



A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO

Marlene Marlei de Souza

Juíza de Direito

Especialista em Bases do Direito/UPF

Especialista em Processo Civil/IMED

Sumário: Resumo. 1 Introdução. 2 Os Princípios e a Constituição. 3. Eficácia dos Princípios. 4. Normas: princípios e regras. 4.1. Princípios e regras: distinção. 4.2. Postulados normativos. 5. O Direito Constitucional e o Processo. 6 Conclusão. Referências.

RESUMO:

Para aquilatar a relevância que os princípios processuais constitucionais assumem na jurisdição, basta verificar a posição em que estão regulados na Constituição Federal, ou seja, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, sendo-lhe atribuída aplicabilidade imediata pelo Poder Constituinte originário. Se isso não bastasse, o art. 60, § 4º, do mesmo diploma legal, inseriu os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, a impedir qualquer alteração pelo Poder Constituinte derivado. Todavia, para o escopo constitucional ser atingido, torna-se inviável um modelo estritamente legalista, pois não haveria qualquer espaço para a complementação de um sistema constitucional aberto, como o nosso, que tanto pode se revelar sob a forma de regras, como de princípios. Desse modo, considerando a instituição do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, impõe-se uma nova reflexão dos operadores do direito, para que o novo não seja interpretado de acordo com o ranço do Estado Liberal, restringindo-se à declaração da vontade da lei. Diante dessas considerações, é evidente a dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito, em especial, ao processo, com reflexos imediatos na jurisdição.

Palavras-chave: Interpretação. Jurisdição. Postulados. Princípios.



INTRODUÇÃO:

O objetivo deste artigo é fazer uma análise dos princípios fundamentais frente ao processo. Para tanto, serão objeto de estudo as normas e a conseqüente distinção entre princípios ou regras, pois a referida distinção é um dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais.

Em virtude da instituição do Estado Democrático de Direito, com a Constituição Federal de 1988, aos operadores do direito em geral cumpre fazer uma releitura do processo, não só no âmbito legislativo, mas principalmente quanto à participação de seus intérpretes (juízes, advogados, ministério público, auxiliares da justiça, partes), para que esse novo pacto não sirva para solidificar a formatação liberal, modelo já ultrapassado.

Nesse contexto, os “princípios” constitucionais assumem papel fundamental, na medida em que, por métodos interpretativos, viabilizam ao aplicador do direito prestar a tutela jurisdicional, conferindo sentido unitário à vontade da Constituição.

Destarte, também serão estudados os postulados normativos aplicativos que se situam acima dos princípios e regras, estabelecendo a estrutura de aplicação de outras normas, princípios ou regras.

Ainda que com brevidade, serão avaliadas as eficácias dos princípios, passando-se por uma análise das situações em que estes atuam interna e externamente, de forma direta ou indireta e quando exercem a sua função típica.

Por fim, destaca-se a interação entre o Direito Constitucional e o processo, dimensão evidente, tanto é que apresenta reflexo direto na jurisdição, preocupação deflagrada já nos primeiros semestres da Faculdade de Direito, na cadeira de Introdução.

Para tanto, utilizar-se-á basicamente a pesquisa bibliográfica consistente na leitura de obras, publicações periódicas, revistas científicas e artigos publicados sobre o tema, inclusive em sites confiáveis na internet. Além disso, será utilizada a legislação brasileira relativa ao assunto.



2 OS PRINCÍPIOS E A CONSTITUIÇÃO

Ao longo dos tempos, a ciência do Direito, em especial, o Direito Processual Civil, tem sofrido profunda influência dos preceitos constitucionais.

Desse vínculo entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil nasce para o cidadão uma série de garantias inerentes ao estado democrático (LONGO, 2003, p. 31-34), decorrido “[...] um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar” (SARLET, 2008, p. 73).

Então, considerando que a Carta Magna precedeu de um período marcado por forte dose de autoritarismo, foi atribuída a importância aos direitos fundamentais como reação do Poder Constituinte e das forças sociais e políticas nele representadas:

A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2008, p. 76).

Em razão disso, a norma insculpida no art. 5º., § 1º., da CF, conferiu aplicação imediata às normas reguladoras dos direitos e garantias fundamentais, entre elas, a garantia do acesso à justiça, os princípios da efetividade, da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Se não bastasse para garantir a aplicabilidade dos direitos e garantias individuais, o Constituinte incluiu-os no rol das cláusulas pétreas, previsto no art. 60, § 4º., da CF, “impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado” (SARLET, 2008, p. 77).

Desse modo, para que o processo cumpra seu papel, é indispensável que a norma constitucional disponha de permissivos que outorguem ao cidadão efetividade às suas garantias, as quais deverão ter como ponto de partida os princípios processuais constitucionais. Porém, a incidência destes não se encontra adstrita àqueles positivados pelo ordenamento jurídico (LONGO, 2003, p. 33).



Em razão disso, verifica-se que a força normativa desses direitos não se limita a atribuir função “retórica”, até mesmo, porque “não há como supor que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva somente possa se expressar em conformidade com a lei, e que assim seja dela dependente” (MARINONI, 2008, p. 170).

É importante salientar que, para a tutela ser alcançada, o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela efetiva, mas também concretizá-lo, por meio da via interpretativa, mesmo em caso de omissão ou de insuficiência legislativa. Isso, porque o direito à tutela jurisdicional efetiva não se dirige apenas contra o Estado, mas também contra o juiz, pois repercute sobre a esfera jurídica da parte que confere aos direitos fundamentais, diante das circunstâncias concretas, “[..] uma eficácia ótima” (MARINONI, 2008, p. 170).

