

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ana Lúcia Freire de Almeida dos Anjos*

RESUMO: Este trabalho traz um estudo a respeito dos princípios e a sua evolução através dos tempos até alcançar a sua condição de norma jurídica, passando, juntamente com as regras, a constituir espécie daquele gênero. Tece considerações a respeito de como os princípios se apresentam de forma destacada no sistema jurídico brasileiro, diferentemente do que ocorria no passado, quando desempenhavam função unicamente auxiliar e subsidiária na aplicação do direito. Aborda os princípios e as regras na visão de Dworkin e Alexy e a resolução dos conflitos existentes entre eles. Analisa a visão principiológica do Direito Processual Constitucional e identifica os princípios constitucionais processuais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ao final, enfatiza e comenta sobre a importância dos princípios no âmbito processual, especialmente em relação ao Novo Código de Processo Civil, que traz em seu primeiro capítulo as normas fundamentais do processo civil, estabelecendo em seu artigo 1º que ele será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Constituição. Processo.

1 INTRODUÇÃO

Os princípios se apresentam de forma destacada no sistema jurídico brasileiro, possuindo, alguns deles, matriz constitucional.

Diferentemente do que ocorria no passado, quando desempenhavam função unicamente auxiliar e subsidiária na aplicação do direito, hoje os princípios são vistos como normas jurídicas, estabelecendo, como

* Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Juíza Titular da 9ª Vara Cível da Comarca de Aracaju. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Judicial do Estado de Sergipe (Ejuse). Graduada pela Universidade Federal de Sergipe.

as regras, o seu papel de destaque. As regras e os princípios, portanto, integram as normas jurídicas.

A base teórica da diferenciação entre normas e princípios coube ao pós-positivismo destacando-se as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros.

A visão dos princípios como norma e a grande importância dos princípios constitucionais no âmbito processual, levaram o Novo Código de Processo Civil a trazer em seu primeiro capítulo as normas fundamentais do processo civil, estabelecendo que ele será disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as suas disposições.

O novo Código traz, assim, um verdadeiro sistema de princípios que se agregam às regras instituídas, gerando uma leitura constitucional do processo.

2 PRINCÍPIOS

2.1 CONCEITO

A palavra “princípio” deriva do latim *principium*. Tem-se por princípio o que está no princípio, no começo, no início, na origem ou como fonte inspiradora da formação de normas jurídicas.

Para Luís-Diez Picazo, *apud* Bonavides (2014, p. 260) a ideia de princípio deriva da linguagem de geometria, “onde designa as verdades primeiras”, considerando que exatamente em razão dessa premissa, são *princípios*, “porque estão no princípio”, constituindo-se “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”.

Ainda citando Luís-Diez Picazo ao invocar o pensamento do jurista espanhol F. de Castro, Bonavides (2014, p. 261) menciona que “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Trazendo um outro conceito, desta feita, formulado pela Corte Constitucional italiana em uma de suas primeiras decisões, no ano de 1956, Bonavides (2014, p. 261) afirma:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

Analisando esses conceitos, Bonavides (2014, p. 262) aponta um defeito capital em todos eles ao dizer:

Observa-se um defeito capital em todos esses conceitos de princípio: a omissão daquele traço que é qualitativamente o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios, a saber, o traço de sua normatividade.

Para Bonavides (2014, p. 262), o traço normativo dos princípios afirmado de forma categórica e precursora, somente será encontrada na conceituação formulada por Crisafulli, no ano de 1952, a saber:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), dos quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

A análise conceitual dos princípios e a sua visão dentro do ordenamento jurídico são de grande importância para o constitucionalismo contemporâneo. Nessa grade de ideias, faz-se necessário buscar a sua origem dentro do sistema normativo.

2.2 NORMATIVIDADE

As normas jurídicas são divididas em normas constitucionais e normas infraconstitucionais. São normas constitucionais aquelas decorrentes do processo de elaboração da Constituição pelo Poder Constituinte Originário, e as que venham a ser inseridas pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado. Existem, ainda, as normas infraconstitucionais, que subdividem em atos normativos primários e atos normativos não-primários.

Uma grande mudança de paradigma ocorreu no transcorrer do século XX momento em que a norma constitucional assumiu a função de norma jurídica, superando, assim, o modelo acolhido na Europa onde a Constituição era vista com caráter eminentemente político prevalecendo a centralidade da lei e a superioridade do Parlamento, impossibilitando o controle judicial de seus atos.

