Acesso em: 28 jun. 2011, 18h15.

Anote-se que este inciso incluído não constituiu, em uma concepção material, um dispositivo isolado na estrutura da Emenda Constitucional n. 45/2004.

As alterações promovidas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2004 foram muito bem recebidas pela doutrina e pelos magistrados brasileiros.

Outra atribuição do legislador fundamental à implementação da efetividade processual diz respeito à *tramitação das leis orçamentárias*, momento em que se torna imperiosa a aprovação, da maneira mais ampla possível, da proposta elaborada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que o Poder Judiciário seja contemplado com a totalidade dos recursos dos quais necessita para ampliar sua estrutura física e de pessoal, como recuperação e modernização das instalações, implantação de sistema integrado de gestão da informação, construção de escolas de formação e aperfeiçoamento de magistrados.

Em decorrência dessas alterações, o legislador infraconstitucional passou a ser destinatário da responsabilidade maior de dar cumprimento aos mandamentos acrescentados ao texto constitucional, através da elaboração de leis que introduzissem modificações no ordenamento jurídico pátrio e que trouxessem efetivas mudanças no sistema processual atual, de maneira a conferir eficácia ao comando normativo insculpido na Carta Magna.

Conforme salienta Ada Pellegrini Grinover:

Esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade de sua tramitação⁴⁹⁸.

De fato, em vários artigos o legislador constitucional derivado procurou cercar o Poder Judiciário de obrigações que respaldassem a busca pela celeridade e instrumentalizassem a obtenção da eficaz prestação jurisdicional.

Vejamos os principais efeitos dessas alterações legislativas e jurisprudenciais no âmbito do neoprocessualismo.

⁴⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 501.

CAPÍTULO VII INOVAÇÕES DE EFEITOS NEOPROCESSUAIS

Além das tutelas diferenciadas - a antecipada do artigo 273 e as específicas dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil- as quais deixamos de comentar por já serem objeto de várias discussões doutrinárias, até pela admissão do *princípio da fungibilidade*, apresentamos a seguir as principais leis de efeitos neoprocessuais dados os reflexos instrumentais do neoconstitucionalismo.

A) DÁ-SE A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL

Importantes inovações foram trazidas pela Lei Federal n. 11.419/2006, que regulamentou a *informatização do processo judicial*. A respeito desta norma, o professor Alexandre de Moraes leciona:

No contexto da Reforma do Judiciário e buscando efetivar a celeridade processual, a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta a informatização do processo judicial (*autos virtuais*), estabelecendo a possibilidade de utilização do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição⁴⁹⁹.

Os credores conhecem bem as inúmeras dificuldades enfrentadas para receberem seus créditos na Justiça, principalmente, quando se tem como devedor a União, de forma que toda a sociedade clama pela celeridade processual, sobretudo na fase executória.

Realmente, em razão da demora excessiva entre a decisão judicial e o momento da satisfação do direito, há tempo suficiente para manobras fraudulentas por parte dos executados.

Com a evolução da tecnologia, o surgimento da internet, o desenvolvimento dos computadores, a existência das sofisticadas redes e sistemas operacionais, todos aliados ao novo pensamento constitucional da celeridade processual, o Judiciário entrou em pleno empenho no sentido de usar a informática em favor do cidadão e, assim, foram celebrados

⁴⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 110.

convênios com o Banco Central do Brasil, possibilitando ao juiz bloquear a conta bancária do devedor através do conhecido sistema *BacenJud*.

O mandamento de bloqueio *on-line* na conta bancária do devedor/executado é um ato que somente o próprio juiz pode realizar, *não devendo, portanto, delegar a qualquer outra pessoa, ainda que serventuário da Justiça*⁵⁰⁰.

Verifica-se um voo de águia nesse campo, muitos são os benefícios advindos da utilização da tecnologia pela Justiça, inclusive, atribui-se ao Conselho Nacional de Justiça significativa parcela desse elevado progresso.

Sobre o aludido assunto, ensina o Juiz Federal Ivan Lira de Carvalho que,

(...) O ser humano percorreu sua trajetória histórica pelo período paleolítico, fase em que priorizava o alimento e o abrigo; mais tarde, pela era neolítica, onde abandonou o nomadismo e passou a racionalizar as energias humanas, aliadas à tração animal e o trato rudimentar da terra, vindo a deflagrar a Revolução Agrícola. (...) No século XVII, adveio a Revolução Industrial, e no século XXI, deu-se a **mais recente transformação nas relações sociais com o advento da chamada Revolução do Conhecimento (ou Revolução da Informação)**⁵⁰¹. (grifos nossos).

Opina ainda o insigne magistrado ser de grande valia ao aparelho judicial a utilização da videoconferência, sobretudo no campo penal, visto que com a teleconferência para interrogatórios criminais, evita-se o deslocamento das prisões para os fóruns.

O fato de estarmos vivendo um momento de muito acesso e facilitação à informação, denominado “Era da Informação”, leva ao surgimento de inúmeros novos direitos, como também são várias as maneiras para violação dos mesmos.

Vejamos alguns avanços:

1. Penhora *on line* em contas bancárias (Sistema *BacenJud*);
2. Hasta pública *on line* (Sistema *BacenJud*);
3. Comunicação entre o Judiciário e o DETRAN via *on-line*, ou seja, inserir, retirar restrições de veículos, expedição de ofícios, registros de penhora de veículos (Sistema de Restrição Judicial *On-Line* de veículo Automotor - *RenaJud*);

⁵⁰⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁵⁰¹ CARVALHO, Ivan Lira. A informática jurídica e as garantias constitucionais: uma visita ao tema do interrogatório por videoconferência. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397-399.

4. O Judiciário obtém todas as informações solicitadas à Receita Federal *via on-line* (Sistema de informações ao Judiciário - *InfoJud*);
5. Integração entre todas as Unidades da Federação e os Órgãos Federais, das informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização relacionadas aos cidadãos, como dados de processos, de inquéritos, etc. (Sistema de Informações ao Judiciário - *InfoSeg*)⁵⁰²;
6. Registros de penhora e busca de imóveis por meio eletrônico em Estado de São Paulo/SP⁵⁰³;
7. Livre comunicação entre os setores internos dos tribunais. (*Intranet*);
8. Propositura de petições, contestações, recursos, inclusive mandados de segurança e todos os documentos por meio do processo eletrônico;
9. Único número processual, ao invés de, a cada instância, receber um número diferente;
10. Assinatura digital ao invés da manual, evitando falsificações;
11. Trâmite do processo virtual com os mesmos efeitos dos tradicionais;
12. *Backup* de segurança, evita perdas ou extravio de autos;
13. Gravações de Audiências;
14. Transmissões das sessões dos Tribunais Superiores;
15. Minimização de custos com espaço, transporte, material de expediente, dentre outros.

Durante esse trajeto, muitas leis foram editadas⁵⁰⁴, no sentido de permitir:

1. A transmissão de dados, imagens petições e recursos por *fax-simile* (artigo 1º da Lei nº 9.800/99);
2. A criação do sistema informatizado de recepção de peças processuais, reuniões eletrônicas e videoconferências (Lei nº 10.259/2001);

⁵⁰² REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mario Vitor Suarez. Ainda e sempre a penhora on line: constitucionalidade, princípios e procedimento. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 6, p. 131.

⁵⁰³ *Idem, ibidem*, p. 131.

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem*, p.97.

3. Ao Ministério da Fazenda realizar a intimação por meio eletrônico (Lei nº 11.196/2005);
4. Aos tribunais disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos (Lei nº 11.280/2006);
5. A realização da penhora e da hasta pública *on-line*, através da inclusão dos artigos 655-A e 689-A no Código de Processo Civil (Lei nº 11.382/2006);
6. A prova do dissídio jurisprudencial por meios de julgados reproduzidos na internet (Lei 11.341/2006);
7. A informatização absoluta do processo judicial (Lei 11.419/2006);
8. A realização de interrogatório criminal e de outros atos processuais penais por sistema de videoconferência (Lei nº 11.900/2009);
9. A impetração de mandado de segurança por meio eletrônico, na hipótese de urgência (Lei nº 12.016/2009);
10. A reunião de juízes domiciliados em Comarcas distintas pode ser realizada por meio eletrônico, no âmbito dos pedidos de uniformização de interpretação de lei baseados em divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais do mesmo Estado, em sede de Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual, Municipal e Distrital (Lei nº 12.153/2009).

B) PUNE-SE O RECURSO PROTELATÓRIO

A Lei nº 9.668/98, de 23 de junho de 1998, acrescenta ao artigo 17 do Código de Processo Civil (CPC) o inciso VII, o qual consagra que se reputa litigante de má-fé aquele que interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Exemplo tradicional ocorre quando a empresa não concorda em pagar os honorários do perito judicial, sob o argumento de que somente seriam exigíveis após o trânsito em julgado da decisão, recorrendo até a última instância. Os recursos estendem uma execução por longos anos, de forma que a parte vencedora fica prejudicada com a

demora processual, no caso do presente exemplo a empresa, segundo a aludida lei deve ser condenada por litigância de má-fé em razão do seu caráter protelatório.

Doutrinariamente, entende-se por litigância de má-fé os atos praticados pelas partes e intervenientes, ou seja, todos os quais participem no processo, que agem contrários à prática da boa conduta, quando faltam com a verdade, enfim, quando buscam procedimentos ardilosos no objetivo de tumultuar, protelar ou vencer a demanda de todo modo. Não importa se venham a ser vencedores ou perdedores, se o ato maldoso causar dano processual ao lado oposto da demanda, está caracterizada a litigância de má-fé.

Vejamos o que estabelece o aludido artigo 17, inciso VII do CPC: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (...); VII- interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

C) PERMITE-SE AO JUÍZO AD QUEM NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO QUANDO HOVER CONFRONTO COM SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

Com o advento da Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, o legislador incluiu o *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando a eficácia dos precedentes ao autorizar o relator a negar seguimento a recurso quando o mesmo estiver em desacordo com entendimento dominante através de súmula ou jurisprudência do próprio tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Acerca do tema, Nelson Moura observa que,

O Código de Processo Civil, em seu artigo 557, *caput*, possibilita ao relator, mediante uma decisão singular, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵⁰⁵.

Nesse sentido, *o legislador, ao reconhecer estes poderes ao relator, possibilita que o mesmo, através de uma decisão monocrática, negue seguimento ao recurso manifestamente inadmissível antes de levá-lo a julgamento pelo órgão colegiado*⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. **Aplicabilidade do art. 557 do CPC nas turmas recursais dos julgados especiais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1008, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8209>>. Acesso em 22 jul. 2011, 19h58.

⁵⁰⁶ *Idem, ibidem.*

O autor Luís Franzé observa:

A decisão do relator visa trazer o resultado efetivo à lide, entregando o direito a quem de fato o tem, em tempo mais breve possível, sempre colocando à disposição do interessado mecanismo apto a provocar a confirmação da decisão do relator perante o juiz natural (agravo inominado) que, em segunda instância, é o órgão colegiado respectivo⁵⁰⁷.

O autor Pedro Araújo Júnior ensina:

Este tópico tem como um de seus fundamentos básicos a pertinência temática da decisão guerreada com a jurisprudência dominante do tribunal ad quem (primeira hipótese legal de jurisprudência paradigmática do art. 557, caput do Código de Processo Civil). A pertinência da matéria tratada na decisão a quo com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal é, pois, universal, se o tribunal ad quem for um tribunal local, haja vista que este irá analisar a questão como um todo. Abrangeria, pois, todas as matérias de direito e de fato. No que se refere a recurso endereçado a Tribunal Superior, o raciocínio anterior também é válido, excetuando-se as questões de fato, a depender do recurso que estiver sendo interposto⁵⁰⁸.