Então, a concretização desses direitos e dos princípios realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento, ou seja, considerando para a sua aplicação a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito (OLIVEIRA, 2003, p. 267).

Nesse sentido é o entendimento de Daniel Mitidiero:

Não só o legislador infraconstitucional é devedor de estruturas normativas e organizacionais que satisfaçam o direito à tutela jurisdicional, mas também ao próprio órgão jurisdicional está gravado com idêntico encargo. Os Direitos fundamentais vinculam o Estado em toda sua extensão. Ainda que a concretização dos direitos fundamentais seja, em primeiro lugar, tarefa do legislador, como refere Konrad Hesse, a ausência de legislação infraconstitucional ou mesmo a deficiência da legislação existente autoriza o Poder Judiciário a concretizar de maneira imediata o direito fundamental à tutela jurisdicional. (2007, p. 67).

Com efeito, se a jurisdição é manifestação do poder do Estado, evidente que ela terá de atingir os diferentes objetivos, de acordo com o tipo de Estado e a sua finalidade essencial (MARINONI, 2008, p. 36).

Nesse contexto, não se pode olvidar que a Constituição de 1988 autorizou o desvelamento de um novo paradigma de jurisdição, inerente ao Estado democrático de Direito, que não pode mais ser visto limitando-se à declaração da vontade da lei, mas sobretudo em busca dos objetivos propostos pela constituição-cidadã, sob pena de retrocesso



ao Estado Liberal (MACEDO, 2008, p. 211), modelo ultrapassado após incansável luta do Poder Constituinte e das forças sociais e políticas nele representadas.

Então, ao prestar a jurisdição, o magistrado deverá aplicar a norma, ou fazê-la produzir efeitos concretos, espelhada na norma de direito material, e, sobretudo, deve estar de acordo com os fins do Estado (MARINONI, 2008, p. 36). Aqui, não se trata mais apenas de conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da jurisdição, com reflexo direto naquilo que é decidido pelo Magistrado, na maneira como o processo é por ele conduzido. Isso demonstra “[...] o afastamento do modelo próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não” (OLIVEIRA, 2003, p. 262).

Isso demonstra a importância que os direitos fundamentais assumem ao criar pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana, evoluindo de um sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, para uma nova universalidade dos direitos fundamentais:

No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, na idéia de Direito, de sentimento jurídico coletivo.

A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente fundamentais, a evolução da própria 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 eficácia (OLIVEIRA, 2003, p. 262-263).

Essa nova universalidade busca subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de tríplex geração na titularidade de um indivíduo (OLIVEIRA, 2003, p. 262).

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas. Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, são os direitos civis e políticos. Esses direitos têm, por titular, o indivíduo e são oponíveis ao Estado,



por traduzirem como faculdades ou atributos da pessoa, e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico. São os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Pertencem à categoria do *status negativus*, na classificação de Jellinek. Os de segunda geração são os direitos sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar. Os direitos de terceira geração compreendem os direitos de fraternidade, que não parecem compreender a proteção específica dos direitos individuais ou coletivos (BONAVIDES, 2002, p. 514-524).

Diante disso, é possível constatar que a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração: liberdade, igualdade e fraternidade (OLIVEIRA, 2003, p. 263).

Nesse contexto, verifica-se que são essenciais três aspectos na concepção dos direitos fundamentais: primeira, a função norteadora do direito fundamental, independente da regulação legislativa do processo; segunda, a supremacia do direito fundamental; terceira, o caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes (OLIVEIRA, 2003, p. 265).

Os princípios constitucionais, portanto, se inserem na Constituição Federal como garantias fundamentais, e, nesse contexto, precisam ser bem compreendidos para que tenham sua eficácia sobre o mundo dos fatos quando levados até o Judiciário e para que a jurisdição seja exercida e o conflito de interesses solucionado, restabelecendo a ordem social.

3 EFICÁCIAS DOS PRINCÍPIOS

Conforme entendimento do Doutor Oliveira Filho (2009, p. 31 e segs), a importância maior do estudo e da melhor definição dos princípios está na possibilidade de sua efetiva aplicação. Para tanto, é necessário verificar as suas eficácias interna e externa (ÁVILA, 2004, 78-82). A *eficácia interna* relaciona normas que atuam sobre as outras normas no mesmo sistema jurídico, definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. No dizer do estudioso Humberto Ávila, 'os princípios por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema', como por exemplo, as regras. Assim, os princípios são importantes para a compreensão do sentido das regras.



Os princípios atuam sobre outras normas de forma direta e indireta. A *eficácia interna direta* é a atuação sem intermediação ou interposição de outro (sub)princípio ou regra, exercendo uma função integrativa, na medida que agrega outros elementos não presentes ou previstos em outros princípios e regras. Na *eficácia interna indireta* há a interposição de um outro princípio ou regra, exercendo várias funções: a primeira delas é a função *definitória*, quando delimita com maior especificação o comando mais amplo estabelecido pelo princípio superior, ou no dizer do autor, do *sobreprincípio* (segurança jurídica como princípio superior ao da boa-fé); a segunda é a função interpretativa, na medida em que serve para interpretar normas construídas na legislação e nos casos concretos, o que qualifica os princípios como decisões valorativas objetivas com funções específicas; em terceiro lugar, os princípios exercem uma função *bloqueadora*, pois afastam elementos previstos que sejam incompatíveis com o ideal preconizado.

