

Renata Cortez Vieira Peixoto  
Rosalina Freitas Martins de Sousa  
Sabrina Dourado França Andrade

[Coordenação]

# TEMAS RELEVANTES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL: *Elas escrevem*

## Colaboradoras

Adalberto Fulco  
Bruna Silveira  
Emília Queiroz  
Gabriela Expósito  
Ilza Moraes  
Isabela Lessa  
Isabelle Figueiredo  
Lorena Guedes  
Lúcia Mugayar  
Luciana Dubeux  
Maíra Galindo  
Márcia Costa

Mariana Dionísio  
Mariana Rodrigues  
Monica Cecilio  
Patrícia Freire  
Patrícia Montalvão  
Paula Saleh  
Paulynne Figueiredo  
Renata Cortez  
Rita Vasconcelos  
Rosalina Freitas  
Sabrina Dourado  
Soraya Nunes

Recife – PE



2016

---

## O Princípio da Inafastabilidade e sua resignificação enquanto norma fundamental processual na Lei nº 13.105/15

**Isabela Lessa de Azevedo Pinto Ribeiro**

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogada. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Nova Roma. Professora de Direito Processual Civil, em cursos de graduação e pós graduação.

### 1. Introdução

O estudo dos princípios goza, hodiernamente, de grande prestígio haja vista a sedimentação de sua normatividade e a sua constitucionalização. Dentro desta perspectiva, no direito processual, percebe-se que diversos de seus institutos estão salvaguardados no bojo da carta magna, alguns compondo, inclusive o cerne imutável da constituição, as cláusulas pétreas.

O constituinte de 1988 houve por bem constitucionalizar diversos direitos e garantias, criando uma moldura complexa de como se pretendia a nova sociedade, um programa político a ser realizado *ad futurum*. Este programa é delineado frequentemente com supedâneo nos princípios. A construção de Estado Democrático de Direito. Dentre os pontos estabelecidos especificou o arcabouço do modelo processual almejado, calcando-o no princípio do devido processo legal.

A valência normativa dos princípios é ratificada no pós-positivismo pela sua positivação nos textos constitucionais. E foi a CF de 1988 prodiga sendo altamente principiológica e analítica, dispondo sobre matérias cuja essência não é eminentemente constitucional, assim não há como falarmos de processo sem que busquemos os seus fundamentos constitucionais.

As relações entre processo e constituição, como preleciona Cândido Rangel Dinamarco, hão de ser observadas em dois sentidos vetoriais: 1) constituição – processo: neste se delinea a tutela constitucional dos princípios processuais; 2) processo – constituição: no qual se situa a jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade e preservação das garantias oferecidas pela CF)<sup>1</sup>. Interessa-nos aquela interação que transparece no sentido do primeiro vetor. Ou seja, a CF como fonte de direito processual.

O Código de Processo Civil de 2015 ratifica, em seu artigo primeiro, esse caráter de fonte do Direito Processual que a Constituição detém, ao prever que “o pro-

---

<sup>1</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 25.

cesso 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.”

Na verdade, já não havia como rechaçar a importância de estudar o processo com os óculos dos valores consagrados no texto da Carta Maior. Mas, como muitos destes valores foram replicados pela 13.105/2015 como normas fundamentais processuais se torna imperioso perquirir se foram mantidos mesmo contorno e significação constitucional, ou se houve uma ressignificação. Alguns dispositivos buscam claramente “densificar os direitos fundamentais que integram o direito ao processo justo, com acréscimo de texto e de sentido”<sup>2</sup>.

De fato, resta inequívoca a valência normativa dos princípios e a condição central da Constituição, assim é importante revisitar o princípio da inafastabilidade, haja vista que: 1) “não se faz ciência sem princípios”<sup>3</sup>; 2) a importância dos princípios tem sido, paulatinamente, reconhecida pelo ordenamento jurídico não apenas como mero vetores interpretativos mas, assim como as regras, como espécie do gênero norma; 3) Qual a interpretação mais adequada do referido princípio com os novos contornos positivados no Código de Processo Civil de 2015?

## 2. Princípios

O termo é amplamente utilizado por diversos ramos do saber, aliás há quem defenda que “não se faz ciência sem princípios”<sup>4</sup>. a distinção entre norma e princípio, na realidade, não subsiste na atualidade, pois é assente na doutrina que os princípios e as regras são espécies, cada qual, com suas peculiaridades, do gênero norma.<sup>5</sup>, ou seja, “*norma jurídica* é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios.”<sup>6</sup>

Humberto Ávila distingue princípios e regras tomando por base a dimensão de cada um deles, para o autor as regras teriam uma dimensão comportamental, enquanto os princípios seriam marcados por uma dimensão finalística, além de designarem diretrizes valorativas a serem alcançadas, sem traçar, previamente, o comportamento que ensejaria essa realização, são, pois, normas que complementam o ordenamento, tendo por atributo, justamente, a demarcação de um fim com inequívoca relevância

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.91.