A força normativa da Constituição sobreveio, assim, após a Segunda Guerra Mundial, ao adotar o modelo americano caracterizado por assegurar a sua supremacia e a sua proteção através de mecanismos de controle de constitucionalidade.

A Constituição, pois, do ponto de vista jurídico, revela-se, no dizer de Cunha Júnior (2014, p. 121), como “um conjunto de normas jurídicas suficientemente aptas para regular todos os fenômenos da vida política e social”.

Essas normas jurídicas, portanto, após um longo processo evolutivo, consolidaram-se em um gênero que traz em si as regras e os princípios, cuja distinção se apresenta de grande relevância no que se refere às normas constitucionais.

Os princípios, na teoria jurídica tradicional, como dito, apresentavam-se, na verdade, com uma função unicamente auxiliar ou subsidiária na aplicação do Direito. Com o pós-positivismo e assunção do novo Direito Constitucional do pós-guerra, passaram a ser reconhecidos como normas, fazendo cair por terra a distinção outrora existente entre normas e princípios.

Cunha Júnior (2014, p. 126), ao tratar da teoria jurídica tradicional no Direito Brasileiro, em razão da função meramente auxiliar ou subsidiária dos princípios em sua aplicação, enfatiza:

Nesse sentido, os princípios não eram vistos como normas jurídicas, mas apenas como ferramentas úteis para a sua integração e aplicação. Eram uma categoria à parte, marginalizada e relegada à importância secundária. Esta posição reduzida dos princípios, entre nós, foi claramente adotada por nosso sistema jurídico positivado como se observa da leitura do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-lei 4.657/42: *‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito’*).

Os princípios, pois, como as regras, passaram a integrar as normas jurídicas, sendo estas o gênero de que aqueles são espécies.

2.3 OS PRINCÍPIOS E AS REGRAS NA VISÃO DE DWORKIN E ALEXY

Por meio dos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, os princípios passaram a ser vistos como dotados de dignidade normativa e, juntamente com as regras, tornaram-se espécies do gênero norma, apresentando esses doutrinadores a distinção entre as espécies normativas.

Para Dworkin, as regras e os princípios se assemelham, uma vez que ambos estabelecem obrigações jurídicas, contudo, enquanto as regras são aplicáveis ou por inteiro ou em nada, ou seja, no modo de “tudo ou nada” ou *“an all or nothing”*, os princípios não ensejam consequências jurídicas imediatas decorrentes do texto normativo em razão do fato. Estes possuem a dimensão do peso, daí os conflitos devem ser resolvidos levando-se em consideração o peso de cada um.

Em seus estudos, Alexy consagra que os princípios e as regras se diferenciam qualitativamente. Assim, os princípios, para Alexy (*apud* MENDES, 2015, p. 74), “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”, já as regras “[...] determinam algo”. “Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos”.

Para Alexy *apud* BARROSO (2015, p. 242), então, “as regras contêm determinação no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso

significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau”.

A Constituição, pois, contém regras e princípios, apresentando-se como um sistema normativo aberto, o que traz maior segurança na aplicação das normas. Nesta esfera, afirma MENDES (2015, p. 75):

Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto. Entretanto, um sistema que congregasse apenas princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações.

Traz a Lei Maior, de forma expressa, a teoria da *força normativa dos princípios*, nela traduzindo não só os direitos fundamentais previstos em seu art. 5º como outros decorrentes do regime e dos princípios que forem por ela adotados, ou, ainda, de tratados internacionais em que o Brasil for parte (art. 5º, § 2º, CF).

3 VISÃO PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Através do processo se materializa a função jurisdicional, e, através dele o cidadão busca a proteção do Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos e garantias constitucionais assegurados pela Lei Maior.

A discussão a respeito da denominação desse ramo do direito aponta a existência de distinção entre direito constitucional processual e direito processual constitucional. A doutrina diverge em relação à nomenclatura a ser utilizada. Paulo Hamilton Siqueira Júnior, citado por DANTAS (2015, p. 8) afirma que o *direito processual* refere-se “ao elenco de normas e princípios processuais consagrados e tutelados no texto constitucional”, enquanto o *direito processual constitucional* reflete “o elenco de normas e princípios processuais que tem por finalidade regular a jurisdição constitucional”.