Luís Franzé complementa:

Com relação à expressão jurisprudência dominante acrescida ao artigo 557 do Código de Processo Civil, mostra-se como um passo para alargar a influência dos precedentes, de forma que devemos entender como jurisprudência dominante não só a já estabelecida em incidentes de uniformização de jurisprudência, mas também as que estiverem presentes em significativo número de julgados. (...) Para atacar a decisão que nega seguimento ao recurso é cabível o agravo interno ou agravo inominado, cujo prazo de interposição é de cinco dias, tendo como juízo *ad quem* o órgão competente para o julgamento do recurso indeferido. Caso não haja retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto, de forma que, uma vez provido o agravo, o recurso terá seguimento⁵⁰⁹.

Por fim, o autor Nagib Slaibi Filho aduz:

Após a confirmação da decisão do relator que negou seguimento ao agravo pelo colegiado, em regra, restará ao agravante, se presentes os pressupostos

⁵⁰⁷ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Breves considerações sobre a atual roupagem do artigo 557 do CPC.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19798/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20atual%20roupagem%20do%20artigo%20557%20do%20cpc.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 ago. 2011, 14h53.

⁵⁰⁸ ARAÚJO JÚNIOR, Pedro Dias de. **O artigo 557, § 1º-a do CPC e o instituto da pertinência recursal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/854>>. Acesso em: 22 jul. 2011, 22h55.

⁵⁰⁹ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Breves considerações sobre a atual roupagem do artigo 557 do CPC.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19798/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20atual%20roupagem%20do%20artigo%20557%20do%20cpc.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 ago. 2011, 14h53.

necessários, a interposição de Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça e/ou Recurso Extraordinário destinado ao Supremo Tribunal Federal⁵¹⁰.

C.1) PERMITE-SE AO JUÍZO AD QUEM DAR PROVIMENTO A RECURSO CONTRA DECISÃO EM MANIFESTO CONFRONTO COM SÚMULA OU JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DE TRIBUNAL SUPERIOR

Amplia-se novamente o campo de influência dos precedentes, considerando que a mesma Lei nº 9.756/98 além de permitir ao relator negar seguimento ao recurso, pode também dar provimento ao recurso quando a decisão de grau inferior estiver em desacordo com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Federal.

Os autores Sylvio Motta e Lanna Corrêa observam que:

O referido §1º - A do artigo 557 do CPC oferece essa possibilidade de o relator dar provimento, de plano, ao recurso. Porém, importante notar que, nesta hipótese, o que faz o relator é dar provimento, não seguimento; isto é, o relator analisa o mérito e percebe que a decisão deve ser modificada. A decisão de primeiro grau necessita de reforma, o juiz equivocou-se ao proferir uma sentença e o relator possui nas mãos a possibilidade de modificá-la sem levá-la à análise do colegiado. A única hipótese que autoriza a utilização deste dispositivo vem a ser no caso de a decisão contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior⁵¹¹.

Os autores prosseguem:

Na hipótese ora apresentada, a súmula ou jurisprudência que ao ser contrariada autoriza o julgamento monocrático apenas pode ser oriunda de Tribunais Superiores ou do STF, não mais se admite que contrarie jurisprudência ou súmula do próprio Tribunal, se este não for um tribunal superior⁵¹².

É necessário lembrar que,

Somente é cabível o provimento antecipado se o recurso atender aos requisitos de admissibilidade (quanto aos pressupostos gerais e próprios, como legitimidade, interesse, tempestividade, preparo, etc.), não se mostrar prejudicado por fatos supervenientes (como, por exemplo, os referidos nos artigos 462 e 503 da lei

⁵¹⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Notas sobre o art. 557 do CPC.** Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3792>>. Acesso em: 17 mai. 2011, 15h50.

⁵¹¹ MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; CORRÊA, Lanna Schmitz. **Síndrome do juiz monocrático:** observações sobre o novo art. 557 do CPC. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6216>>. Acesso em: 24 ago. 2011, 17h06.

⁵¹² *Idem, ibidem.*

processual) e esteja o procedimento recursal maduro para a decisão (como, por exemplo, já tenha se manifestado o Ministério Público quando interveniente)⁵¹³.

Mais ensinamentos,

Foi conferido ao mesmo poder para dar provimento a recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) ou de Tribunal Superior. (artigo 557, § 1º - A, do Código de Processo Civil - CPC)⁵¹⁴.

*O § 1º - A do artigo 557 do CPC inova ao autorizar o relator a, desde logo, prover o recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*⁵¹⁵.

Atente-se para a diferença:

No primeiro caso o relator pode negar seguimento ao recurso, enquanto no segundo poderá dar provimento ao recurso.

Outra diferença é apresentada pela doutrina:

Para negar seguimento ao recurso, a lei se refere à orientação do respectivo Tribunal, além do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior; já para prover o recurso, só se a orientação for editada pelo Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior, sem fazer menção ao próprio Tribunal⁵¹⁶.

*Nos tribunais inferiores, o relator não poderá prover o recurso ainda que o tema seja objeto de súmula do seu tribunal, ou seja, caso já albergado pela jurisprudência dominante da mesma Corte*⁵¹⁷.

Ao diferenciarmos o *conceito de súmula e jurisprudência dominante*, observamos que aquela tem o enunciado emitido nos termos regimentais e legais, esta expressa o entendimento ordinariamente seguido, mas que não mereceu ainda o patamar *sumular*⁵¹⁸.

⁵¹³ SLAIBI FILHO, Nagib. **Notas sobre o art. 557 do CPC.** Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3792>>. Acesso em: 17 mai. 2011, 15:50h.

⁵¹⁴ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Breves considerações sobre a atual roupagem do artigo 557 do CPC.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19798/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20atual%20roupagem%20do%20artigo%20557%20do%20cpc.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 ago. 2011, 14h53.

⁵¹⁵ *Idem, ibidem.*

⁵¹⁶ *Idem, ibidem.*

⁵¹⁷ *Idem, ibidem.*

⁵¹⁸ *Idem, ibidem.*

D) UNIFORMIZA-SE A INTERPRETAÇÃO DA LEI FEDERAL EM FACE DE DIVERGÊNCIA ENTRE TURMAS RECURSAIS SOBRE CERTAS QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL

É enorme a utilidade de um procedimento como o “musterverfahren” alemão, que *permite a tratativa coletiva de questões comuns a muitos processos, pacificando-se de maneira única para todas as causas, sem os malabarismos teóricos típicos das ações coletivas*⁵¹⁹.

De acordo com o artigo 14 da Lei n. 10.259/2001, caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal, quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por turmas recursais na interpretação da lei.

Não se trata do incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos artigos. 476 a 479 do Código de Processo Civil - CPC, mas sim de verdadeiro recurso, próprio dos Juizados Especiais Federais, com função semelhante à do Recurso Especial fundado em dissídio jurisprudencial (artigo 105, III, “c” da Constituição Federal de 1988).

Isso porque, ao contrário do incidente previsto no CPC, por meio do pedido de uniformização de interpretação de lei federal previsto Lei nº. 10.259/2001, postula-se não só a fixação da tese jurídica aplicável ao caso concreto, mas também o reexame da decisão, na mesma relação processual.

A divergência deve versar sobre questão de direito material. Há, portanto, um repúdio claro às questões de fato e, mais que isso, ao direito processual federal.

A competência para julgamento do pedido de uniformização depende da origem da divergência: quando for entre turmas da mesma região, o pedido será julgado em reunião conjunta das turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador (§1º do artigo 14); se, porém, for o pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da decisão proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, competirá o julgamento à Turma de Uniformização, integrada por juízes de turmas recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal (§ 2º do artigo 14).

⁵¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. Cap. 2, p. 45.

Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que irá dirimir a divergência (artigo 14, § 4º). Nesse caso, presente, a plausibilidade do direito invocado e havendo profundo receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia seja estabelecida (artigo 14, § 5º).

A previsão de um pedido de uniformização dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) é flagrantemente inconstitucional, porquanto, equivale a um Recurso Especial fundado em dissídio jurisprudencial (art. 105, III, “c” da Constituição Federal de 1988). Ocorre que o Recurso Especial não é cabível no microsistema dos Juizados Especiais, uma vez que a Constituição da República exige, para interposição de tal recurso, que a decisão impugnada seja oriunda de tribunal (art. 105, III), o que não é o caso das turmas recursais dos Juizados.

E) ESTENDE-SE A LEGITIMAÇÃO DA PRÁTICA DA MÁ-FÉ A TODOS OS PARTICIPANTES DO PROCESSO

Com a alteração do *caput* do artigo 14 do Código de Processo Civil (CPC), por força da Lei nº 10.358, 27 de dezembro de 2001, há o reconhecimento de que a má-fé poderá ser praticada não somente pelas partes processuais, como se dava anteriormente, mas sim por todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.

Com muita assertiva, o legislador responsabiliza todos os participantes do processo, sejam as próprias partes, os peritos, os assistentes, os servidores, enfim, qualquer pessoa que participar do processo. Se a prática de atos for maldosa, com intuito de protelar a demanda ou de ganhar a ação, o responsável está fadado à condenação por má-fé.

Antes da aludida inovação, apenas as partes poderiam sofrer condenação por má-fé, levando outro participante da demanda, muitas vezes, a praticar atos protelatórios em favor de alguma parte sem que houvesse contra aquele alguma sanção.

Vejamos o que estabelece o artigo 14 do CPC:

Art.14: São **deveres das partes e de todos aqueles** que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito;

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. **(grifos nossos)**

F) PERMITE-SE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA

A Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que instituiu o parágrafo 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil (CPC), já previa que o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, consoante previsão no artigo 267 do CPC.

Verifica-se a supressão de instância à medida que o juiz *a quo* não julga o mérito da questão, apenas extingue o processo, enquanto o *ad quem* julga a questão meritória.

A presente medida é de grande valia para o jurisdicionado, uma vez que o cidadão estará recebendo com segurança jurídica a prestação jurisdicional a qual necessita, visto serem atendidos os juízos de admissibilidade processual. Seria inadmissível se a ação estivesse em condições de julgamento e o tribunal não a julgasse, prejudicando mais ainda as partes interessadas.

Vejamos o que dispõe o aludido § 3º do artigo 515 do CPC:

Art.515: A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º - Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

(...)

G) PROCESSOS DOS CIDADÃOS A PARTIR DOS 60 ANOS DE IDADE OU PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES PASSAM A TER PRIORIDADE

A Lei nº 10.173/01, de 09 de janeiro de 2001, incluiu o artigo 1.211-A no Código de Processo Civil (CPC), garantindo aos idosos o direito à preferência judicial em qualquer grau de jurisdição, em qualquer juízo ou tribunal, de forma que os procedimentos judiciais e atos públicos que envolvessem pessoas com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos deveriam ter prioridade no respectivo trâmite.

A Lei nº 12.008/09, de 29 de julho de 2009, modificou a redação do aludido artigo, ampliando a garantia de prioridade judicial para os processos nos quais figurem como parte ou interessados os idosos com idade igual ou superior a 60 anos, ou pessoas portadoras de doenças graves.

A filosofia da medida é das mais justas, embora, infelizmente, na realidade prática deixe muito a desejar diante dos milhares de processos existentes nos fóruns, fazendo com que a demora da prestação jurisdicional, muitas vezes, ainda leve os idosos e os doentes graves a perderem os objetos de suas demandas.

Após a mudança em análise, o artigo 1.211-A do CPC passou a dispor:

Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

H) DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS PASSA A SER IMEDIATA

Um problema que há muito tempo preocupava os Tribunais pátrios era que, quando se protocolava um recurso, a distribuição não ocorria imediatamente, mas demorava, às vezes, por anos. Os doutrinadores costumam exemplificar citando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visto que para o processo chegar ao Desembargador relator tem enfrentado o ônus de um longo tempo.

Com o intuito de modificar este quadro, a Emenda Constitucional 45/2004 acrescentou o seguinte comando ao artigo 93 da Carta Magna: “(...) XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição”.