Os *sobreprincípios*, como, por exemplo, os princípios do Estado de direito, da segurança jurídica, da dignidade humana e do devido processo legal, exercem funções típicas dos princípios (interpretativa e bloqueadora), mas por atuarem “sobre” outros princípios não exercem a função *integrativa* (porque têm atuação direta), nem a *definitória*, pois procuram ampliar em vez de especificar. A função que os sobreprincípios exercem distintivamente é a função *rearticuladora*, uma vez que possibilitam a interação de vários elementos da realidade.

A eficácia externa dos princípios refere-se à atuação dos princípios para além da compreensão de outras normas, verificando-se a pertinência e a valoração dos fatos e provas. A eficácia externa é decisiva para a interpretação dos fatos, sendo que a norma funciona como mediadora do discurso do intérprete: a existência do fato não depende da experiência, mas da argumentação (HABERMAS, 2003, p. 29 e ss.). Ou seja, é o intérprete que escolhe o princípio a ser selecionado em determinada situação. A seleção dos fatos a serem avaliados pelo direito são posteriormente valorados, de modo a privilegiar os pontos de vista que conduzam a valorizar os aspectos desses mesmos fatos. Desse modo a eficácia externa dos princípios incorpora eficácias *seletivas*, *valorativas* e *argumentativas*.

Os princípios possuem externamente estas eficácias. A eficácia dos princípios constitucionais determina, além do âmbito material de sua aplicação, fundamenta sua



interpretação e argumentação, limitando qualquer restrição, obrigando aquele que restringir conteúdo de princípios constitucional a promover a justificação da sua restrição.

Temos, por fim, uma eficácia *externa subjetiva ou protetiva* dos princípios que funcionam como elementos de proteção dos direitos de liberdade, obrigando o Estado não somente a proteger os direitos fundamentais, mas como também a promovê-los.

Humberto Ávila esclarece que as regras também possuem eficácia interna e externa.

Segundo o autor, “internamente” podem produzir eficácia direta e indireta. Na eficácia direta, as regras possuem eficácias preliminarmente decisivas, na medida em que pretendem oferecer uma solução provisória para determinado conflito detectado pelo legislativo. Por isso, pré-excluem a livre ponderação principiológica. Indireta, quando as regras exercem uma função definitiva (de concretização) ao delimitarem o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as finalidades estabelecidas pelos princípios. No caso das regras do procedimento parlamentar devem especificar para as situações mais concretas, a abrangência do princípio democrático.

As regras somente podem ser superadas (ÁVILA, 2004, p. 83-85), se houver razões extraordinárias para tanto, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade. Num conflito entre regras e princípios prevalecerá o de maior nível hierárquico. No entanto, se os dois estiverem no mesmo nível, deverá prevalecer a regra e não o princípio, considerando a função decisiva da regra. A regra somente será afastada em detrimento de um princípio, se for constatada uma razão extraordinária que impeça a aplicação dessa regra¹

A eficácia externa é a de estabelecer condutas e atribuir a um determinado sujeito a propriedade de ser competente para realizar determinado ato jurídico sobre a matéria dada.

Os princípios constitucionais, nesse contexto, precisam ser bem compreendidos, a fim de que se possa alcançar o seu sentido e importância no ordenamento jurídico, e, em especial, no direito processual.

1 Por exemplo, a existência entre o princípio da dignidade humana e a regra que estabelece a ordem dos precatórios. Nesse caso, a regra deixaria de ser aplicada em razão do postulado da razoabilidade, não em razão de um conflito, mas por opção do aplicador diante do caso delas.



4 NORMAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

É fundamental compreender o direito como um sistema jurídico, que atua como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de regras e de valores jurídicos, com função de evitar ou superar antinomias para dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático (FREITAS, 2002, p. 54-6):

Eis a inserção inovadora da hierarquização em nosso conceito de sistema jurídico, além da ênfase à noção de ‘rede’ apta a sugerir operações de sinapses ou conexões neuronais, pois – em analogia com o cérebro – sistema jurídico ‘funciona’ por inteiro, ainda quando se concentrem atividades nesta ou naquela parte. Note-se que, ao inserir o elemento ‘hierarquia’, está-se a pensar mais propriamente em hierarquização como algo em movimento, não como um dado *a priori*; e ao se fazer expressa referência a princípios e objetivos fundamentais da Lei Maior quer-se tornar visível o meio mais adequado para lidar com o [...] tema das antinomias jurídicas no sentido ampliado [...]”.

O sistema normativo brasileiro é um sistema aberto, que tanto pode se revelar sob a forma de princípios, como de regras, assim como o sistema português (CANOTILHO, 2003, p. 1159).

Isso, porque, numa sociedade pluralista e aberta, oriunda do Estado Democrático de Direito, torna-se inviável um modelo jurídico de regras (legalista), pois “[...] não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto” (CANOTILHO, 2003, p. 1162). Também não poderia se limitar em princípios, pois a indeterminação levar-nos-ia à dependência do âmbito fáctico e jurídico, ocasionando insegurança jurídica.

Assim, tanto o modelo limitado às regras, como o sistema baseado exclusivamente em princípios, tornar-se-ia insuficiente para a Constituição.