Em relação a esse entendimento, diz DANTAS (2015, p. 9):

Para essa corrente, em suma, o direito constitucional processual teria por objeto específico o estudo dos princípios e regras, contidos na Constituição, que disciplinam o processo. Já o direito processual constitucional teria por objeto o estudo da denominada jurisdição constitucional e que compreende, como veremos melhor oportunamente, as normas relativas ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, e também a tutela de direitos fundamentais.

De outra banda existem aqueles que consideram que não há dicotomia entre os dois ramos do direito afirmando que as matérias afeitas ao direito constitucional processual se inserem no direito processual constitucional, pertencendo, portanto, a esse ramo do direito.

Seguindo essa linha de interpretação, e à qual também me filio, DANTAS (2015, p. 9), considera que “o direito processual constitucional tem por objeto o estudo sistemático dos princípios e regras constitucionais que tratam do processo”, encontrando-se nele inseridos, os princípios constitucionais processuais, as normas relacionadas à organização do Poder Judiciário, como, também, “o conjunto de normas que tratam da chamada jurisdição constitucional, e que tutelam as liberdades públicas e disciplinam o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos instituídos pelo Poder Público”.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu a tendência das Constituições modernas, ao prever normas, assim considerados princípios e regras, de conteúdo processual, estabelecendo, assim, os chamados *princípios constitucionais processuais*.

Tais princípios vêm previstos no art. 5º da Constituição Federal, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais destacando-se no campo do Direito Processual Civil, os princípios do devido processo legal, da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, da segurança jurídica, da

inafastabilidade da jurisdição, da proibição de prova ilícita, da publicidade dos atos processuais, do duplo grau de jurisdição, da motivação das decisões e da duração razoável do processo.

3.1.1 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Inspirado no direito norte-americano, com base na garantia do *Dwo Process of Law*, o princípio do devido processo legal surge no Brasil, vagamente e de forma imprecisa na Constituição de 1824, com base no processo criminal, integrando a partir daí, timidamente, todas as demais Constituições pátrias, tendo sido consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 5º, inciso LIV, o qual assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Considerado como o princípio de maior relevância no ordenamento jurídico e uma das mais relevantes garantias do direito constitucional, o devido processo legal, também apontado como “Super Princípio”, consegue englobar todos os demais princípios processuais.

Apresenta, assim, o princípio do devido processo legal como seus destinatários os Poderes Legislativo Executivo e Judiciário, conforme lições de Marinoni (Marinoni *et al*, 2015, p. 620), ao afirmar:

O seu primeiro destinatário é o legislador, o qual tem como tarefa concretizá-lo mediante a promulgação de normas processuais. O administrador judiciário tem o dever de organizar estruturalmente o Poder Judiciário a fim de capacitá-lo a cumprir com a sua função de tutela jurisdicional efetiva dos direitos. O direito ao processo justo, portanto, também tem como destinatário o administrador. O juiz é obrigado a interpretar as normas em conformidade com o direito fundamental ao processos justo e, sendo o caso, tem, inclusive, o dever de densificá-lo *diretamente* (art. 5º, § 1º, da CF). Trata-se de comando cujo fundamento reside na necessidade de observar a *hierarquia* existente entre Constituição e legislação infraconstitucional.

Analisado no sentido formal, ou sob o ponto de vista processual,

o princípio do devido processo legal tem por fundamento garantir a qualquer pessoa um julgamento com base em normas previamente previstas, ou seja, em obediência a um processo ditado pela lei como devido.

Sob o aspecto substantivo, apresenta-se para garantir um julgamento justo e adequado.

Não se pode perder de vista, pois, que o princípio do devido processo legal tem por finalidade proteger o indivíduo da perda de sua liberdade ou de seus bens, sem que exista previamente um processo legítimo e sob a intervenção do Poder Judiciário.

3.1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Também denominado de princípio da isonomia e da paridade de armas, o princípio da igualdade assegura o tratamento isonômico aos cidadãos, sendo previsto no art. 5º da Lei Maior ao dispor que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Conquanto, de início, possa se ter em mente, que não se trata, em sua essência, de um princípio constitucional processual, não se pode perder de vista que o princípio da igualdade reflete sobremaneira no processo, na medida em que imprime, não só ao legislador ou particulares, mas, também, ao aplicador do direito, o tratamento igualitário a todos os envolvidos.