I) CRIA-SE O INSTITUTO JURÍDICO DA SÚMULA VINCULANTE

Com o instituto da *Súmula Vinculante*, o Supremo Tribunal Federal (STF) passa a unificar o entendimento acerca das matérias de maior controvérsia, eliminam-se então as decisões conflitantes com o entendimento sedimentado pela Suprema Corte, o qual, em última instância, é o guardião da Constituição e detentor da prerrogativa de analisar em definitivo qualquer questão constitucional posta à sua apreciação.

Com a aplicação das Súmulas Vinculantes aos processos em trâmite, facilita-se o trânsito dos mesmos uma vez que não se poderá neles decidir de maneira diferente do entendimento pacificado pela Corte Suprema.

Vejamos o que estabelece o artigo 103-A da Constituição Federal de 1988:

(...) Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (...).

Buscou-se sedimentar o entendimento já predominante de que é necessário separar os processos grandes daqueles de menor monta, mais simples e que detêm a possibilidade de serem resolvidos em um período mais curto de tempo.

Por intermédio do instrumento em comento, passou-se a unificar o entendimento acerca das matérias de maior controvérsia no âmbito do Poder Judiciário, de maneira que todo e qualquer processo ajuizado que verse sobre aquele assunto, em qualquer grau de jurisdição que se encontre, se seu conteúdo meritório se enquadrar em alguma Súmula Vinculante, esta será obrigatoriamente aplicada ao caso, podendo-se, em caso de descumprimento, apresentar reclamação perante o STF para que este determine a observância da Súmula Vinculante ao caso concreto.

O presente artigo está regulamentado pela Lei da Súmula Vinculante nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

I.1) VERIFICA-SE A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, DIFERENCIA-SE SÚMULA DE EFICÁCIA VINCULANTE

Trata-se da possibilidade de a fundamentação de uma determinada sentença ser vinculante a outras situações análogas. Embora semelhante, não se confunda com a teoria dos motivos determinantes do direito administrativo.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal não reconhecer ainda essa possibilidade, o debate está pendente na própria Corte brasileira pelo fato de que, em muitas decisões judiciais, há o seu reconhecimento, senão vejamos:

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente a Reclamação n. 10604, em 08.09.2010, onde o Reclamante *alegava que o Superior Tribunal Eleitoral, ao manter indeferimento do registro de sua candidatura ao cargo de governador, teria desrespeitado diversas decisões do STF, relacionadas à aplicação do artigo 16 da Constituição*⁵²⁰.

Vejamos o trecho da decisão do Ministro Ayres Britto⁵²¹:

(...) No mesmo sentido, cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, **a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões** (cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria). (...) (**Grifos nossos**).

Perceba-se a diferença: o instituto da súmula vinculante diz respeito ao veredito, enquanto a tese da eficácia vinculante versa sobre a fundamentação da decisão.

J) CRIA-SE A REPERCUSSÃO GERAL DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

⁵²⁰ Reclamação 10604, 08 set. 2010, relatoria do Ministro AYRES BRITTO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161024>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

⁵²¹ *Idem, ibidem.*

Através da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, criou-se a figura da “Repercussão Geral” das questões constitucionais, com vistas à inclusão de mais um requisito de admissibilidade dos recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal, acrescentando o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988:

(...) Art. 102, § 3º: No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (...)

Dessa forma, em atendimento ao princípio da celeridade processual, restringiu-se mais ainda o âmbito de cabimento dos recursos extraordinários, uma vez que, além dos requisitos já existentes, o recorrente deve também demonstrar que a matéria que pretende submeter à apreciação da Suprema Corte reveste-se de importância para toda a sociedade, podendo o Tribunal deixar de conhecer do recurso em razão da não demonstração desta condição.

Assim, ao lado das súmulas vinculantes, criou-se a figura da *repercussão geral das questões constitucionais*, com vistas à inclusão de mais um requisito de admissibilidade dos recursos interpostos perante o Supremo Tribunal Federal.

O presente parágrafo está regulamentado pela Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que incluiu os artigos 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, os quais dispõem, respectivamente:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º - O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º - Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º - Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º - Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º - O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º - A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º - Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º - Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º - Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º - Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º - O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

K) SUBSTITUI-SE “EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL” POR “CUMPRIMENTO DE SENTENÇA”

A Lei Federal n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, inseriu alterações na sistemática do Código de Processo Civil brasileiro, modificando profundamente o processo de execução, como também a sentença, a liquidação e a coisa julgada.

Por intermédio da aludida lei, estabeleceu-se um novo procedimento em substituição à execução de título judicial, denominado cumprimento de sentença, não mais se criando um novo processo, mas somente abrindo-se uma fase dentro do processo de cognição, destinada à satisfação da pretensão do autor deferida pela sentença, conforme reza o artigo 475-I do Código de Processo Civil.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo 475-I:

Art. 475-I. O **cumprimento da sentença** far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo.

§ 1º - É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo.

§ 2º - Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta. **(grifos nossos)**

A referida alteração é da mais alta importância no sentido de dar maior efetividade à prestação jurisdicional, visto que antes dessa medida, o credor, após ter suportado todas as demoras processuais face às diligências que se fazem necessárias, tais

como distribuição, autuação, publicação, conclusão para diretor de secretária, conclusão para o juiz, despacho judicial, citação, prazos, audiências, julgamento, incidentes processuais, recursos até o trânsito em julgado, ainda deveria ingressar com a ação de execução, enfrentando todo o ônus da demora processual novamente.

A partir dessa inovação legal, o credor requer o cumprimento da sentença nos mesmos autos, evitando suportar as diligências de um novo processo.

Na execução fundada em título judicial altera-se a natureza jurídica da defesa que, ao invés de embargos à execução passa a denominar-se **impugnação**.

A exceção à regra diz respeito às execuções contra fazenda pública que continuam com o procedimento normal.

L) O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA PASSA A SER MAIS CÉLERE

No tocante ao procedimento específico do cumprimento de sentença, verifica-se grande novidade voltada para a celeridade processual, pois a execução não mais carecerá de autos apartados nem de nova petição inicial.

Se a sentença condenatória for líquida, ou se sentença ilíquida for liquidada, o *quantum debeat* estará resolvido.

Assim, aduz a Lei nº 11.232/05 que caberá ao devedor pagar a quantia fixada num prazo de 15 dias. Em caso de descumprimento desse pagamento, ser-lhe-á aplicada automaticamente uma multa de 10%, reversível ao credor. Se efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* do art. 475-J do Código de Processo Civil (CPC), a multa incidirá sobre o restante inadimplido.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo 475-J do CPC:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º - Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º - Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º - O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º - Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º - Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.

Inúmeras são as controvérsias jurídicas sobre a interpretação do artigo em comento, sobretudo no que toca ao início do prazo para o cumprimento da sentença, porém, de forma resumida, temos a informar que a medida fez nascer com ares de efetividade o direito do credor, visto que o mesmo não sofrerá o ônus de enfrentar um processo autônomo, mas somente a continuidade da mesma ação.

Antes da referida inovação, grande parte dos credores recebia os respectivos créditos através dos seus herdeiros, haja vista que a demora era tal que muitas vezes os exequentes chegavam a falecer sem a satisfação de seus direitos. É que, uma vez expedido o mandado judicial para o devedor pagar a dívida, por exemplo, o executado exercia o direito de discutir primeiramente os valores a serem pagos, sem que nenhuma importância fosse liberada em favor do credor.

Com a mudança legal, temos que o devedor continua com o direito de, em primeiro lugar, discutir os valores, porém, obriga-se a demonstrar e pagar, dentro de 15 dias, a importância que entender devida, de forma que o credor receberá desde logo pelo menos a parte incontroversa.

Além do mais, o credor deve, no requerimento de instauração da fase de cumprimento de sentença, indicar, desde logo, os bens passíveis de constrição ressaltando o pedido de aperfeiçoamento do instituto da penhora *on line*, visto o devedor não possuir mais a prerrogativa de nomear a penhora como se dava antes da inovação processual.

M) SUBSTITUI-SE “CITAÇÃO” POR “INTIMAÇÃO” NO PEDIDO DE LIQUIDAÇÃO

Em relação ao procedimento de liquidação da sentença, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 475-A do Código de Processo Civil (CPC), introduzido pela Lei Federal n. 11.232/2005, a parte contrária não mais é citada, e sim intimada a respeito do

pedido de liquidação. Em outras palavras, não mais há um novo processo, mas um mero incidente, complementar ao processo de conhecimento, para tornar líquido o título judicial em menos tempo.

Seja qual for a forma de liquidação, o dispositivo legal não prevê a necessidade de citação da parte devedora, que antes se dava na pessoa do advogado. Com a presente alteração, o CPC exige apenas a intimação do advogado, mudança que em muito contribuiu com os princípios da celeridade e economia processual, visto que em inúmeras comarcas a intimação é realizada por publicação oficial, diminuindo sobremaneira os custos, bem como os atos procrastinatórios advindos da parte devedora.

Vejamos o que dispõe o aludido §1º do artigo 475-A do CPC:

Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

§ 1º - Do requerimento de **liquidação de sentença** será a parte **intimada, na pessoa de seu advogado.** (...) (grifos nossos)

M.1) POSSIBILITA-SE O PROCEDIMENTO DA LIQUIDAÇÃO AINDA QUE NA PENDÊNCIA DE RECURSOS, BEM COMO SE SUBSTITUI A APELAÇÃO PELO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Além das alterações aludidas no tópico anterior, a Lei nº 11.232/05, ao incluir o § 2º do artigo 475-A no Código de Processo Civil (CPC), passou a possibilitar a liquidação ainda que na pendência de recurso, ocasião em que se fará em autos apartados, no juízo de origem, cabendo ao liquidante a instrução do pedido com as cópias das respectivas peças processuais.

Observa-se que a lei em comento não distinguiu a pendência de qual o tipo de recurso e, ao mesmo tempo, restringiu ao fato do recurso ter sido ou não recebido no efeito suspensivo, o que nos leva a concluir pela seguinte interpretação: a liquidação poderá começar na pendência de qualquer espécie de recurso, inclusive em se tratando de apelação, permissão a qual atribuirá significativo ganho no sentido de dar celeridade ao processo.

Ao final do procedimento de liquidação, da sua decisão não mais caberá apelação, e sim agravo de instrumento.

Vejamos o que dispõe o aludido §2º do artigo 475-A do CPC:

Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação.

(...)

§ 2º - A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes. (...)

N) CRIA-SE O INSTITUTO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Outra inovação importante instituída pela lei em comento e prevista pelo parágrafo 1º do artigo 475-L do Código de Processo Civil (CPC) foi a instituição da *coisa julgada inconstitucional*, por intermédio da qual se considera inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo que forem declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal.

Vejamos o que dispõe *in verbis* o aludido §1º do artigo 475-L do CPC:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º - Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também **inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (...)** (grifos nossos)

Assim, o credor poderá requerer a competente execução com o título executivo judicial ou extrajudicial; o judicial se processará pelo instituto de cumprimento de sentença, e o extrajudicial pelo procedimento normal do Livro II do CPC.

Cumprir informar que, conforme o artigo 475-N do CPC, os títulos executivos judiciais são:

I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado;

- III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV – a sentença arbitral;
- V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Quanto aos requisitos essenciais da sentença, conforme o artigo 458 do CPC, são eles: I) Relatório; II) Fundamentação; III) Dispositivo.

Entendemos por fundamentação os motivos que levaram o juiz a decidir da maneira que o fez; numa argumentação racional e lógica, o magistrado deve demonstrar quais as razões que o levaram àquela decisão.

Assim, as decisões judiciais devem estar em conformidade com a melhor orientação principiológica, legal e jurisprudencial, de maneira que aquelas que, porventura, tenham sido fundamentadas em leis ou atos normativos inconstitucionais, ou, ainda, fundadas em interpretação das leis ou atos normativos incompatíveis com a Carta Fundamental, não servirão às partes como título judicial exigível para requererem a respectiva execução.