Em razão disso, é a proposta de Canotilho, de que qualquer sistema jurídico necessita de regras e princípios, permitindo que estes fundamentem aqueles, cimentando todo o sistema constitucional:

Qualquer sistema jurídico carece de regras jurídicas: a constituição, por ex., deve fixar a maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não maior aos 18 anos para efeito de direito de sufrágio; um cidadão < só pode ter direito à vida >. Contudo, o sistema necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito;



são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em razão virtude da sua <<referência>> a valores ou de sua proximidade axiológica (da <<justiça>>, da <<idéia de direito>>, dos <<fins de uma comunidade>>), os princípios têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e Têm uma idoneidade irradiante que lhes permite <<ligar>> ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional (CANOTILHO, p. 2003, 1163).

Destarte, considerando que o sistema se fundamenta em princípios e regras e, ainda, que a distinção entre eles “es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoria de los derechos fundamentales” (ALEXY, 2008, p. 67), é indispensável para o presente estudo examinar o assunto.

4.1 Princípios e Regras: distinção

A distinção entre princípios e regras, no âmbito do superconceito “norma”, é uma tarefa particularmente complexa. No entender de Canotilho (2003, p. 1160-1161), vários são os critérios sugeridos: *a) grau de abstração*: os princípios têm um grau de abstração mais elevado que as regras; *b) grau de determinabilidade*: na aplicação do caso concreto, os princípios dependem de mediações concretizadoras, por serem mais vagos, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; *c) caráter de fundamentalidade no sistema*: os princípios têm papel fundamental no ordenamento jurídico pela sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; *d) proximidade da idéia ou ideal de direito ou de justiça* dos princípios, enquanto as regras podem ter um conteúdo meramente funcional; *e) natureza normogenética*: os princípios são os fundamentos das regras.

Todavia, essas distinções não esclarecem questões fundamentais como a de saber se têm uma função retórica-argumentativa, ou se os princípios se revelam como verdadeiras normas.

Karl Larenz define princípios como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento” (*apud* ÁVILA, 2004, p. 27).

Para esse critério, os princípios indicariam a direção em que está situada a regra a ser encontrada, mas ainda não são suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter



formal de predisposição jurídica, isto é, a conexão entre a hipótese de incidência e sua consequência jurídica.

Contribuição decisiva foi a de Dworkin, ao fazer um ataque geral ao Positivismo, especialmente quanto ao modo aberto de argumentação, permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios. O autor descreve “a teoria da colisão”: aplica-se a hipótese do “*tudo ou nada*”. Se a hipótese de incidência é preenchida, a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Na colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Em relação aos princípios, estes não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos que devem ser conjugados com outros fundamentos, provenientes de outros princípios. Por isso a chamada “dimensão de peso”, em que princípios com maior peso prevalecem, sem que um deles perca sua validade. A distinção proposta por Dworkin “[...] não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy”. Difere das anteriores, porque se baseia mais no modo de aplicação e na interação com outras normas (*apud* ÁVILA, 2004, p. 28).

ALEXY (2008, p. 67-8) precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele, o ponto decisivo é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e do caso concreto. Em razão disso, considera-os como deveres de otimização que podem ser realizados em diferentes graus. Em contrapartida, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve-se aplicá-la integralmente: nem mais, nem menos. As regras contêm determinações possíveis tanto no âmbito fático quanto jurídico. Esse critério permite, na visão do autor, a rigorosa e válida distinção entre princípios e regras:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* são normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan por que pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinados por los principios y reglas opuestos (ALEXY, 2008, p. 67-68).

Em cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (ALEXY, 2008, p. 68).



Diante disso, a aplicação dos princípios depende das possibilidades jurídicas e fáticas, i.é, determinada pelo peso dos princípios opostos, necessitando, portanto, do critério da ponderação. As regras, no entanto, dependem apenas da subsunção, ou seja, da aplicação no caso concreto.

Em caso de colisão (ÁVILA, 2004, p. 28-29) entre princípios, é realizada uma ponderação entre os princípios colidentes e resolvida mediante a criação de regras de prevalência, fazendo com que sejam aplicados também ao modo “tudo” ou “nada”. Os princípios possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências de forma direta, como as regras. Já no caso de conflito de regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora do sistema jurídico (é válida ou não), se o conflito entre princípios se situa no interior da mesma ordem jurídica (o teorema da colisão):

Quando dos princípios entran en colisión – tal como es el caso cuando según um principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que em ele principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Mas bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedência puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que quiere decir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de reglas tienen lugar más allá de la dimensión de la validez; la colisión de principios validos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso (ALEXY, 2008, p. 70):

Destarte, Ávila (2004, p. 30) resume a distinção entre princípios e regras em dois fatores: diferença quanto à “colisão” e a diferença quanto à “obrigação” que instituem. A diferença quanto à colisão informa que os princípios têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma das regras ou com abertura de uma exceção que exclua a antinomia. A diferenciação quanto à obrigação que instituem diz que as regras criam obrigações não superadas por normas contrapostas, ou seja, absolutas, enquanto os princípios estabelecem obrigações “prima facie”, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.