Não se pode olvidar, ainda, que embora prevendo alguns privilégios processuais, essa previsão reflete, em verdade, a busca da igualdade material, a exemplo dos prazos diferenciados concedidos ao Ministério Público, à Fazenda Pública, à Defensoria Pública, dentre outras distinções processuais. Assim, pode-se afirmar:

A igualdade na legislação pressupõe a *inexistência de distinções arbitrárias* no seu conteúdo. A distinção tem de ser feita de forma *racional* pelo legislador. É claro que a igualdade ‘não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações’, já que ‘senão aquilo que é

igual deve ser tratado igualmente. O problema da igualdade na legislação, portanto, está na utilização de *critérios legítimos* para distinção entre *pessoas e situações* no processo. É vedada, em outras palavras, a existência de ‘distinções arbitrárias’ na legislação, isto é, realizadas sem finalidade legítima (*‘legitimate purpose’*) (Marinoni *et al*, 2012, p. 640).

Essa ordem de ideias, inclusive, reflete nas normas fundamentais que integram o novo Código de Processo Civil e que será objeto de análise mais adiante neste estudo.

3.1.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de forma conjunta com o princípio da ampla defesa, a qual dispõe em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o Princípio do Contraditório se apresenta como o mais relevante entre os corolários do devido processo legal.

Sem previsão nas demais Constituições, que se limitavam a assegurar esse princípio ao processo penal, a Constituição Federal de 1988 traz de forma expressa a aplicação do princípio não só no processo judicial como no administrativo.

Revela-se, assim, o princípio do contraditório como sendo aquele que permite à parte, em um processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o direito de se manifestarem sobre todas as alegações e documentos que são produzidos nos autos pela parte adversa, buscando a paridade de tratamento na relação processual.

Em breves linhas, Novelino (2015, p. 470) entende que o contraditório “como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los é composto por dois elementos: informação e reação”.

A Constituição Federal ao garantir a plenitude de defesa, nada obstante a diversidade dos bens jurídicos tutelados, equiparou o contraditório exigido para o Direito Processual Penal ao Direito Processual Civil revelando, assim, a importância do instituto na defesa dos interesses das

partes envolvidas em litígio.

O norte constitucional do princípio, revelando a função garantista que o caracteriza, tem sua efetiva concretização sob o prisma infraconstitucional, na medida em que serve como base de atuação para as relações processuais.

Segundo afirma Marinoni e Mitidiero (Sarlet *et al*, 2012, p. 647), “o direito do contraditório rege *tudo e qualquer processo*: pouco importa se jurisdicional ou não”. Para ele, diante da possibilidade de advir para uma das partes envolvidas no processo, quer administrativo, quer judicial, decisão favorável que afete de forma negativa a sua esfera jurídica, impõe-se a aplicação do contraditório, a fim de que seja garantido à parte um processo justo.

3.1.4 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Como já mencionado, os princípios da ampla defesa e do contraditório têm previsão conjunta no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Diferentemente do que ocorria anteriormente, quando as nossas Constituições limitavam os princípios da ampla defesa (de igual forma, do contraditório) à instrução criminal, a Constituição Federal de 1988 traz expressamente a sua aplicação não só a todos os processos judiciais como, também, aos administrativos.

Deve-se ressaltar que parte da doutrina atual tem entendido que houve a fusão dos princípios do contraditório e da ampla defesa a exemplo do que afirma Didier Junior (2015, p. 86) quando diz que “tendo em vista a dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando um amálgama de um único direito fundamental”, acrescentando que a ampla defesa, em verdade, “corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório”.

3.1.5 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural vem consubstanciado nos incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal de 1988 aos disporem, respectivamente, que “não haverá júízo ou tribunal de exceção” (CF/1988, art. 5º, XXXVII) e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

competente” (CF/1988, art. 5º, LIII).

Por esse princípio é assegurado a todos o direito de serem julgados por membros do Poder Judiciário, devidamente investidos na função de acordo com as normas constitucionais e legais, inclusive em razão da competência.

Segundo Novellino (2015, p. 473):

Juiz natural é o abstratamente constituído antes da ocorrência do fato, requisito imprescindível para a independência e imparcialidade do órgão julgador. O princípio traduz uma significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas, atuando como fator limitativo dos poderes persecutórios do Estado.

Deve se ter em mente, assim, que em decorrência desse princípio, todos têm direito de ser julgados por membros do Poder Judiciário, devidamente investidos na função de acordo com os comandos constitucionais e infraconstitucionais, inclusive àqueles relacionados à fixação da competência, sendo constitucionalmente vedados o juízo ou tribunal de exceção.