N.1) MODIFICA-SE O PROCEDIMENTO DO EXCESSO DE EXECUÇÃO

A lei ora comentada prevê, em relação ao excesso de execução, que quando o executado alegar que o exequente pleiteou quantia superior à resultante da sentença, deverá imediatamente apontar o valor que entender correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação, de forma que o credor levantará pelo menos o valor incontroverso e discutirá apenas o restante.

A alteração prevista pelo parágrafo 2º do artigo 475-L do Código de Processo Civil (CPC) mostrou-se deveras importante, haja vista que os embargantes costumemente lançavam mão deste argumento, sem, contudo, dar provas ou quaisquer indícios do ocorrido, causando manifesto atraso ao processo.

Vejamos o que dispõe o aludido §2º do artigo 475-L do CPC:

- Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:
- I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
 - II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – **excesso de execução**;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

(...)

§ 2º - Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

O) PERMITE-SE A EXECUÇÃO QUANDO OS EMBARGOS AINDA ESTEJAM PENDENTES DE JULGAMENTO

A inovação altera o efeito na defesa do executado.

Em tese, o juiz atribuirá efeito devolutivo à defesa do devedor-executado.

Ainda segundo a lei nº 11.232/05, o *caput* do artigo 475-M do Código de Processo Civil prevê que a *impugnação*, ao contrário do que acontecia com os *Embargos à Execução*, *não terá efeito suspensivo*. Entretanto, o juiz poderá atribuir tal efeito, desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

A lei em discussão passa a permitir a extinção da obsoleta prática de aguardar o julgamento definitivo dos embargos para somente a partir de então se permitir os atos expropriatórios definitivos.

Com as alterações legislativas, o exequente, assumindo a responsabilidade pelos riscos decorrentes, está autorizado a promover a execução provisória, podendo até mesmo realizar atos expropriatórios, condicionados à prestação de caução.

Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.

§ 2º Deferido efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados.

Por inclusão da lei supracitada, o parágrafo 3º do aludido artigo reza que a decisão que resolver a impugnação será recorrível mediante agravo de instrumento, por constituir procedimento mais célere, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

§ 3o A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação.

P) AUMENTA-SE A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS

Inova a referida lei com o inciso I do artigo 475-N do Código de Processo Civil (CPC), o qual, substituindo o inciso I do art. 584 do mesmo código, permite que as sentenças proferidas no processo civil as quais reconheçam a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia certa sejam consideradas títulos executivos judiciais, e não somente aquelas sentenças condenatórias, conforme ocorria anteriormente.

No sentido de clarear os ensinamentos, nos valem dos exemplos citados pelo nobre Rodrigo da Cunha Lima:

Deve ser considerada como título executivo a sentença que declara o direito à compensação ou, conforme a fundamentação adotada, a sentença de improcedência numa ação declaratória de inexistência de débito, ou ainda a sentença que rescindir um contrato de compra e venda - para o recebimento da coisa pelo vendedor⁵²².

Vejamos o que dispõe o aludido artigo 475-N, I do CPC:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:
I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
(...)

A título de exemplos podemos citar várias sentenças proferidas no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia: sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que a referida matéria não seja verificada em juízo; acordo extrajudicial, de qualquer natureza,

⁵²² FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 393.

homologado judicialmente; formal e certidão de partilha, somente no que se refere ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Q) DISPENSA-SE A LIQUIDAÇÃO PARA CÁLCULO ARITMÉTICO

A comentada lei, através do artigo 475-B do Código de Processo Civil (CPC), permite ao credor requerer de imediato o cumprimento de sentença, dispensando o procedimento da liquidação por contador quando a determinação do valor da condenação depender somente de cálculo aritmético.

A presente medida facilita a execução no sentido de permitir o pagamento ao credor de forma mais rápida, visto que o mesmo não fica adstrito à fila quilométrica normalmente existente nas varas judiciais, à espera do cálculo do contador judicial, como ocorre face ao elevado de números processos, fazendo-se necessário tão somente que o exequente apresente a planilha de cálculos desde logo, demonstrando, entretanto, como chegou àquele valor que pretende haver do devedor.

Caso o juiz perceba que a memória de cálculo afasta-se de maneira flagrante do valor devido, ou em caso de o credor ser beneficiário da justiça gratuita, de ofício, o magistrado requererá ao contador judicial a conferência do cálculo apresentado.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo 475-B do CPC e o seu §3º:

Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento de sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo.

(...)

§3º. Poderá o juiz valer-se do contador do juízo, quando a memória apresentada pelo credor aparentemente exceder os limites da decisão exequenda e, ainda, nos casos de assistência judiciária.

R) VIABILIZA-SE A ENTREGA DE DOCUMENTAÇÃO EM POSSE DO DEVEDOR

Muitas vezes nos deparamos com realidades práticas de difíceis soluções, onde o credor, mesmo de posse do título executivo judicial exigível, fica impedido de receber o seu crédito porque os dados estão em poder do devedor.

A inovação de grande relevância trazida pela lei 11.232/05 diz respeito à instituição dos parágrafos 1º e 2º do artigo 475-B do Código de Processo Civil (CPC), que fixa o prazo de até 30 dias para o devedor ou terceiro entregarem os dados necessários para o credor elaborar a planilha com a memória de cálculos.

Uma prática corriqueira ocorre no caso dos bancos que somente entregam os extratos do cliente após ordem judicial.

Vejamos o que dispõe os aludidos parágrafos 1º e 2º do artigo 475-B do CPC:

Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento de sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com memória discriminada e atualizada do cálculo.

§ 1º. Quando a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor ou de terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência.

§ 2º. Se os dados não forem, injustificadamente, apresentados pelo devedor, reputar-se-ão corretos os cálculos apresentados pelo credor, e, se não o forem pelo terceiro, configurar-se-á a situação prevista no art. 362. (...)

Para fins de melhor esclarecimento das lições, vejamos também o referido artigo 362 do CPC, tratando da exibição de documento ou coisa:

Art.362. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz lhe ordenará que proceda ao respectivo depósito em cartório ou noutro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o embolse das despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência.

S) SUPRE-SE EFEITO CONTRATUAL ATRAVÉS DE SENTENÇA

Um significativo acréscimo trazido pela lei em comento diz respeito ao artigo 466-B do Código de Processo Civil (CPC), o qual aduz que, havendo o descumprimento de obrigação de cumprir o contrato celebrado, a parte adversa obterá do juiz sentença que produzirá o mesmo efeito como se a parte o tivesse cumprido. Percebe-se a importância da medida, uma vez que a parte cumpridora de suas obrigações não ficará à mercê da vontade do contratante descumpridor da sua prestação.

Para ilustrar, exemplificamos com o caso concreto onde o vendedor de imóvel se nega a transferi-lo ao comprador de boa-fé e cumpridor das suas prestações, tendo

assumido o referido compromisso através de contrato de compra e venda denominado popularmente de “contrato de gaveta”.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo 466-B do CPC:

Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

T) PERMITE-SE AO JUIZ A *QUO* O NÃO RECEBIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO QUANDO A SENTENÇA ESTIVER EM CONFORMIDADE COM SÚMULA DE TRIBUNAL SUPERIOR: É A INSTITUIÇÃO DE SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO

Concede-se o mesmo poder conferido ao relator ao juiz singular, amplia-se outra vez a eficácia dos precedentes, permite-se ao juiz *a quo* não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver de acordo com súmula de Tribunal Superior.

Na prática, modifica-se o juízo de admissibilidade da apelação: esta é a alteração mais significativa da Lei n. 11.276/2006.

De acordo com o parágrafo primeiro introduzido no artigo 518 do Código de Processo Civil, “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

O parágrafo segundo estabelece que “apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso”.

Com esta modificação, a prerrogativa, já prevista para o relator de recursos, foi estendida ao juiz de primeiro grau, podendo este negar seguimento ao recurso se a sentença se encontrar em obediência a alguma Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras da autora Adriana Mesquita,

O parágrafo 1º do artigo 518 do Código de Processo Civil – CPC torna inadmissível o recurso de apelação contra sentença proferida em consonância com entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, buscando conferir maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, inibindo a interposição de recursos meramente protelatórios⁵²³.

⁵²³ MESQUITA, Adriana Farias. **Considerações acerca da súmula impeditiva de apelação** (art. 518, § 1º, CPC). Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2398, 24 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14244>>. Acesso em: 24 ago. 2011, 17h46.

A autora Bianca Leal Bastos, em citação ao Eminentíssimo jurista Humberto Theodoro Júnior, este analisando o artigo 518 do CPC, afirma que o parágrafo 1º,

Não é um corpo estranho dentro do sistema do Código de Processo Civil, pelo que é possível dizer que este representa uma pequena extensão, ao juiz de primeira instância, dos poderes do relator do tribunal ad quem, visto que ao juiz de primeiro grau foi concedida competência para negar seguimento à apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF, enquanto, ao julgador do tribunal ad quem os poderes são apenas mais amplos, nos termos do artigo 557 do CPC⁵²⁴.

A autora prossegue defendendo que,

Em relação à aplicação prática do parágrafo 1º do artigo 518 do CPC, é fundamental esclarecer que para a incidência da nova regra o magistrado deve verificar que está diante de uma sentença cujo único, ou pelo menos o determinante, fundamento utilizado seja a súmula⁵²⁵.

Citando o renomado Luiz Guilherme Marinoni, a referida autora ensina que *se a súmula é apenas um dos argumentos utilizados, não se estará diante de sentença em conformidade com súmula, como exigido pela norma⁵²⁶*, complementando, ainda, que *a hipótese indicada pela regra representa situação em que a decisão judicial está em harmonia com a súmula e que essa é o fundamento suficiente e determinante da decisão⁵²⁷*.

Ainda sobre o tema, aduz:

Além disso, pode ser verificada a conformidade integral de parte da sentença, quando esta se desenvolve em capítulos distintos, isto é, a sentença pode conter vários capítulos e apenas algum (ou alguns) estar fundamentado em súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Neste caso, o juízo *a quo* deverá admitir o recurso apenas em parte, não devendo a apelação ser conhecida no que se refere à impugnação do capítulo da sentença que está em conformidade com súmula do STF ou do STJ. Não obstante o juízo *a quo* tenha proferido sentença em conformidade com entendimento sumulado pelos tribunais superiores, a parte não perderá o direito de recorrer com intenção de demonstrar que o caso concreto tem particularidade que não permite a aplicação de tal súmula. Ademais, nada impede que a parte também ingresse com apelação para que o tribunal reconheça que o entendimento de determinada súmula deve ser modificado⁵²⁸.

⁵²⁴ BASTOS, Bianca Leal. **Súmula Impeditiva de Recurso**: reflexões acerca do artigo 518, parágrafo 1º do Código de Processo Civil. Revista Eletrônica Focus Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados, n. 8, ago. 2008, p. 1. Disponível em: <http://www.cgvadogados.com.br/html/downloads/focus_08.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2011, 13h57.

⁵²⁵ *Idem, ibidem*.

⁵²⁶ *Idem, ibidem*, p. 2.

⁵²⁷ *Idem, ibidem*, p. 2.

⁵²⁸ *Idem, ibidem*, p. 1.

Humberto Theodoro Júnior, citado pela autora em referência, sustenta que,

Eventual equívoco do juiz em considerar a sentença adequável ao entendimento de súmula não acarretará “irremediável supressão do direito da parte de acesso ao segundo grau de jurisdição”, uma vez que pelo artigo 522, caput do CPC, cabe o agravo de instrumento contra a decisão que não admite apelação e tal recurso não será obstado na primeira instância, pois sua interposição ocorre diretamente no Tribunal (artigo 524 do CPC). Assim, conclui que o agravo de instrumento constitui o “remédio eficiente para corrigir o *error in iudicando* cometido em primeiro grau e fazer chegar o apelo ao exame do tribunal competente”⁵²⁹.