Essa evolução doutrinária, além de indicar que há distinções fracas (Larenz) e fortes (Dworkin, Ávila) entre princípios e regras, demonstra que os critérios usualmente empregados para a distinção são os seguintes (ÁVILA, 2004, p. 30-31): a) caráter *hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que pré-determinam a decisão, aplicadas no modo *se, então*, enquanto os princípios indicam o



fundamento a ser utilizado pelo aplicador e futuramente encontrar a regra para o caso concreto; b) *critério do modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas no modo *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados no modo *mais ou menos*; c) *critério do relacionamento normativo*, que se fundamenta na idéia da antinomia entre as regras, ocasionando verdadeiro conflito, sendo solucionável com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação da exceção, ao passo que os princípios se imbricam, sendo solucionável o conflito mediante a ponderação; d) o *critério do fundamento axiológico*, que considera os princípios como fundamentos axiológicos para a tomada de decisão.

Essas diferenciações despertam críticas (ÁVILA, 2004, p. 31-69): no caso do critério do modo final de aplicação, nem toda regra pode ser aplicada no modo tudo ou nada, por exemplo, no caso do estupro presumido, em que o agente não sabia que a vítima era menor de 14 anos. Neste caso, a violência do autor deve ser considerada presumida, pois a norma não prevê qualquer exceção. No entanto, o Supremo Tribunal Federal atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma – como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que entendeu que não configurava o tipo penal, apesar de estarem previstos os requisitos do tipo penal. Então, a obrigação tida como absoluta foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra.

Segundo o autor (2004, p. 39), as regras não são pré-determinadas, possuindo um processo prévio de interpretação semelhante a dos princípios, onde se verifica em quais situações elas serão interpretadas. Em razão disso, não é adequado afirmar que as regras possuem um modo absoluto “tudo” ou “nada”, porquanto podem ser superadas por razões não previstas (p. ex. as regras em branco, em que faltam elementos para a sua realização).

A diferença entre regra e princípios (ÁVILA, 2004, p. 40) é o grau de abstração anterior à interpretação. No caso dos princípios, a abstração é maior relativamente ao comportamento a ser determinado, não se vinculando absolutamente a uma interpretação específica (p. ex. princípio democrático). Os princípios descrevem um “estado de coisas” sem dizer, ao contrário das regras, diretamente qual o comportamento devido; são normas que geram para a argumentação razões substanciais e finalísticas. Por exemplo, o princípio da moralidade irá indicar que a probidade, a motivação e a lealdade compõem um estado de coisas, não indicando precisamente quais são esses comportamentos. As regras são normas que geram para a argumentação razões de correção ou razões autorizativas, muito embora não absolutas, dependendo das condições de aplicabilidade.



Após tecer inúmeras críticas aos diversos critérios de distinções entre regras e princípios, Ávila (2004, p. 70-72) conclui que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com a pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Pela definição supra, verifica-se que tanto as regras como os princípios necessitam de interpretação para serem aplicados (avaliação de correspondência), embora o grau de abstração nos princípios seja maior.

Analisados os princípios e regras, cumpre, pois, examinar como eles devem ser aplicados.

4.2. Postulados Normativos

A partir de agora não será mais examinado o dever de promover a realização de um estado de coisas, mas o modo como esse dever deve ser aplicado. Então, restou superado o âmbito das normas – princípios e regras, que se situam num mesmo plano, para adentrar no terreno das metanormas.

Segundo Ávila (2004, p. 88-90), os postulados situam-se num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Em razão disso, eles permitem verificar os casos em que há violação às normas cuja aplicação estruturam. “[...] Só elípticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas - princípios e regras - que deixaram de ser devidamente aplicadas”.

Isso quer dizer que os postulados normativos situam-se num plano distinto das normas cuja aplicação estruturam, e sua violação consiste na não-interpretação de acordo com a sua estruturação. Todavia, o fato de ser considerado como norma de segundo grau (metanormas) não deve levar à conclusão de que os postulados normativos funcionam como qualquer norma que fundamenta a aplicação de outras normas, como no caso de sobreprincípios, como o princípio do Estado de Direito ou do devido processo legal. Isso, porque esses se situam no



próprio nível das normas que são objeto de aplicação e não no nível das normas que estruturam a aplicação. Além disso, os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, ao passo que os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas.

Aliás, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos, cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. As regras são imediatamente descritivas de comportamentos, devidas ou atributivas de poder. Os postulados, por sua vez, não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim; além disso, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e argumentação das normas que prescrevem comportamentos.

A análise dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade demandam a ordenação e a relação entre vários elementos: meio e fim, critério e medida, regra geral e caso individual, e não se restringem ao exame de correspondência entre a hipótese normativa e os elementos fáticos apenas (atividade subsuntiva).

O difícil é o enquadramento da proporcionalidade: se na categoria de regras, princípios ou como postulados normativos aplicativos (regras de segundo grau). Há, ainda, os que entendem tratar-se de princípios de legitimação ou normas metódicas:

As dificuldades de enquadramento da proporcionalidade, por exemplo, na categoria de regras e princípios evidenciam-se nas próprias concepções daqueles que a inserem em tais categorias. Mesmo os adeptos da compreensão dos aqui denominados *postulados normativos aplicativos* como regras de segundo grau reconhecem que eles, ao alado dos deveres de otimização, seriam uma *forma específica de regras* [...]. Também os adeptos de as compreenderem como princípios reconhecem que eles funcionam como máximas ou *topo* argumentativo que mescla o caráter de regras e princípios. Outros já os enquadram, com sólida argumentação, na categoria de princípios distintos, denominados de *princípios de legitimação*. Há, ainda, os que os enquadram como normas metódicas (ÁVILA 2004, p. 90).

A denominação é secundária e estudar-se-á aqui como *postulados normativos aplicativos*. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade.