3.1.6 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Também de matriz constitucional e previsto no art. 5º da Lei Maior, o princípio da segurança jurídica está relacionado, no campo processual civil, à coisa julgada, na medida em que o seu inciso XXXVI assegura que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Art. 5º, XXXVI, CF/1988). Merece ressalva, contudo, a possibilidade do ajuizamento da Ação Rescisória.

Necessário se faz registrar que a nossa Constituição Federal de 1988 não traz a definição do que seja o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A definição legal dessas garantias podemos encontrar na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais especificamente em seu art. 6º ao dispor que “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (art. 6º, § 1º, LINDB); como direitos adquiridos “[...] os direitos que o seu titular, ou alguém por

ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem” (art. 6º, § 2º LINDB) e coisa julgada “[...] a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º § 3º, LINDB).

Revela-se, assim, que este princípio traz em si o direito à certeza, à confiabilidade e à estabilidade em razão das situações jurídicas decorrentes do processo. Conclui-se, desta forma, da leitura do citado dispositivo constitucional, que ao legislador é vedado buscar qualquer meio capaz de prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e, no campo processual civil, a coisa julgada.

Não se pode deixar de mencionar que a garantia da coisa julgada não possui caráter absoluto, situação que vem sendo preconizada pela doutrina e pela jurisprudência, nos casos em que ela estiver em desacordo com outros preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, derivando na chamada *coisa julgada inconstitucional*. É o que se conhece como *relativização da coisa julgada*.

Ao tratar da relativização da coisa julgada, Marcelo Novelino, citado por Dantas (2015, p. 28), enfatiza que “se nem mesmo a inviolabilidade do direito à vida é absoluta, o que dizer da coisa julgada que, assim como as demais garantias, não é um objetivo em si mesmo, mas um meio para se proteger determinados direitos e alcançar determinados valores”.

3.1.7 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio do acesso à justiça, também denominado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, possui previsão constitucional desde a Constituição Federal de 1946, adotando a Magna Carta de 1988 a denominada *jurisdição una*, limitando ao Poder Judiciário a atividade jurisdicional, o que se constata do art. 5º, XXXV, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Destarte, em que pese a existência no Brasil de órgão administrativos com poderes para julgar (administrativamente), a exemplo dos Tribunais de Contas do país e do Conselho dos Contribuintes, suas decisões poderão ser objeto de revisão pelo Judiciário.

Através desse comando é assegurado às pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, o acesso à justiça a fim de que possa defender o direito a que entende fazer jus.

3.1.8 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da proibição de provas ilícitas ao estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI da CF/1988).

Derivado do princípio do devido processo legal, o princípio da proibição de provas ilícitas revela que se tem por prova ilícita a prova ilegal, ou seja, aquela obtida através de meios que violem o ordenamento jurídico. A sua ilicitude pode se dar tanto do ponto de vista formal como material, tratando-se, no primeiro caso, quando derivada de um ato contrário ao direito, como por exemplo, uma interceptação telefônica não autorizada, violação de sigilo epistolar e formal quando, embora seja lícita em sua origem, a forma como é produzida apresenta-se ilegítima.

Analisando o tema, diz Novelino (2015, p. 477):

Criada com a finalidade de evitar futuras violações aos direitos fundamentais, a norma impede que a prova conseguida ilicitamente seja juntada aos autos do processo, sendo irrelevante indagar se o ato ilícito do qual se originou o dado probatório questionado foi praticado por particular ou agente público. Caso a prova seja juntada, deverá ser desentranhada sob pena de nulidade da sentença que a utilizou como fundamento.

Nada obstante a disposição desse princípio, não se pode deixar de lembrar da possibilidade de mitigação aos seus preceitos, como no caso de utilizar-se em favor do réu no processo penal, diante da possibilidade de ilegítima restrição à liberdade de uma pessoa que se revele incontestavelmente inocente.

A respeito, Novelino (2015, p. 477) pondera:

A prova não pode ser considerada ilícita, quando produzida em legítima defesa, por ser esta uma causa excludente de ilicitude. Nessa hipótese, a prova obtida é considerada lícita ficando, portanto, fora do âmbito de incidência do art. 5º, inciso LVI da Constituição. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima de investida criminosa grava a conversa

sem o consentimento do outro interlocutor.