U) PERMITE-SE AO JUÍZO A QUO PROFERIR LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA EM CASOS IDÊNTICOS

Verifica-se mais uma ampliação da eficácia dos precedentes. A Lei Federal n. 11.277/2006 trouxe a figura do julgamento liminar ao acrescentar o artigo 285-A ao Código de Processo Civil, estabelecendo que,

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Diante do exposto, tratando a petição inicial de questões unicamente de direito, já tendo o juiz julgado matéria idêntica, ele poderá julgar improcedente o pedido de ofício, abrindo-se ao autor a possibilidade de ofertar apelação e, se este o fizer, somente neste momento será citado o réu, já para apresentar contrarrazões ao recurso.

O autor Cristiano Miller ensina que,

O artigo 285-A, do Código de Processo Civil - CPC, introduzido pela Lei n. 11.277/2006, define mecanismo inédito em nosso sistema processual, vez que não apenas autoriza o julgamento liminar do mérito (o que, frise-se, já existia por conta da regra do artigo 295, IV, do CPC, nos casos de prescrição e decadência), mas permite que tal sentença seja prolatada tomando por base tão somente outros julgamentos havidos em ações em que se tenha apreciado a mesma tese jurídica⁵³⁰.

⁵²⁹ *Idem, ibidem.*

⁵³⁰ MILLER, Cristiano Simão. **O art. 285-A do Código de Processo Civil: a sua constitucionalidade e os reflexos na efetividade processual.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano 8, n. 10, jun. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25386/art_codigo_processo_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 jul. 2011, 21h32.

Há, portanto, a possibilidade de o juiz proferir uma sentença de plano, sem citar o réu, ou seja, não formando o triângulo base de todos os processos, e fazendo coisa julgada material⁵³¹.

O aludido autor Cristiano Miller complementa:

A regra do mencionado artigo permite que se tenha um julgamento rápido, dando a solução definitiva ao conflito instaurado. Ademais, outra virtude percebida na aludida norma é que o réu deixará de ser incomodado (pelo menos num primeiro momento) para defender-se de uma ação cujo julgamento já seria de todo previsível (a seu favor), em decorrência de tantos outros julgados havidos anteriormente sobre o mesmo tema⁵³².

Alguns requisitos despontam como *necessários para que se tenha a aplicação do julgamento de mérito lastreado em casos idênticos*⁵³³:

1. A matéria controvertida deve ser unicamente de direito, ou seja, não é necessária a instrução do processo, com dilação probatória;
2. Haver, no mesmo juízo, uma sentença anterior proferida, de total improcedência (não pode incidir no caso de procedência, pois o réu não pode ser prejudicado sem lhe ser dada a oportunidade de defesa);
3. Haver outros casos idênticos, pelo menos em número de dois, com sentenças de improcedência, para que seja possível o julgamento *prima facie*, liminar.

V) ADMITE-SE O TRIBUNAL SUPRIR NULIDADE PROCESSUAL SANÁVEL CONCRETIZANDO O ATO NÃO REALIZADO PELO JUÍZO A QUO

De significa importância consiste a inovação trazida pela Lei n. 11.276/2006 no §4º do artigo 515 do Código de Processo Civil (CPC), o qual aduz que caso haja qualquer nulidade processual passível de saneamento, o Tribunal determinará a realização ou a renovação do ato, mesmo no caso de não realização deste pelo Juízo de primeira instância, ou seja, na possibilidade da denominada *supressão de instância*.

Trata-se de disposição legal processual de grande valia em favor do jurisdicionado, uma vez que a intenção do legislador fica clara no sentido de o julgador ter o

⁵³¹ RAFFO, Thanaia. **Procedimento do artigo 285-A do Código de Processo Civil**. Revista Jus Vigilantibus, ISSN 1983-4640, ago. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27864>>. Acesso em 15 jun. 2011, 16h42.

⁵³² MILLER, Cristiano Simão. **O art. 285-A do Código de Processo Civil: a sua constitucionalidade e os reflexos na efetividade processual**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano 8, n. 10, jun. 2007. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25386/art_codigo_processo_civil.pdf?sequence=1>. Acesso em 16 jul. 2011, 21h32.

⁵³³ RAFFO, Thanaia. **Procedimento do artigo 285-A do Código de Processo Civil**. Revista Jus Vigilantibus, ISSN 1983-4640, ago. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27864>>. Acesso em 15 jun. 2011, 16h42.

cuidado redobrado para identificar as dificuldades presentes no caso e realizar o ato necessário com o instituto técnico processual adequado.

É, na verdade, uma obrigação que o Judiciário possui de aplicar a boa técnica, evitando que o cidadão venha a ter o seu direito extirpado por excesso de formalidade, a exemplo do que ocorre com inúmeras decisões judiciais proferidas não admitindo recursos por erro de preenchimento do Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou por falta da juntada de procuração, dentre muitas outras.

Vejamos o que dispõe o aludido §4º do artigo 515 do CPC:

Art.515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
(...)

§ 4º. Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

W) CONSOLIDA-SE A IRRECORIBILIDADE DOS DESPACHOS JUDICIAIS

A Lei Federal n. 11.276/2006 formalizou o entendimento já sedimentado pela jurisprudência e doutrina de que os atos pelos quais o juiz dá simples andamento ao processo, chamados de despacho, sem conteúdo decisório, não são passíveis de recurso, consoante dispõe o artigo 504 do Código de Processo Civil (CPC).

Com a presente inovação evita-se que a parte perdedora possa lançar mão dos despachos judiciais com o intuito de tumultuar e, conseqüentemente, protelar a concretização da prestação jurisdicional a qual lhe desfavorece, até porque o trâmite processual exige que o juiz se utilize dos despachos para bem impulsionar o andamento da lide; na verdade, são diligências de ordem prática que se fazem necessárias.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo 504 do CPC: “dos despachos não cabe recurso”.

X) PERMITEM-SE PROCEDIMENTOS FAMILIARES POR VIA ADMINISTRATIVA

A Lei Federal n. 11.441/2007, de 04 de janeiro de 2007, estabeleceu os procedimentos relativos à realização de *inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa*, mediante escritura pública registrada em cartório, alterando os artigos 982, 983 e 1.031, e acrescentando o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil (CPC).

Com a edição desta lei permitiu-se a diminuição do volume de processos judiciais, bem como se tornou bem mais célere a tramitação dos procedimentos acima citados, significando ganhos para o Poder Judiciário, que deixa de processar e julgar estes casos, e para os interessados, que obtêm a solução de suas pretensões mais rapidamente.

Vejamos o que dispõem os aludidos artigos 982, 983, 1.031 e 1.124-A, todos do CPC:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

§ 1º. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 2º. A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

§ 1º. O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.

§ 2º. Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º. A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º. O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º. A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Y) ADMITE-SE A REPERCUSSÃO GERAL DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS⁵³⁴

A Lei 11.672/08 adiciona ao Código de Processo Civil (CPC) o artigo 543-C, permitindo que os Recursos Especiais com teses de direito idênticas possam ser resolvidos nas próprias instâncias inferiores, sem a apreciação pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Primeiramente, os recursos subirão apenas a título de amostragem, deixando suspensos os outros processos idênticos até o entendimento do Tribunal Superior.

Após o julgamento, a instância de origem aplicará a mesma decisão aos processos suspensos.

A aludida regulamenta o procedimento referente ao julgamento de *recursos repetitivos*, que também constituiu importante marco normativo no sentido de fazer com que os processos atinjam seu fim de maneira mais célere, ao introduzir o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, estatuidando em seus parágrafos a forma de processamento de recursos idênticos em seus fundamentos e questão de direito.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo, com as alterações promovidas no CPC pela Lei n. 11.672/2008:

(...) Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º. Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º. Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º. O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

⁵³⁴ SANTOS, Norma Lúcia Calixto dos. **Comentários à Lei 11.672/08 que versa sobre os Recursos Repetitivos**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 24 ago. 2011, 14h37.

§ 4º. O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º. Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º. Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º. Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º. Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º. O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

Z) ADMITE-SE A TRANSFORMAÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NOS PRÓPRIOS AUTOS DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS

A Lei Federal n. 12.322/2010 transformou o *agravo de instrumento* interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em *agravo* nos próprios autos, para que não haja necessidade de formação do instrumento, de maneira que o provimento do agravo resulte em apreciação incontinente do mérito da questão principal, tornando mais célere o processo, como argui o artigo 544 do Código de processo Civil (CPC):

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º. O agravante deverá interpor um agravo para cada recurso não admitido.

§ 2º. A petição de agravo será dirigida à presidência do tribunal de origem, não dependendo do pagamento de custas e despesas postais. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta, podendo instruí-la com cópias das peças que entender conveniente. Em seguida, subirá o agravo ao tribunal superior, onde será processado na forma regimental.

§ 3º. O agravado será intimado, de imediato, para no prazo de 10 (dez) dias oferecer resposta. Em seguida, os autos serão remetidos à superior instância, observando-se o disposto no art. 543 deste Código e, no que couber, na Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008.

§ 4º. No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada;

II - conhecer do agravo para:

- a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso;
- b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;
- c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Assim, o agravo de instrumento passou a chamar-se apenas agravo.

A tramitação do agravo torna-se bem mais célere e menos dispendiosa, tanto para o aparelho judicial como também para os jurisdicionados; a mudança, além de economizar recursos dos tribunais, reduzirá significativamente o tempo perdido pelos interessados na demanda, visto que antes, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) recebia o agravo, apreciava-o, em primeiro lugar, para somente muito depois proferir o julgamento de mérito do recurso especial ou extraordinário.

Com a alteração em comento, o STF, ao acolher o referido agravo, julga concomitantemente o mérito do recurso especial ou extraordinário. O agravo tramita agora nos próprios autos do recurso principal, não requerendo mais a formatação de um novo instrumento para que os ministros venham a apreciá-lo. A medida é de grande valia na prática, pois a economia temporal é muito grande, uma vez que até que os autos do agravo chegassem aos tribunais superiores, na maioria das vezes, passavam-se muitos meses, quiçá anos.

O fato de o agravo ser apresentado nos autos existentes economiza as cópias de todo o processo para a formatação do instrumento, inclusive contribuindo com a questão ambiental, dada a redução de milhões dessas cópias que anteriormente eram necessárias.

Para o processamento do agravo apresentado contra a decisão que não admite o recurso extraordinário, o STF aprova nova nomenclatura processual, isto é, Recurso Extraordinário com agravo (aRE).

Concluimos que, em vista das modificações legislativas operadas no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no âmbito do Código de Processo Civil, pode-se dizer que o Poder Legislativo procedeu de maneira elogiável em seu mister.

Apesar das sérias críticas doutrinárias no tocante à supressão de recursos, somos de opinião que as reformas em seu conjunto trouxeram mais celeridade ao processo, atendendo mais às necessidades da população.

Quando as leis e decisões judiciais buscam a celeridade processual elas priorizam a dignidade humana, tornando-se, assim, mais efetivas ao cidadão.

CAPÍTULO VIII NEOPRIVATISMO E NEOPUBLICISMO

1. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.690/2008

Apesar da Lei 11.690/2008, de 9 de junho de 2008, referir-se a alterações no Código de Processo Penal (CPP), a sua publicação trouxe significativas repercussões na interpretação do instituto da prova, como também nas relações entre partes e juízes no âmbito do Código de Processo Civil (CPC). As repercussões e os reflexos devem ser encontrados na ótica constitucional do direito processual.

Os sistemas processuais brasileiros são orientados pelos princípios: inquisitório e dispositivo. A diferença entre eles diz respeito ao poder do juiz e o direito de agir das partes no iter processual, principalmente na reconstrução dos fatos importantes para o julgamento da causa. Pelo primeiro princípio, o inquisitório, os poderes instrutórios do órgão judicial se sobrepõem aos das partes, na justificativa da descoberta da verdade real, inclusive tolhendo da parte o direito da garantia do princípio do contraditório. Já o princípio do dispositivo valoriza o pensamento de que o processo é, sobretudo, das partes, a quem cabe o ônus da prova, de forma que, em nome da imparcialidade, o juiz deve ter uma postura neutra face ao conflito de interesses.

Vejamos os dispositivos legais: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (Art. 130 do CPC); “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (Art. 5º da Lei nº 9.099/95).