Destarte, seguindo a orientação de Humberto Ávila (2004, p. 93-127), “os postulados normativos foram definidos como deveres estruturais, isto é, como deveres que estabelecem a vinculação entre *os elementos* e impõe determinada relação entre eles”.



Alguns postulados aplicam-se sem pressupor elementos e critérios específicos: a proibição do excesso veda a aplicação de uma regra ou de um princípio restrinja de tal forma um direito fundamental que termine lhe retirando seu mínimo de eficácia, mas não indica os elementos mínimos a serem objetos de preservação. Isso, porque se constituem em meras idéias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação, razão pela qual são denominados de postulados inespecíficos ou incondicionais.

A aplicabilidade de outros postulados depende da existência de determinadas condições. São os postulados específicos. Com efeito, a razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e o fato concreto, entre um critério e uma medida. A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e fim, pois a aplicabilidade está condicionada à existência de elementos específicos (meio e fim).

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios ou regras, especialmente das regras. É utilizada em vários contextos e com várias finalidades. Fala-se de razoabilidade de uma alegação, de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade de um fim legal.

Dentre as diversas acepções utilizadas, destacam-se três. Primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais as hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência (caso concreto), seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim pretendido. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre as duas grandezas. São essas acepções que serão analisadas a seguir.

A Razoabilidade como equidade exige harmonização da norma geral com o caso concreto e impõe, na aplicação das normas, a consideração daquilo que normalmente acontece².

² Assim, a situação de um advogado requereu o adiamento do julgamento perante o Tribunal do Júri, alegando que era procurador em outro processo complicado, que seria julgado na mesma época. O pedido foi deferido. Após defender o cliente, encaminhou novo pedido de adiamento, diante da recomendação de repouso por duas semanas. Esse, foi indeferido,



Em situações como essa, a razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas, presumindo-se estarem de acordo com a normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas.

Então, exige uma interpretação que preserve a eficácia de princípios axiologicamente subjacentes.

Em segundo lugar, a razoabilidade deve considerar os aspectos que envolvem o caso concreto, já que a norma é de caráter geral. Desse modo, em determinadas situações a norma pode deixar de ser aplicada em razão da anormalidade³.

A consequência do descumprimento da lei não foi aplicada no caso individual, em razão da sua anormalidade.

A razoabilidade serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente, para sua aplicação. Para ser aplicável, deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça⁴.

O caso do postulado da proporcionalidade tem sido aplicado cada vez mais no direito brasileiro como instrumento de controle do Poder Público. Na teoria Geral do Direito, fala-se em proporção como elemento da própria acepção imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção. No penal, faz-se a referência à necessidade de proporção entre culpa e pena na fixação dos limites da pena. No processual, manipula-se a ideia de

presumindo que o advogado estava procurando postergar indevidamente o julgamento. No dia do julgamento foi nomeado um defensor dativo, que patrocinou a defesa do réu. Inconformado com o indeferimento do pedido e com o resultado do julgamento o advogado interpôs habeas, o qual foi acolhido e anulou o julgamento considerando que não parecia fora da razoabilidade o pedido de adiamento feito por advogado que estava patrocinando duas causas complexas no mesmo período. O Tribunal fundamentou que é razoável presumir que as pessoas agem de boa-fé e que na aplicação do direito deve-se presumir o que normalmente acontece (ÁVILA, 2004, p. 103-104)

3 Exemplo dessa situação é o caso de uma pequena fábrica de sofás, enquadrada como empresa de pequeno porte, para fins de tributação federal, que teve o benefício excluído por ter infringido a condição legal de não efetuar a importação de produtos estrangeiros. A empresa importou quatro pés de sofás, para um único sofá, em uma vez. Interposto recurso, a decisão foi anulada, por violação do princípio da razoabilidade, considerando que a interpretação dentro do razoável indica que a interpretação deve ser feita de acordo com o senso comum. A regra que proibia a importação para a permanência do regime tributário incidiu, mas a consequência do seu descumprimento – exclusão do regime tributário especial - não foi aplicada, porque o comportamento não comprometia o objetivo da lei, que era o de estimular a produção nacional (ÁVILA, 2004, p. 105).

4 Lei estadual que determinou ao estabelecimento de ensino médio fornecer certificado de conclusão e histórico escolar, independente de frequência mínima, aos alunos aprovados em vestibular, de modo a concretizar a matrícula em curso superior. Ajuizada ação, o STF considerou inconstitucional a lei em razão de ser destituída de razoabilidade a lei impugnada, por inverter a ordem natural escolar, independente de frequência dos alunos (ÁVILA, 2004, p. 107).



proporção entre o gravame ocasionado, e a finalidade que se destina ao ato processual. No constitucional e administrativo, faz-se uso da idéia de proporção entre o gravame criado pelo ato do Poder Público e o fim colimado. A idéia perpassa todo o Direito, sem limites ou critérios de aplicação.

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção. Aplica-se apenas em situações em que há relação entre um meio e fim concretamente perceptível, de forma a viabilizar o exame da adequação, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito:

O postulado da proporcionalidade (ÁVILA, 2004, p. 112-113) não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder os três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do (s) direito (s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Quanto à aplicabilidade, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver essa relação, o exame da proporcionalidade cai no vazio, pela falta de pontos de referência.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta, visando atingir uma finalidade. Nesse caso, deve ser analisado se a medida atingirá a finalidade (adequação), se a medida é a menos restritiva aos direitos envolvidos para atingir a finalidade (necessidade) e de a finalidade pública ser de tamanha monta que justifique a restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Então, sem uma relação entre meio/fim não se pode realizar o exame do postulado da proporcionalidade pela falta dos elementos que o estruturam. Nesse sentido, a finalidade consiste num resultado concreto, que possa ser concebido mesmo na ausência de normas e conceitos jurídicos .