3 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 13.

4 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 13.

5 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

6 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Eros Roberto Grau, 2006, p. 49.

---

jurídica<sup>7</sup>, ao conceituar os princípios diz que:

“são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>8</sup>”.

A CF de 1988 é essencialmente principiológica, assim, as relações, entre a constituição e os princípios nela positivados<sup>9</sup>, cingem-se de notória importância. E merece lembrança o destaque de Ruy Samuel Espíndola de que os princípios constitucionais são normas que compõe o corpo da CF, com a mesma relevância que qualquer outra regra e gozando da mesma normatividade, sejam eles implícitos ou explícitos.<sup>10</sup>

Dentre os princípios e garantias processuais explicitados pelo constituinte, grande destaque merece o devido processo legal, que é garantia do contraditório do procedimento, além de sustentáculo de todos os outros princípios processuais, é o gênero do qual decorrem todas as demais espécies principiológicas de direito processual, é postulado fundamental do direito processual constitucional. É considerado pelos doutrinadores como um “super princípio”, um princípio garantíscico-mor, que salvaguarda toda a estrutura democrática e garante a ordem constitucional, na qual é também garantida<sup>11</sup>

O direito se pretende *para*, mas para sua plena eficácia ele depende de condições que transcendem o jurídico, sejam elas de ordem natural, técnica, econômica ou social. Logo, “a pretensão de eficácia das normas jurídicas somente será realizada se levar em conta essas condições.”

Mister se faz destacar que a distinção entre norma e princípio, na realidade, não subsiste na atualidade, pois é assente na doutrina que os princípios e as regras são espécies, cada qual, com suas peculiaridades, do gênero norma.<sup>12</sup>

---

7 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60 - 69

8 ÁVILA, 2004, p. 70.

9 ÁVILA, 2004, p. 71: “a posituação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização.”

10 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

11 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2004, p. 60-62.

12 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

Trazemos, a colação, também, o ensinamento de Luís Roberto Barroso sobre a perspectiva pós-positivista hoje vigente, na qual são idéias centrais a “normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação, torna-se relevante a “distinção entre regras e princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do ‘Direito com a Ética’”<sup>13</sup>

A diferenciação entre princípios e regras, segundo Canotilho, constitui um encargo complexo, mas realizável mediante alguns critérios: 1) grau de abstração: nos princípios este grau seria elevado, enquanto nas regras, ele seria reduzido; 2) grau de determinabilidade na aplicação no caso concreto: as regras por serem menos abstratas seriam aplicadas diretamente, já os princípios podem carecer de mediações para serem concretizados; 3) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios constituem uma pedra de toque dentro do sistema, seja por serem hierarquicamente superiores (ex: princípios constitucionais), seja por sua importância estruturante (ex: princípio do estado democrático de direito); 4) proximidade da idéia de direito: as regras teriam um conteúdo mais funcional, e os princípios seriam *standards*; 5) natureza normogénica: os princípios servem de fundamento para as regras.<sup>14</sup>

Já Humberto Ávila distingue princípios e regras tomando por base a dimensão de cada um deles, para o autor as regras teriam uma dimensão comportamental, enquanto os princípios seriam marcados por uma dimensão finalística.<sup>15</sup>

Vislumbramos, também, possível diferenciar as normas-regra das normas-princípio pela consequência produzida pelo choque de regras ou colisão de princípios. No caso das antinomias próprias (choque entre normas-regra), aplicar-se-á uma das vias fundamentais de solubilidade: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade, e uma delas será expurgada do ordenamento ou ambas. Ao passo que se há antinomia imprópria (colisão entre normas-princípio) a aplicação de um princípio em detrimento de outro não implicará a exclusão ou diminuição de importância de nenhum deles, mas a mera preponderância de um sobre o outro para solubilizar o caso concreto<sup>16</sup>. Neste caso urge um juízo de ponderação.

As regras trazem em si as suas hipóteses de incidência, são preceitos a serem seguidos, uma conduta a ser observada, daí se caracterizarem por maior especificidade e aplicabilidade clara e inequívoca. Já princípio traduz um “sentido do direito [...], mas, que pode, em determinadas condições, ser directamente aplicado”<sup>17</sup>.

**13** BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327-329.

**14** CANOTILHO, 2003, p. 1159-1162.

**15** ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.

**16** BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 71-91.

**17** FRANCO, João Melo; MARTINS, Antonio Herlander Antunes. *Dicionário de conceitos e*

---

A doutrina discute se seria mais grave ferir uma regra ou um princípio. Esse trabalho se abstém de se imiscuir nessa discussão, posto que para o desenvolvimento do mesmo se revela tal divergência de somenos relevância. O que não pode ser olvidada é a incontestada normatividade principiológica<sup>18</sup>.