Em que pesem os comentários por parte de doutrinadores críticos no sentido de atribuir os exacerbados poderes conferidos aos juízes no tocante à instrução comprobatória aos filhos do autoritarismo, onde muitos enxergam um excesso indevido de cunho publicístico do processo, comungamos com a ideia de que, se cabe ao magistrado decidir as demandas dos jurisdicionados, este magistrado deve julgar com a total liberdade de determinar, apreciar e valorar as provas, desde que motive as aludidas provas de forma

transparente, respeitando o direito fundamental à prova, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Na aplicação do CPP, a dose inquisitória do juiz é mais acentuada e muitas vezes, em nome da busca pela verdade, a garantia constitucional do contraditório fica notadamente desrespeitada, como acontece quando uma das partes, por exemplo, ao invés de tomar conhecimento dos feitos realizados pelos peritos judiciais desde o primeiro momento, somente vem a ter ciência por ocasião das conclusões dos respectivos laudos.

Entretanto, após a cultura *neoconstitucionalista* temos que a leitura dos ramos jurídicos deve ser feita à luz da Constituição e, como não poderia deixar de ser, também do ramo processual, assim, as garantias constitucionais processuais, como as do devido processo legal, a do contraditório e o da ampla defesa, devem ser respeitadas, sejam no processo penal sejam no processo civil, sem distinção.

No intuito de coibir a afronta à garantia fundamental do direito de provar, o legislador edita a Lei nº 10.792/2003 e, principalmente, a de nº 10.690/2008.

Aduz a primeira que o interrogatório não se trata de um ato pessoal do juiz, onde não se permita a atuação das partes, e sim um momento oportuno de defesa do próprio acusado, que deve ser interrogado na presença de seu defensor (art. 185, *caput*), deve ser advertido de seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (art. 186, *caput*). O silêncio não importará confissão nem poderá ser interpretado em prejuízo da sua defesa (art. 186, parágrafo único), bem como as partes poderão indagá-lo, fazendo perguntas pertinentes e relevantes (art. 188).

No mesmo diapasão, o advento da Lei nº 11.690/2008 modifica inúmeros artigos do CPP e impõe a necessidade, por exemplo, de a investigação probatória respeitar especialmente as garantias processuais elencadas na Carta Fundamental de 1988. Observa-se que, embora o direito processual faça parte do ramo do direito público, não se pode desrespeitar o exercício da garantia constitucional do contraditório, sob pena de ser violado o devido processo legal, excluindo o cunho democrático do processo e afrontando, assim, a natureza do Estado Democrático de Direito.

O magistrado julgará à luz de sua livre convicção, apreciando as provas necessárias, caso contrário, a independência judicial estará totalmente comprometida. Entretanto, o Estado-Juiz deve fazê-lo sem arbitrariedades, sem afrontar o direito das partes, garantindo às mesmas o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa.

O órgão judicial deve buscar os elementos úteis para o esclarecimento da verdade processual, numa postura ativa e com sensibilidade aos problemas sociais; por outro lado, as partes devem ter a oportunidade de provar que as suas alegações são verdadeiras e que têm razão, trata-se das argumentações trazidas pelas partes e a respectiva valorização pelo Juiz, são as denominadas pela doutrina *funções demonstrativas e persuasivas da prova*.

Quanto mais o julgador respeitar a garantia do contraditório menos aflorará o caráter autoritário do processo. É que para a prova ser válida, deve ter sido produzida à luz do contraditório. Foi no intuito de evitar que o Estado-Juiz atribuísse menos importância ao princípio do contraditório que o legislador editou a Lei 11.690/2008.

Vejamos o que dispõe o art. 155 do CPP:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

É condição *sine qua non* a prova ser apreciada e produzida sob os ditames do contraditório. O magistrado possui muito poder, mas não pode absolutamente tudo; no caso, poderá decidir baseado nas provas produzidas, entretanto, somente pode decidir após a atuação dos litigantes. As partes não devem ser surpreendidas e sim participam, tomando conhecimento de todos os momentos comprobatórios, desde a sua formação, como acontece no caso da realização de uma perícia. As partes possuem o direito de acompanhar todos os passos desde a sua origem e não somente tomar ciência por ocasião do parecer conclusivo do laudo; somente assim fica assegurado o pleno exercício do contraditório.

No tocante ao instituto da prova, o sistema processual brasileiro outorga às partes o papel de *protagonistas* na produção da prova, ou seja, o ônus de alegar e de provar, mas os demandantes devem ter garantido os meios necessários para que possam influir na formação do convencimento judicial, e ao órgão judicial um papel complementar no sentido de o magistrado somente lançar mão dos poderes instrutórios diante da necessidade de se assegurar os elementos da prova, devendo a iniciativa judicial ser sempre motivada. O juiz continua sendo o *destinatário da prova*, isto é, as provas são produzidas para que o magistrado forme a sua convicção e no contexto da argumentação jurídica, produza o fruto da persuasão racional.

Uma das significativas alterações diz respeito ao artigo 212 do CPP, que valorizando o princípio da oralidade e da imediatidade, permite às partes indagarem as testemunhas sem primeiramente perguntarem para o magistrado.

Vejamos o que dispõe o aludido artigo:

As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

Em atendimento ao princípio da imediação, temos que o CPC reza que os depoimentos devem ser realizados diretamente entre o depoente e o juiz, o magistrado é quem se dirige diretamente e pessoalmente à colheita de provas, de forma que as testemunhas, os peritos, os assistentes técnicos e as próprias partes se dirigem diretamente ao magistrado. Assim, a alteração em matéria de prova oral da lei ora comentada, apesar de fazer parte da legislação processual penal, interfere no âmbito do processo civil.

Nesse sentido, vejamos o disposto pelo art. 446 do CPC:

Compete ao juiz em especial:

(...)

II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz.

A grande discussão reside em saber qual a real intenção do legislador após a edição da Lei 11.690/2008, se a interpretação deve se restringir ao processo penal ou deve ser estendido ao processo civil. Qual das duas interpretações respeita mais as garantias constitucionais do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa? A que proíbe que o advogado pergunte diretamente aos personagens adversários ou a que possibilita que cada litigante indague diretamente as figuras adversárias?

Uma afirmação é correta: a interpretação à luz do direito contemporâneo é proporcionar a todos os ramos jurídicos uma leitura constitucional. Deduz-se então que a interpretação da lei 11.690/2008 deve seguir o cunho da leitura constitucional processual.

A leitura constitucional processual deve ser feita considerando a igualdade entre os processos penal e civil, inadmissível seria uma diferenciação entre os mesmos. A Carta Fundamental de 1988, ao assegurar as garantias fundamentais processuais, não faz menção se a previsão é para o processo penal ou o civil.

A técnica de se perguntar diretamente às pessoas envolvidas no processo sem a necessidade de se dirigir primeiramente ao magistrado é denominada *case management*, é o mecanismo da *cross examination*, e, segundo a doutrina, possui várias vantagens, entre elas:

- a) Permitir que as partes explorem melhor a comunicação, diminuindo a probabilidade de mal entendidos, evitando-se contradições e equívocos;
- b) Permitir que os depoentes tenham mais lucidez nas lembranças;
- c) Assegura-se mais os princípios de oralidade e imediatidade, fazendo com que os litigantes obtenham uma maior participação no processo;
- d) Assegura-se mais a credibilidade das informações dos peritos e assistentes técnicos, esclarecendo melhor os procedimentos e técnicas utilizadas.

O eminente Eduardo Cambi em seus brilhantes ensinamentos escreve:

A Lei 11.690/2008 introduz, no direito brasileiro, o mecanismo da *cross examination*, surgido, na Inglaterra, pelo *Supreme Court of Judicature Act* de 1873 e, nos Estados Unidos, como decorrência da garantia fundamental da *confrontation*, assegurada pela emenda VI da Constituição norte-americana, e, a partir do precedente firmado no caso *Pointer v. Texas*, onde a Suprema Corte passou a entender que se trata de um direito fundamental, abrangido pela cláusula do devido processo legal.

Essa técnica se insere no que se denomina *case management* e é a mais significativa mudança em direção ao *neoprivatismo*, porque, ao assegurar os princípios da oralidade e da imediatidade, as partes têm melhor e mais ampla participação processual. Estimula-se, pois, o contraditório e realiza-se, na plenitude, o direito fundamental à prova.

Na perspectiva do direito constitucional à prova, não se pode retirar das partes todas as chances de melhor produzir as provas orais. Isto se justifica, como já mencionado, em nome do exercício *pleno* do contraditório. Em outros termos, a *eficácia irradiante* do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere *vincula* tanto o legislador quanto o juiz.

Continua o referido mestre ensinando sobre os termos *neoprivatismo* e *neopublicismo*:

A partir da teoria da argumentação jurídica, as reformas trazem um conjunto de técnicas, voltadas à realização do direito fundamental à prova, com o escopo de munir as partes de poderes eficientes para convencer o juiz de que têm razão (neoprivatismo).

Para que as reformas possam, efetivamente, promover a justiça e legitimar o exercício jurisdicional, é imprescindível que também os juizes mudem a forma de decidir, evitando motivações inadequadas (*neopublicismo*).

Ao escrever sobre o assunto de o magistrado determinar *de ofício* a produção de provas o eminente José Carlos Barbosa Moreira escreveu o artigo, publicado na Revista Síntese de Processo Civil (v. 34, p. 5-16), ora apresentado em apenas dois parágrafos:

Para os que pensam assim, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes do órgão judicial é típico de legislações autoritárias, emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados. (...)

Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a designação de privatismo. Sejamos, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos - e, infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura que parecia jazer -, numa época em que o processo civil era tido e havido como 'coisa das partes' (*Sache der Parteien*, segundo conhecida expressão alemã), tomamos a liberdade de chamar-lhe **neoprivatismo**, na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas. (**grifos nossos**)

As reformas trazidas pela Lei n 11.690/2008 trazem em seu bojo o respeito ao direito fundamental de prova, por isso, as decisões judiciais que não valorizam adequadamente as provas produzidas motivando-as deverão ser consideradas nulas de pleno de direito, por ferir uma garantia constitucional.

Entendemos que a maneira de dar mais efetividade às garantias constitucionais processuais, baseada no instituto da prova, é assegurar a comunicação mais perfeita, isto é, quanto mais clara a comunicação, menos dúvidas pairarão, aproximando o órgão judicial da verdade real. A comunicação direta sem dúvidas deve ser adotada não somente em matéria penal, mas em todos os ramos processuais do Direito, por isso, pensamos que o art. 212 do CPP deve ser estendido ao CPC, inclusive à Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Sem embargos, na utilização da técnica da argumentação jurídica o juiz deve estar preparado e muito bem atualizado, caso contrário, de nada adiantarão os aperfeiçoamentos dos métodos e técnicas na utilização prática do Direito.

Quando o magistrado não motiva corretamente a decisão, estamos diante de um juiz que não valorou como deveria a produção de provas apresentada pelas partes, ou seja, não respeitou o direito fundamental à prova. É dever de o magistrado analisar detalhadamente cada prova produzida pelos litigantes. É direito das partes saberem os motivos os quais convenceram o Estado-juiz a proferir a decisão que lhes diz respeito,

inclusive o litigante que sai vencido possui o direito de saber em que as provas apresentadas não serviram para convencer o juiz da sua razão.

Somente o magistrado estudioso alcançará os valores das argumentações comprobatórias, fazendo o processo desempenhar sua verdadeira função de instrumento democrático apropriado para promover a justiça e legitimar o exercício do poder.