No caso da Proporcionalidade em sentido estrito, o exame exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.



Então, o grau da importância da promoção do fim justifica o grau da restrição causada aos direitos fundamentais⁵?

Com efeito, considerando que foram objeto de exames os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, é importante ressaltar que, no caso da proporcionalidade, exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo realizem seus fins, utilizando-se de meios adequados, necessários e proporcionais:

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superavam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim (ÁVILA, 2004, p. 110).

Já no caso da razoabilidade, não há referência entre uma relação de causalidade meio e fim, como no da proporcionalidade. O que deve ocorrer é o dever de harmonização geral com o individual (equidade), para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas presumidamente de acordo com a normalidade.

A razoabilidade também tem o dever de harmonização do direito com as suas condições externas (dever de congruência); exige relação das normas com as condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Não há entrecruzamento horizontal de princípios, nem de causalidade de um meio e fim. Também não há espaço para afirmar que uma ação promove a realização de um estado de coisas:

Dessa forma, verifica-se que o postulado da proporcionalidade exige e pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Nesse particular, é plausível enquadrar a proibição do excesso e a razoabilidade no exame da proporcionalidade em sentido estrito. Na utilização da razoabilidade, como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada, há uma relação entre uma qualidade e

5 O Supremo Tribunal Federal, na lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, considerou desproporcional a medida. A leitura do acórdão permite verificar que a intensidade das restrições causadas aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada superava a importância da proteção dos consumidores (ÁVILA, 2004, P. 124-125).



uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas de critério intrínseco a ela (ÁVILA, 2004, P. 110-111).

Como se viu até agora, os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas, ao passo que os sobreprincípios funcionam como fundamento, formal e material, para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores.

Desse modo, é inegável a influência do direito constitucional em relação a todos os ramos do direito, em especial, no tocante ao processo.

5 O DIREITO CONSTITUCIONAL E O PROCESSO

Conforme examinado no início deste estudo, a dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo (OLIVEIRA, 2003, p. 260).

Tanto é verdade que, já no final do século XIX, estava presente a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos (OLIVEIRA, 2003, p. 261).

No entanto, a concepção de efetividade ainda se apresentava no plano abstrato e somente evoluiu para a universalidade material e concreta com a edição da Constituição Federal de 1988, a qual inseriu o princípio da efetividade (art. 5º., inc. LVIII) no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, pode-se até dizer que conformação e organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais, de acordo com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado momento. Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica (OLIVEIRA, 2003, p. 260-261).

Aliás, João Mendes Júnior entende que o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional: “Cada ato do processo deve ser



considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o do julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos” (*apud* OLIVEIRA, 2003, p. 261).

Desse modo, se o processo, na condição de autêntica ferramenta de natureza pública, é indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, deve ser considerado como direito constitucional aplicado. Então, não pode ser compreendido como mera técnica, mas como instrumento de realização de valores e especialmente valores constitucionais (OLIVEIRA, 2003, p. 261).

É evidente que o processo civil não pode deixar de se estruturar de maneira idônea à efetiva tutela dos direitos, exatamente por ser um instrumento de proteção. Isso, porque o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, mas a tutela de quaisquer direitos (MARINONI, 2008, p. 171-172).

Dito isso e levando-se em consideração que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, cumpre ao Estado-juiz, na sua aplicação, não se limitar a conformar o processo às normas constitucionais, mas concretizá-lo por meio da via interpretativa, mesmo em caso de omissão ou de insuficiência legislativa (MARINONI, 2008, p. 170-171):

[...] o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita.

Como conseqüência disso, há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos (MARINONI, 2.008, p. 172-173).

Com efeito, do ponto de vista do direito processual, ressalta-se que para os direitos fundamentais desempenharem sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrínseca, como também de formas de organização e regulamentação procedimentais. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial, também o abrange, de modo a tornar evidente a interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo (OLIVEIRA, 2003, p. 269).



Faceta importante a evidenciar é que a participação no processo para formação da decisão constitui uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, de forma imediata, sendo própria do exercício de um direito fundamental (OLIVEIRA, 2003, p. 269).

É importante salientar que “Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente” (OLIVEIRA, 2003, p. 269). Por isso, a base constitucional para o princípio de colaboração das partes, do órgão judicial e de todos aqueles que participam do processo deve ser a lealdade e a boa-fé .

Por outro lado, a crescente dependência de previsão legal e de distribuição estatal e, por consequência, o perigo crescente de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais acaba por exercer influência decisiva no papel destinado ao direito processual, especialmente, porque os direitos fundamentais exercem acentuada irradiação sobre o direito legislado (OLIVEIRA, 2003, p. 270).

Destarte, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrínseca complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa a ser meio de formação do direito, seja material ou processual. Isso, porque o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, mas, além disso, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas.