Observamos que assim como as espécies normativas não se confundem, também há distinções relevantes entre norma e texto. Texto é a letra da lei, norma é a interpretação do texto<sup>19</sup>. Esta é inelutavelmente afetada pelas condições sociais e culturais de um grupo em um dado momento, a compreensão do texto revela o que é importante naquela sociedade que o produziu, traduz os valores segundo os quais há de ser a previsão normativa aplicada. A hermenêutica filosófica reconhece a historicidade dos conceitos e destaca que a compreensão acerca dos mesmos está inelutavelmente marcada pelo pré-compreensão vigente naquela comunidade, naquele momento.

Deve haver, sim, uma preocupação crescente com a atividade interpretativa que dota o texto de aplicabilidade, tanto que a ciência da compreensão moderna se preocupa com a maturação dos cânones hermenêuticos que devem reger a ação do intérprete. Mas, essa há de se desenvolver dentro de uma perspectiva zetética<sup>20</sup>, que se preocupa com o direito como instrumento de regulação social a serviço do homem.

Essa ratificação de quem é o criador – homem –, quem é a criatura – o direito – é de uma importância inimaginável, pois possibilita salvaguardar o papel do direito

---

*princípios jurídicos*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 689.

**18** O posicionamento tradicional é explicitado na visão de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.748, ao afirmar que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos.”; entretanto, há quem defenda que, ÁVILA, 2003. p.83-84: “convém registrar a importância de rever a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista no sentido de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra, pois implicaria violar vários comandos e subverter valores fundamentais do sistema jurídico.” E fundamenta seu entendimento afirmando que “quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão [...] ou dito diretamente: descumprir uma regra é mais grave do que descumprir um princípio.”

**19** A distinção entre norma e texto é trabalhada por Muller, que defende que o resultado da interpretação de uma norma, passa a ser seu conteúdo. Cf.: ADEODATO, João Mauricio Leitão. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 236-259.

**20** Termo cunhado por Tércio Sampaio que o traduz como uma hermenêutica mais humanizante. A sedimentação de que o direito é um meio de pacificação social, está a serviço do homem e não o homem a serviço deste. Ressalve-se que a filosofia do direito vive uma reciclagem com o resgate da fronesis, da argumentação, um renascimento da retórica. São novas idéias que têm como escopo abandonar o débil normativismo legalista em prol de um direito crítico, que permite questionamentos a sua própria essência. Cf.: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39-47.

a serviço da humanidade e não o homem como um servo do direito.

É na interação CF e processo que reside a garantia do próprio ordenamento jurídico. Os institutos processuais não de ser apreendidos em observância aos ditames constitucionais, para que seu manejo possa ser potencializado pelos mecanismos e instrumentos jurídico-constitucionais.

Assim não é uma faculdade o Estado prestar a contento sua função jurisdicional, mas um dever, uma obrigação que ele assumiu como uma de suas funções primordiais e deve fazê-lo a contento, pois é dever correlato com um direito subjetivo essencial de provocar sua atuação – via direito de ação.

Ronaldo Dias, em obra cujo objeto é a atividade jurisdicional, ressalta que a jurisdição é atividade-dever do Estado, que apenas se efetiva subsumida na hodierna e inafastável constitucionalização do processo e na observância do estado ao seu poder de cumprir o dever de prestá-la.

Afirma, ainda, que a função jurisdicional é serviço público cuja atuação depende da manifestação dos interessados, para que o se possa cumprir e fazer cumprir as normas positivadas, concretizando o ordenamento jurídico, mediante um procedimento estruturado na lei e permeado pelo devido processo legal, salvaguardado pela garantia do processo constitucionalizado.

A função jurisdicional, num paradigma democrático de Estado, não é atividade beneficente ou obsequiosa, mas poder-dever do estado, contraposto ao direito fundamental de qualquer pessoa ou instituição obtê-la, de maneira adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.

É impossível se pensar na moderna concepção de constituição sem o direito de uma prestação jurisdicional sem óbices, ou seja, sem a garantia da jurisdição. Trata-se de um direito público subjetivo abstrato<sup>21</sup>, que assegura ao cidadão a possibilidade de exigir do estado o cumprimento do seu dever de pacificar com justiça.

Os direitos fundamentais são direitos a serem assegurados a qualquer homem, em três perspectivas: “a política (de participação) a civil (autonomia privada) e a social (satisfação de necessidades básicas)”<sup>22</sup>.

Não há quem discuta a relevância de justificarmos a fundamentalidade dos direitos do homem através de argumentos convincentes, pois assim evitamos que os mesmos possam ser irrefletidamente descartados (ou tentamos evitar que isto ocorra), mas complicado é discutir a sua plena efetivação, especialmente em um país periférico dotado de tantas idiosincrasias e paradoxos internos, uma massa tão diversificada de carências sociais e uma escassez de recursos difícil de driblar. Mas, as dificuldades não nos podem deixar esmorecer e devemos pugnar pela concretização de instrumentos

<sup>21</sup> NERY JUNIOR, 2002, p. 103: “O direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional [...] é um *direito subjetivo à sentença tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão.”

<sup>22</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2007.