Já sob a esfera do processo civil, existe a possibilidade de utilização de provas ilícitas em casos excepcionais, uma vez que “ao negar eficácia às provas ilícitas no processo, nossa Constituição realizou inequívoca *ponderação* entre a *efetividade da proteção do direito material* e o *direito à descoberta da verdade* no processo” (Marinoni *et al*, 2012, p. 659). Nessa esfera:

No âmbito do processo civil, a ponderação realizada pela Constituição não exclui a necessidade de uma *segunda ponderação* entre o *direito afirmado em juízo* pelo autor e o *direito violado pela prova ilícita*, haja vista os diversos bens passíveis de proteção e discussão no nosso direito processual civil. Negar a necessidade dessa segunda ponderação importa em negar *a priori* tutela jurisdicional a uma das partes. Essa *ponderação* deve ser realizada em concreto pelo juiz a fim de cotejar a relevância dos valores e dos interesses em jogo (*Güter- und Interessenabwägung*) a fim de aquilatar a *proporcionalidade* do emprego da prova para a proteção do direito formado em juízo (*Verhältnismässigkeit*). (Marinoni *et al*, 2012, p. 659).

Também tem que ser anotada a chamada ilicitude da prova por derivação ou contaminação, conhecida como a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonoustree*). Decorre quando as provas derivadas, de forma direta ou não, de provas ilícitas, são maculadas por esta. Contudo, caso a prova derivada venha a ser produzida independentemente da prova ilícita, ao que a doutrina chama de *fonte autônoma de prova*, não haverá mácula a ser considerada, podendo ser utilizada no processo, conquanto oriunda daquela maculada pela ilicitude.

3.1.9 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade também guarda relação com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

De previsão constitucional no art. 5º LX que dispõe que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa

da intimidade ou o interesse social o exigirem” (CF/1988, at. 5º LX), o princípio da publicidade assegura aos litigantes o conhecimento dos atos processuais, salvo quando se tratar de questões cuja discussão assegura o segredo de justiça ou que o interesse social assim exija.

Tal princípio vem também assegurado no art. 93 inciso IX da Magna Carta ao dispor:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...], sob pena de nulidade, a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Visa o princípio da publicidade garantir a imparcialidade e a transparência dos atos jurisdicionais, na medida em que disponibiliza às partes e à sociedade como um todo, o conhecimento sobre as decisões derivadas do Poder Judiciário, inclusive, permitindo o acesso às audiências e julgamentos em geral, assegurando, assim, a publicidade dos atos processuais.

A mitigação quanto à aplicação desse princípio é considerada pela Constituição Federal quando trata da defesa do direito à intimidade, de igual forma constitucionalmente garantido, ou o interesse social o exigirem (CF/88, artigo 5º, LX). Assim, poderá haver *restrição* à publicidade dos atos processuais, não se podendo confundir com a *exclusão* da publicidade desses atos. Dessa forma, as partes e seus advogados, terão acesso aos autos. Como exemplo, temos os feitos que envolvem direito de família e os relacionados à infância e juventude, em que se exige a necessidade de tramitação em segredo de justiça.

3.1.10 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O *duplo grau de jurisdição*, previsto como princípio e garantia constitucional assegura o direito do cidadão em recorrer das decisões ou sentenças para tribunal superior.

Dantas (2015. p. 41) entende que “a Constituição Federal não explicita, em quaisquer de seus dispositivos, a exigência do duplo grau

de jurisdição”.

Não obstante o entendimento de parte da doutrina no sentido de que a Constituição Federal não prevê expressamente o princípio do duplo grau de jurisdição, tal princípio se encontra revelado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, ao assegurar a Constituição Federal de 1988, aos litigantes, a utilização de recursos necessários para a aplicação do princípio da ampla defesa, está assegurando às partes o direito de ter a decisão proferida revista por uma instância hierarquicamente superior, com a reapreciação da matéria discutida.

Quanto à não limitação em relação a dois órgãos distintos, entendo que acertadamente afirma Dantas (2015, p. 41):

[...] referido princípio não limita a atuação do Poder Judiciário a apenas dois graus de jurisdição, permitindo, na realidade, que uma determinada demanda, atendidos certos pressupostos de admissibilidade, seja examinada por uma pluralidade de instâncias.

Não se pode olvidar que este princípio não fere a independência do juiz que proferiu a decisão recorrida. O que se revela é a possibilidade de reapreciação da matéria por uma instância colegiada que poderá revelar a fragilidade no julgamento ou, simplesmente, chegar à conclusão diversa daquela interpretada na decisão combatida.