Enfim, podemos conceituar o neoprivatismo e o neopublicismo como:

a) O *neoprivatismo* é uma nova visão no sentido de se assegurar aos sujeitos processuais amplos poderes na produção de provas, sobretudo no direito ao contraditório, por isso, as partes devem reforçar o empenho no ônus de provar as suas verdades, apresentando elementos comprobatórios e, diante das naturais dificuldades existentes na seara da comunicação, enfrentar com argumentos os quais convençam o juiz de suas razões.

b) O *neopublicismo* é a nova maneira de enxergar o sistema processual na compreensão que é dever do Estado-juiz valorizar cada elemento comprobatório produzido nos autos do processo, motivando o porquê de tal prova ter servido para formar o seu convencimento, bem como por quais motivos as outras provas não serviram para convencê-lo. A fundamentação deve ser clara e explícita, somente assim permitir-se-á aos jurisdicionados vencidos a utilização apropriada para os cabíveis recursos, como também possibilitará a necessária compreensão pelos julgadores *ad quem*.

É sabido que as disciplinas jurídicas recebem os rótulos de *públicas* ou *privadas* para lhes aproximar mais de um interesse social ou de uma intenção ligada aos titulares da relação processual. O processo civil não foge desse itinerário. E para além dessa constatação, cuida-se de disciplina que tem recebido certos estudos avaliadores da relação entre o sistema político de um dado país e os códigos que se lhe produzem.

Podemos concluir que tanto o *neoprivatismo* como o *neopublicismo* são inovações de grande valia à melhoria do nosso sistema jurídico processual, principalmente

na concretização dos direitos humanos, entretanto, somente juntos melhorarão a realização do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO IX CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que a previsão do princípio da razoável duração do processo no texto constitucional e do devido processo legal, da ampla defesa, por si sós, não tem o condão de resolver os problemas de demora na prestação jurisdicional.

Tal mudança requer algo muito mais extenso e que implique na conjugação de esforços por parte de todos os entes envolvidos na rotina processual, desde os legisladores até o jurisdicionado, passando por magistrados e servidores dos tribunais.

É necessário empenho da sociedade na consecução desta árdua tarefa.

Tendo isso em mente, verificou-se que os primeiros passos que foram dados estão no caminho certo, implementando mudanças físicas, legislativas e de conscientização nos componentes dessa cadeia, mas ainda se está bastante aquém do ideal.

Esse é o entendimento de Dirley da Cunha Júnior ao advertir que:

Nesse passo, a reforma constitucional consigna a necessidade de aperfeiçoamento e racionalidade da tutela jurisdicional, o que exigirá, certamente, a reconstrução do arcabouço normativo infraconstitucional, exigindo do legislador ordinário a sua implementação, com a eliminação de expedientes não raro procrastinatórios do resultado final, útil e prático da prestação jurisdicional⁵³⁵.

Em outras palavras, a reforma constitucional impõe que a tutela jurisdicional seja aperfeiçoada e impregnada de racionalidade, e dela se impende que as normas infraconstitucionais deverão ser reconstruídas, demandando a ação cuidadosa do legislador ordinário, eliminando de vez do sistema judiciário os expedientes procrastinatórios que atrasam o resultado do processo, os quais prejudicam a prestação da atividade jurisdicional.

No âmbito civil, na maioria das vezes, o campo da liberdade individual fica ameaçado tanto pela desigualdade existente entre o cidadão comum e o ente público como, muitas vezes, na relação entre o cidadão simples e aqueles possuidores do domínio social e econômico.

Há que se salientar, ainda, que embora em muito se refira ao processo civil, é no processo penal que a demora processual se faz mais atroz, uma vez que, tolhido o direito

⁵³⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da; RÁTIS, Carlos. **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Salvador: JusPODVIM, 2005, p. 9.

à liberdade, o intenso sofrimento causado ao indivíduo apresenta-se, inclusive, passível de indenização judicial.

Ao revés, verificam-se situações nas quais, diante da aludida demora, chega-se a favorecer a impunidade, a exemplo do caso do jornalista Pimenta Neves, o qual, apesar de réu confesso com a fala “eu matei a minha mulher”, foi beneficiado com um processo que tramitou por longos 11 (onze) anos, fato que, no nosso entender, é um verdadeiro incentivo à impunidade.

Necessária se faz uma mudança de ordem cultural no modo de agir jurídico, dando mais poderes aos juízes de primeiro e segundo graus, e deixando as instâncias superiores para a análise de questões de maior relevância.

Somente dessa forma se poderá atingir o fim último do Direito que é a Justiça, a qual pode se transformar em injustiça se for tardia. No dizer do irreparável Rui Barbosa, *justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*⁵³⁶. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o “delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente”.

Por fim, diante de todos os argumentos nesta obra despendidos, cumpre-nos informar aos caríssimos leitores que opinamos favoravelmente às mudanças trazidas pela nova dogmática, principalmente por entendermos que se trata de uma saída para *ressuscitar a Justiça*⁵³⁷ brasileira, visto que ainda nos dias atuais, para muitos cidadãos o acesso à justiça é necessidade inatingível.

Portanto, resta-nos acender a luz da esperança no sentido de trabalhar em favor das novas mudanças da efetividade, pois somente assim serão cumpridos os direitos assegurados pela Constituição Federal brasileira de 1988, bem como realizada a prestação justa dos serviços abastecidos pelo Estado ao povo brasileiro.

⁵³⁶ BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Adriano da Gama Kury (org). 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999, p. 39. Disponível em: <<http://www.espacodoaluno.com/arquivos/4546ff68de78db36d0a1e91dac5314c7.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 21h42.

⁵³⁷ ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Aspectos do acesso à justiça através da efetividade e devida aplicação dos direitos sociais no Brasil. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas Tendências do Direito Constitucional**. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011, p.211.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci. **Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Inércia da Jurisdição e garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. Márcio Pugliesi; Edson Biri; Carlos E. Rodrigues (trad.). São Paulo: Ícone, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinela. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do direito processual civil. 4 ed. V. I. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: DIDIER JR., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- CARVALHO, Ivan Lira. A informática jurídica e as garantias constitucionais: uma visita ao tema do interrogatório por videoconferência. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da; RÁTIS, Carlos. **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Salvador: JusPODIVM, 2005.
- DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como paradigma e a teoria constitucional do processo. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 12. ed. V. 1. Bahia: JusPODIVM, 2010.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: processo coletivo. 5. ed. V. 4. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- FARIA JR., Jaime Mariz de; MACEDO, Sabrina Cavalcante de. Mandado de injunção: instrumento pós-positivista de concretização constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FRANÇA, Vlademir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Novas tendências do Direito Constitucional**: em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à jurisdição efetiva na sociedade da informação. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora (coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.
- CLÉRICO, Laura. **EL examen de proporcionalidade em el Derecho Constitucional**, 1º ed. Buenos Aires: Eudeba-Editorial Universitaria de Buenos Aires- Argentina, 2009. Pág 265.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 5. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS, Ives Gandra. **Ética no Direito e na Economia**. São Paulo: Pioneira, 1999.
- MEDEIROS, Honório de. **Justiça versus Segurança Jurídica e outros fragmentos**. Natal: Sarau das Letras, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil nas perspectivas dos direitos fundamentais. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RABINOVICH-BERLMAN, Ricardo David. **Um viaje por la HISTORIA DEL DERECHO**. 1º ed, 1º reimp. Editorial QUORUM, Buenos Aires, 2007. Pág. 95.
- ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. Aspectos do acesso à justiça através da efetividade e devida aplicação dos Direitos Sociais no Brasil. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas tendências do Direito Constitucional**. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011.
- REDONDO, Bruno Garcia; LOJO, Mario Vitor Suarez. Ainda e sempre a penhora on line: constitucionalidade, princípios e procedimento. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- RODRIGUES, Mádsen Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROMANO, Rodrigo Ribeiro. A contribuição hermenêutica de Schleiermacher: um ensaio epistemológico positivista ante a transgressão hermenêutica constitucional. In: MOURA, Lenice S. Moreira de (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: Didier Jr., Fredie (org). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Procedimentos Especiais**. 39. ed. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha; ELALI, André; BONIFÁCIO, Artur Cortez (coords.). **Novas**

tendências do Direito Constitucional. Em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva. Curitiba: Juruá, 2011.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** João Dell'Anna (trad.). 31 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

DISSERTAÇÕES

RESENDES, José Antonio de. **A concretização do princípio constitucional da eficiência na Administração Pública no Estado Constitucional brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito). 197f. Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM. Marília/SP: 2010. Disponível em:

<http://www.fundanet.br/servico/aplicativos/mestrado_dir/dissertacoes/A_CONCRETIZA%C3%87%C3%83O_DO_PRINC%C3%8DPIO_CONSTITUCIONAL_DA_EFICI%C3%8ANCIA__1188_pt.pdf>.

RIBAS, Emanuela Catafesta. **A súmula impeditiva de recursos à luz dos princípios constitucionais.** 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 10. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17066/disserta%E7%E3o%20mestrado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 11 ago. 2011, 19h49.

VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social.** 2007. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2008-06-13T104547Z-871/Publico/Adriana_Grandinetti.pdf>.

JURISPRUDÊNCIAS

BRASÍLIA, Distrito Federal. ADPF 45 MC/DF, julgamento 29 abr. 2004, publicação DJ 04 mai. 2004. Relatoria Min. Celso de Mello.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 1001412-0/0, José Luiz Palma Bisson, 36ª Câmara.

Reclamação 10604, 08 set. 2010, relatoria do Ministro AYRES BRITTO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161024>>.

HC 27.723/PE. Relatoria Min. Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 18 set. 2003, DJ 13 out. 2003.

REsp 918.643/RS. Relatoria Min. Massami Uyeda. Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 26 abr. 2011, DJe 13 mai. 2011.

EDcl no HC 98.910/PR. Relatoria Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17 mai. 2011, DJe 01 jun. 2011.

Apelação Cível n. 2009.003074–9. Relatoria Des. Miracele Lopes, Câmara Cível do TJ/AC, julgamento em 29 de outubro de 2009.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas.

BRASIL. Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem.

BRASIL. Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do artigo 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, dispondo sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regulando os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revogando a Lei 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei 9.081, de 19 de julho de 1995.

BRASIL. Projeto de Lei 4.827, de 10 de novembro de 1998. Institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília/DF: Câmara dos Deputados, 1998.

BRASIL. Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais.

BRASIL. Lei 9.800, de 26 de maio de 1999. Permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

BRASIL. Lei 10.173, de 09 de janeiro de 2001. Altera o Código de Processo Civil para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos.

BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

BRASIL. Lei 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera dispositivos do Código de Processo Civil referentes a recursos e ao reexame necessário.

BRASIL. Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001. Altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de conhecimento.

BRASIL. Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005. Altera e revoga leis, medidas provisórias e dispositivos para instituir o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital, e dispor sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica.

BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera o Código de Processo Civil para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial.

BRASIL. Lei 11.276, de 07 de fevereiro de 2006. Altera os artigos 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, relativos à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões.

BRASIL. Lei 11.277, de 07 de fevereiro de 2006. Acresce o artigo 285-A ao Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera artigos do Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos, e revoga o artigo 194 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução e a outros assuntos.

BRASIL. Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta ao Código de Processo Civil dispositivos que regulamentam o §3º do artigo 102 da Constituição Federal.

BRASIL. Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial, altera a Lei 5.689, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C ao Código de Processo Civil estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

BRASIL. Lei 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 31 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri.

BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal relativos à prova.

BRASIL. Lei 9.668, de 23 de junho de 2008. Altera os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei 11.900, de 8 de janeiro de 2009. Altera dispositivos do Código de Processo Penal para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

BRASIL. Lei 12.008, de 29 de julho de 2009. Altera os artigos 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C do Código de Processo Civil, e acrescenta o artigo 69-A à Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica.

BRASIL. Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo.

BRASIL. Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

BRASIL. Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Altera a ementa do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, modificando a expressão “Lei de Introdução ao Código Civil” para “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

BRASIL. Lei 12.405, de 16 de maio de 2011. Acrescenta o § 6º ao art. 879 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT para facultar a elaboração de cálculos de liquidação complexos por perito e autorizar o arbitramento da respectiva remuneração.

COSTA RICA. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969): Pacto de San José da Costa Rica. San José, 22 de novembro de 1969.