Nesse sentido é o entendimento de Robert Alexy. Senão, vejamos:

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una <<tutela jurídica efectiva>>. Una condición para una tutela efectiva es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de los derechos procesales. A la garantía de los derechos materiales hay que referir la fórmula del Tribunal Constitucional Federal que describe de la siguiente manera la tarea del derecho procesal: <<El derecho procesal sirve para la producción de decisiones conforme a la ley que, desde este punto de vista, son correctas, pero que además, dentro del marco de la corrección son justas>. Todo esto indica que en el ámbito del procedimiento, hay que relacionar dos aspectos: uno procedimental y outro material (2008, p. 433)

Desse modo, não é suficiente pensar que, diante de duas interpretações possíveis da regra processual, o juiz deve proferir aquela que não seja contrária à Constituição. É que,



diante de certa regra processual, podem existir duas interpretações razoáveis na perspectiva constitucional. Nesse caso, o órgão julgador tem o dever de optar pela interpretação que garanta a máxima efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o objeto que deve ser tutelado e a realidade social (MARINONI, 2008, p. 173).

Destarte, compete ao juiz interpretar a regra processual, ou mesmo suprir eventual omissão legislativa para assegurar a máxima efetividade na atividade jurisdicional, compreendidas as necessidades do caso concreto e considerando os direitos fundamentais processuais.

Aliás, em virtude da instituição do Estado Democrático de Direito, com a Constituição Federal de 1988, cumpre aos operadores do direito em geral fazer uma releitura do processo, não só no âmbito legislativo, mas principalmente quanto à participação de seus intérpretes (juízes, advogados, ministério público, auxiliares da justiça, partes), “[...] sob pena de, aos olhos do novo [...] prosseguir-se praticando e solidificando o sistema pretérito, que não mais encontra espaço na vigente *soberania brasileira*” (MACEDO, 2008, p. 211).

Sob essa ótica, o Poder Judiciário poderá cumprir seu papel na construção do direito em concreto, não se limitando à declaração da vontade da lei, mas atuando no propósito de uma constituição-cidadã, em observância ao rol de direitos e garantias que nenhum poder, no exercício de sua função precípua, pode se afastar ou negar vigência, sob pena de se manter limitado aos propósitos de um Estado Liberal, modelo ultrapassado, negando a constituição de um novo pacto social, ínsito ao Estado Democrático de Direito (MACEDO, p. 211-213).

Nesse particular, é oportuno salientar, como fonte específica de normas jurídicas processuais, especialmente dois grupos de direitos fundamentais pertinentes aos valores da efetividade e da segurança jurídica, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto (OLIVEIRA, 2003, p. 270).

À luz desses instrumentos, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequação e proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar, pois o que realmente interessa é que os problemas apresentados ao Estado sejam solucionados alcançando um processo tendencialmente justo (OLIVEIRA, 2003, p. 273-4).



Em tal contexto, os operadores do direito dispõem de um lado, a segurança jurídica, compreendido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e, de outro, a efetividade, que visa a celeridade e a duração razoável do processo.

6 CONCLUSÃO

Pelo presente estudo verifica-se que os princípios constitucionais exercem papel fundamental na interpretação e aplicação do direito, considerando o sistema adotado pelo legislador pátrio.

Em razão disso, é inviável restringir a jurisdição a um modelo estritamente legalista (de regras), porquanto não haveria qualquer espaço para a complementação de um sistema constitucional aberto, que tanto pode se revelar sob a forma de regras, como de princípios.

Por isso, o estudo da teoria dos princípios e a conseqüente distinção entre princípios e regras, pois a referida distinção é um dos pilares fundamentais da teoria dos direitos fundamentais.

Demais disso, a referida teoria é a que melhor enfrenta o problema de colisão de princípios e viabiliza a sistematização do direito, em conformidade com a Constituição Federal, independente de os “princípios” estarem previstos em texto legal ou constitucional.

Nesse contexto, agregam-se os postulados normativos aplicativos, que atuam como metanormas, estabelecendo a estrutura e aplicação de outras normas, princípios ou regras, viabilizando aos operadores do direito atingirem o escopo previsto na Lei Maior.

Destarte, a nova visão instituída pelo Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988, impõe uma revisão de conceitos e uma releitura do processo, não só no âmbito legislativo, mas e principalmente quanto à participação de seus intérpretes.

Aliás, o Estado Democrático de Direito apenas se consolida, se a “lei” for interpretada de acordo com a Constituição, realizando o princípio da igualdade e da justiça, em busca da igualdade de condições dos socialmente desiguais.



Diante dessas circunstâncias, constata-se que ao decidir o juiz assume um papel na construção do direito, evoluindo da esfera de mero aplicador de lei na busca de instrumentos para cumprir o escopo previsto na Lei Maior.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL, Vade Mecum. *Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
_____. *Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIEDRICH, Marlei Maria. *Bê-a-bá da metodologia de trabalhos acadêmicos e Científicos*. Passo Fundo: Ed. IMED, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1, 2. ed.; tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003).

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II, 2. ed.; tradução: Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003).

JUNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

LONGO, Luís Antônio. O Princípio do Juiz Natural e seu Conteúdo Substancial; IN:



MACEDO, Elaine Harzheim Macedo. *Processo Efetivo e Tempestivo: Reformas Processuais ou um novo paradigma de jurisdição?* Revista Destaque Jurídico, Gravataí: ULBRA, vol. 7, série 7, p. 211/215, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro*. <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Publicado em: 13 set. 2005.

_____. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo. *Cidade e Democracia. A Participação Popular no Planejamento Urbano*. Tese de Doutorado. URGRS, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo : Malheiros, 2004.