3.1.11 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da motivação em seu art. 93 inciso IX ao dispor que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

A fundamentação das decisões, pois, apresenta-se como garantia fundamental decorrente do Estado Democrático de Direito. Segundo este princípio, que constitui consectário lógico da garantia do devido processo legal, todas as decisões dos órgãos jurisdicionais devem ser motivadas.

A fundamentação das decisões, pois, se mostram como garantia para que as partes envolvidas tenham conhecimento do caminho percorrido pelo magistrado e qual o raciocínio por ele utilizado para chegar à decisão, viabilizando o controle da atividade jurisdicional não somente pelas partes, como, também, pela sociedade como um todo.

3.1.12 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da *duração razoável do processo* foi inserido no art. 5º, LXXVIII, CF/1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com o objetivo de dar maior celeridade à tramitação dos processos, o qual prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Ao dispor sobre o tema, Mendes (2015, p. 405) assevera que “A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”.

A celeridade na tramitação do processo com base nesse princípio, por certo, não se apresenta de caráter absoluto. A nossa Constituição Federal, em verdade, visa assegurar que o trâmite processual não ocorra de forma indefinida, ilimitada, eliminando, assim, o tempo patológico.

Para Marinoni e Mitidiero (Sartet *et al*, 2012, p. 678):

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere. O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre a

duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.

Busca, desta forma, o princípio da duração razoável do processo, dar maior celeridade ao andamento dos feitos, garantindo às partes a concretização dos direitos que lhe são assegurados pela Lei Maior, evitando, assim, que se protraia indefinidamente no tempo.

Não se pode perder de vista que a delonga indefinida na prestação jurisdicional leva as partes envolvidas no processo à descrença na justiça e à insegurança jurídica em relação à solução do conflito.

4 AS NORMAS FUNDAMENTAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nada obstante o fato de o Código de Processo Civil (1973) trazer como parâmetro os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, uma das grandes inovações no Novo Código de Processo Civil (NCPC) é a constitucionalização do Direito Processual.

Dividido em seis livros em sua parte geral, o Novo Código trata no Livro I *Das Normas Processuais Civis*, apresentando como título único *Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais*.

Cria, assim, o Novo Código de Processo Civil, uma nova categoria de normas fundamentais no processo civil, registradas no Capítulo I do Título Único do seu Livro I.

Nada obstante os artigos que compõem o Capítulo I do novo Código, as normas ali inseridas não se apresentam de forma exauriente, já que outras normas de direitos fundamentais se encontram nele espalhadas.

Digno de nota é também a existência de normas fundamentais presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, mas que não integram o referido Capítulo. Exemplo disso é a ausência de previsão expressa do princípio do devido processo legal, que, em verdade, trata-se de uma norma fundamental do processo civil prevista na Constituição Federal. Outro exemplo é o princípio da proibição da prova ilícita, também de matriz constitucional, mas que não está previsto expressamente no supracitado capítulo.

Destarte, ao proceder a leitura inicial do novo Código percebemos que o Título Único e o Capítulo I falam de “normas fundamentais”, o que

se justifica, na medida em que, consagra, na verdade, princípios e regras, espécies do gênero norma.

Em destaque é o que se vê da leitura do artigo 1º do Código de Processo de 2015 ao dispor que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Traz, assim, o dispositivo, a assertiva de que o processo civil somente pode ser compreendido e interpretado com base na Constituição Federal, devendo todas as normas processuais ser aplicadas de acordo com o que determina a Lei Maior, não podendo dela se desvencilhar.

Para Didier Junior (2015, p. 47):

Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional. Ele é claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força normativa da Constituição. E isso não é pouca coisa.

Um ponto relevante que deve ser registrado é o de que existindo ofensa ao art. 1º do Novo Código, a norma nele inserida por ser repetição de norma constitucional, não lhe retira a característica, dando ensejo à interposição de recurso extraordinário e não especial, haja vista que repete norma constitucional. Portanto, a sua violação caracteriza ofensa direta à Lei Maior.

Digno de nota é o fato de que, da leitura do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015 percebemos, de logo, a ausência do mais importante princípio constitucional processual, o princípio do devido processo legal. Nada obstante a ausência de previsão explícita, não se pode perder de vista que esse princípio se insere entre as normas fundamentais ali traçadas.