PERIÓDICOS, NOTICIÁRIOS, DICIONÁRIOS

BARBOSA, Joaquim. Político não pega cadeia. **Revista Veja**. Ed. n. 2221, ano 44, n. 24. Junho/2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, 2.120 p.

JORNAL TRIBUNA DO NORTE. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/cnj-recomenda-provas-com-questoes-mais-humanistas/191581>>.

JORNAL TRIBUNA DO NORTE. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/agu-celebra-acordos-previdenciarios-e-faz-inss-economizar-mais-de-r-800-mil/168694>>.

JORNAL TRIBUNA DO NORTE. MEDEIROS, Anelly. **Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.tribunadonorte.com.br/coluna/2012/data/6-3-2011>>.

MICHAELIS. **Dicionário escolar língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2008, 951 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Revista Síntese de Processo Civil. V. 34, p. 5-36.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Programa Fantástico. Exibição em: 06 fev. 2011, 20h.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Jornal Nacional. **Senado aprova o nome do Ministro Luiz Fux para o STF**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/videos/jornal-nacional/v/senado-aprova-o-nome-do-ministro-luiz-fux-para-o-stf/1431733/>>.

SITES

ARAÚJO JÚNIOR, Pedro Dias de. **O artigo 557, § 1º-a do CPC e o instituto da pertinência recursal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/854>>.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência**. Revista eletrônica de Direito do Estado. N. 17, jan-fev-mar-2009, Salvador. ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços**. Adriano da Gama Kury (org). 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999, p. 39. Disponível em: <<http://www.espacodoaluno.com/arquivos/4546ff68de78db36d0a1e91dac5314c7.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <<http://direitoacademico.webnode.com.br/news/neoconstitucionalismo-luis-roberto-barroso>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>

BARROSO, Luís Roberto. O novo Direito constitucional e a constitucionalização do Direito. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=0UiYczAzlf4>>.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>.

BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **A razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual.** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 5, n. 506. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1974>>.

BASTOS, Bianca Leal. **Súmula Impeditiva de Recurso: reflexões acerca do artigo 518, parágrafo 1º do Código de Processo Civil.** Revista Eletrônica Focus Chalfin, Goldberg & Vainboim Advogados Associados, n. 8, ago. 2008, p. 1. Disponível em: <http://www.cgvadogados.com.br/html/downloads/focus_08.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/serie-historica/serie_historica_federal.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/serie-historica/serie_historica_estadual.pdf>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2004.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/justica_numeros_2004.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal de Informações Gerenciais do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Guia do Advogado. Disponível em: <www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/895621/PDF/895621.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=103043>.

CAMARGO, Daniel Marques de. **O poder constitucional de ação e a razoável duração do processo.** Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3787/O-poder-constitucional-de-acao-e-a-razoavel-duracao-do-processo>.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica. Revista eletrônica acadêmica de Direito. Ano 1, n. 6, ISSN 1980-7775. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>.

CAMBI, Eduardo. **Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/ARTIGO%20-%20Neoprivatismo.pdf>>.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Judicialização e legitimidade democrática.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2620, 3 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17325>>.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <http://oab.fgv.br/upload/157/Edital%20IV_Exame%20de%20Ordem%20Unificado.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_75b.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/portal/index.php>>.

COHEN-KOPLIN, Klaus. **Processo e constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação.** Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identicacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf>.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. **Ativismo Judicial:** do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. Revista Eletrônica de Direito Processual. V. 6, ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/ativismo-judicial-do-neoconstitucionalismo-ao-neoprocessualismo>>.

DIDIER JR., Fredie. **Princípios do Processo Civil.** Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55326618/Processo-Civil-1-Fredie-Didier-Jr-2008>>.

DIDIER JR., Fredie. **Teoria do Processo e Teoria do Direito:** o neoprocessualismo. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>.

FERREIRA, Rafael. **A efetividade processual e a sistemática executória no âmbito dos juizados especiais estaduais cíveis frente às reformas do CPC.** Revista Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18178/a-efetividade-processual-e-a-sistematica-executoria-no-ambito-dos-juizados-especiais-estaduais-civeis-frente-as-reformas-do-cpc>>.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/artigos/uso-de-algamas>>.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. **Breves considerações sobre a atual roupagem do artigo 557 do CPC.** Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19798/Breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20atual%20roupagem%20do%20artigo%20557%20do%20cpc.pdf?sequence=1>>.

FREITAS, Gustavo Martins de. **O princípio da colaboração no processo civil brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7850>>.

GIBARA, Gabriel de Oliveira. **Lei Maria da Penha:** mais uma marca do neoconstitucionalismo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090310102637599>.

GOUVÊA FREITAS, Edmundo. **Direito processual coletivo:** pela efetividade da tutela de massa. Revista Eletrônica Âmbito Jurídico, Rio Grande, n. 91, 01 ago. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10132>.

GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2075>>.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Interpretação das normas constitucionais de direitos fundamentais.** Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:_lYg18VRoWoJ:www.loveira.adv.br/materia/constitucional/interpretacao_normas.doc+%22o+Direito+sai+da+interpreta%C3%A7%C3%A3o+para+a+concretiza%C3%A7%C3%A3o%22&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEEsIuCFi-PytVJKGfYi8Sk9ABjfqblQjTndteec-ziz5BVrecRehilaczXqLci5NVZTNEYh3avPdsyEb-zfDCLUI2gCFyC1qu_Qyj5jet8pTcom2Fyj1dOpeiKnFyi2vxels3GI&sig=AHIEtbTvMJvnQ4dnMplq4oX6msLeAchTYQ>.

GUIMARÃES, Isabelle Braga. **Direito fundamental ao processo penal no prazo razoável.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2794, 24 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18565/direito-fundamental-ao-processo-penal-no-prazo-razoavel>>.

<http://pt.scribd.com/doc/44357609/Principios-Do-Processo-Civil>.

http://www.prelaziasaofelixdoaraguaia.org.br/direitos_humanos.htm.

<http://xa.yimg.com/kq/groups/24037207/578732311/name/Etica.doc>.

<http://www.acesonews.com/blog/2511/o-que-e-etica/>.

http://www.suapesquisa.com/o_que_e/etica_conceito.htm.

<http://pt.scribd.com/doc/40054550/2-APOSTILA-ETICA-2008atualizadaaluno>.

<http://www.mundodosfilosofos.com.br/vanderlei18.htm>.

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Direitos_humanos.

http://www.prelaziasaofelixdoaraguaia.org.br/direitos_humanos.htm.

<http://www.tjrn.gov.br:8080/sitetj/>.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181201>.

http://as1.trt3.jus.br/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=5585&p_cod_area_noticia=ACS.

LIMA, Isan Almeida. **Da revisão do conteúdo dos princípios da congruência e da demanda no processo civil a partir do neoprocessualismo.** JUS NAVIGANDI, Teresina, ano 15, n. 2527, 2 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14954/da-revisao-do-conteudo-dos-principios-da-congruencia-e-da-demanda-no-processo-civil-a-partir-do-neoprocessualismo>>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Disponível em: <<http://papojuridico.blogspot.com/search?updated-min=2006-01-01T00%3A00%3A00-03%3A00&updated-max=2007-01-01T00%3A00%3A00-03%3A00&max-results=48>>.

MESQUITA, Ionaldo da Silva. **O princípio fundamental à razoável duração do processo e celeridade de tramitação.** Artigo Jurídico (Especialização em Direito Processual). Universidade Estadual do Piauí, Piauí, p. 8. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/O%20PRINC%3%8DPIO%20FUNDAMENTAL%20%3%80%20RAZO%3%81VEL%20DURA%3%87%3%83O%20DO%20PROCESSO%20E%20CELERIDA%20DE%20DE%20TRAMITA%3%87%3%83O.pdf>>.

MESQUITA, Adriana Farias. **Considerações acerca da súmula impeditiva de apelação** (art. 518, § 1º, CPC). Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2398, 24 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14244>>.

MILLER, Cristiano Simão. **O art. 285-A do Código de Processo Civil: a sua constitucionalidade e os reflexos na efetividade processual.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano 8, n. 10, jun. 2007. Disponível em:

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/25386/art_codigo_processo_civil.pdf?sequence=1>.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka; TINO, Sueli Miyuki. **A repercussão geral como instituto concretizador da tutela jurisdicional efetiva.** Revista eletrônica do direito privado da UEL. ISSN 1983-5399. Londrina/PR, V.2, n. 2, mai-ago/2009, p. 5. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Celina_%20e_%20Sueli_Repercuss%C3%A3o_Geral_instrumento_concretizador_tutela_jurisdicional_efetiva.pdf>.

MOURA, Nelson Henrique Rodrigues de França. **Aplicabilidade do art. 557 do CPC nas turmas recursais dos juizados especiais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1008, 5 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8209>>.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da; CORRÊA, Lanna Schmitz. **Síndrome do juiz monocrático: observações sobre o novo art. 557 do CPC.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6216>>.

OMENA, Flávio Azevêdo. **Síndrome dos “Neo”:** conceitos novos, sobre antigos escritos. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/67380/1/Sindrome-dos-Neo-Conceitos-novos-sobre-antigos-escritos/pagina1.html#ixzz1QbcuLOXK>>.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado.** 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 212. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/17229006/1644910083/name/36311382-33803201-DCD-MA-VP-pdf.pdf>>.

PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. **O neoprocesso e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica:** uma afirmativa da jurisdição constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2650, 3 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17540/o-neoprocesso-e-a-publicizacao-normativa-como-corolario-da-unidade-processual-sistemica>>.

PERTSCH, Luciano Karlo. **Política da Justiça:** uma dimensão teórica. Revista Eletrônica Âmbito Jurídico. Rio Grande, n. 59, 30 nov. 2008, ISSN 1518-0360. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5235>.

PINTO, Oriana Piske Azevedo Magalhães. **A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do distrito federal.** Disponível em: <<http://www.imagdf.org.br/Files/Conteudo/26/upload.pdf>>.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Anotações preliminares à Lei nº 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1169, 13 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8917>>.

RAFFO, Thanaia. **Procedimento do artigo 285-A do Código de Processo Civil.** Revista Jus Vigilantibus, ISSN 1983-4640, ago. 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/27864>>.

RAWLS, John. ENCICLOPÉDIA eletrônica Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/John_Rawls>.

ROSAS, Vanderlei de Barros. **Afinal, o que é a filosofia?** Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/vanderlei21.htm>>.

SANTOS, Marcos André Couto. **A efetividade das normas constitucionais:** as normas programáticas e a crise constitucional. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4731>>.

SANTOS, Norma Lúcia Calixto dos. **Comentários à Lei 11.672/08 que versa sobre os Recursos Repetitivos.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, V. 1, N. 1, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993>.

SCHILLING, Voltaire. **História: cultura e pensamento**. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/cultura/2003/04/13/001.htm>>.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Notas sobre o art. 557 do CPC**. Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3792>>.

Síntese-autoridade em Publicações Jurídicas. Disponível em: <<http://www.sintese.com/index.asp>>.

SOUZA, Bruna Neubern de. **O caráter dinâmico do Direito**. 28 jul. 2009. Disponível em: <<http://bneubern.blogspot.com/2009/07/o-carater-dinamico-do-direito.html>>.

SOUSA, Lília Almeida. **A utilização da mediação de conflitos no processo judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 568, 26 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6199/a-utilizacao-da-mediacao-de-conflitos-no-processo-judicial>>.

VALE, André Rufino. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Revista Brasileira de Direito Constitucional: Ética e Constituição. ISSN 1983-2303, n. 9, jan/jun 2007, p. 74. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Homoafetividade e família**. Casamento civil, união estável e adoção por casais homoafetivos à luz da isonomia e da dignidade humana. Uma resposta a Rafael D'Ávila Barros Pereira. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1824, 29 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11441>>.

XAVIER, Sérgio Souza. **Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 391, 2 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5523>>. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Conselho_Nacional_de_Justi%C3%A7a>.