Nessa esfera, diz Marinoni (Marinoni *et al*, 2015, p. 493):

[...] embora o novo Código de Processo Civil não tenha *textualmente* previsto o direito ao processo justo dentre as suas normas fundamentais, é claro que o que está por detrás da previsão de direito à tutela adequada e efetiva (art. 3º) de direito à colaboração (art. 6º), de direito à igualdade, ao contraditório, à motivação e à publicidade (arts. 7º, 9º, 10 e 11) e direito à tutela tempestiva (art. 4º) é a necessidade de se outorgar ao processo civil nele densificado uma *justa estruturação*. As normas fundamentais do novo Código, nessa linha, apenas realçam direitos fundamentais processuais que decorrem da cláusula do direito ao processo justo e que encontram expresso abrigo sob a sua normatividade.

Não há dúvidas, pois, que, não obstante a ausência de previsão textual do princípio do devido processo legal no Novo Código de Processo Civil, uma vez tendo essa nova legislação garantido os demais princípios elencados na Constituição Federal e a ele umbilicalmente ligados, por certo, o devido processo legal estará presente no contexto.

Previsão expressa se verifica, contudo, em razão dos Princípios da Inércia da Jurisdição e do Impulso Oficial (Art. 2º, NCPC); A Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (Art. 3º, NCPC); As Normas Fundamentais da Duração Razoável do Processo, da Decisão de Mérito e da Efetividade (Art. 4º NCPC); Princípio da Boa-Fé (Art. 5º NCPC); Princípio da Cooperação (Art. 6º, NCPC); Princípio da Igualdade Processual (Art. 7º, NCPC); Os Fins Sociais e o Bem Comum, e os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Proporcionalidade, da Razoabilidade, da Legalidade, da Publicidade e da Eficiência (Art. 8º, NCPC); Princípio do Contraditório (Arts. 7º, 9º e 10º, NCPC); Princípios da Publicidade e da Motivação (Art. 11, NCPC) e o Princípio da Transparência (Art. 12, NCPC).

5 CONCLUSÃO

Por intermédio do presente estudo se observa que os princípios evoluíram no decorrer dos tempos. Uma grande mudança de paradigma se revelou no transcorrer do século XX, quando a norma constitucional

passou a assumir a função de norma jurídica, superando o modelo acolhido na Europa, onde a Constituição era vista com caráter eminentemente político, passando a se revelar como um conjunto de normas jurídicas, consolidado em regras e princípios, capaz de regular os fenômenos da vida social e política.

A força normativa dos princípios ganha, assim, relevância, sendo abraçada pelo Direito Processual Constitucional, seguindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a tendência das Constituições modernas, ao prever normas, assim consideradas princípios e regras, de conteúdo processual.

Nada obstante o Código de Processo Civil de 1973 ter como parâmetro os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, é com o Código de Processo Civil de 2015 que ocorre a constitucionalização do Direito Processual. O Novo Código, no Livro I, Das Normas Processuais Cíveis, apresenta como Título Único, Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais, e em seu primeiro capítulo traz doze artigos que dispõem sobre essas normas, além daquelas inseridas ao longo do Código.

Constata-se, assim, a importância da aplicação desses princípios no direito processual civil, e a nova visão a ser considerada com a entrada em vigor do Novo Código, que destaca a obediência marcante ao princípio do contraditório, a cooperação entre os envolvidos no processo, a boa-fé processual, a mediação e a conciliação, bem como a teoria dos precedentes, além do negócio processual, e tantos pontos a ser considerados, na busca de uma justiça não somente célere, como também, efetiva e justa.

THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES PROCEDURE AND FUNDAMENTAL RULES IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

ABSTRACT: This paper presents a study on the principles and its evolution through the ages to achieve their status as legal norm, going along with the rules, to be kind of that genre. Presents considerations as to how the principles are presented separately in the Brazilian legal system, unlike what occurred in the past when played only a subsidiary role and assist in law enforcement. It discusses the principles and rules in the view of Dworkin and Alexy and the resolution of conflicts between them. Analyzes the principled view of the Constitutional Procedural Law and identifies the procedural constitutional principles embodied in

the Constitution of the Republic of 1988. At the end of Brazil, stresses and comments on the importance of the principles in the procedural framework, especially in relation to new Civil Procedure Code, which brings in its first chapter the fundamental rules of civil procedure, establishing in its Article 1 that it will be orderly, disciplined and construed in accordance with the values and the fundamental norms laid down in the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: Principles. Constitution. Process.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Direito Processual Constitucional*. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *Novo Curso de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. com. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NOVELINO, Marcelino. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.