

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**

HUGO DE BARROS CHIANCA

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: o acesso à justiça como direito fundamental e a admissibilidade da testemunha técnica no âmbito dos juizados especiais cíveis da Lei 9.099, de 1995.

RECIFE

2013

HUGO DE BARROS CHIANCA

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: o acesso à justiça como direito fundamental e a admissibilidade da testemunha técnica no âmbito dos juizados especiais cíveis da Lei 9.099, de 1995.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Linha de pesquisa: Processo e dogmática

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres
Teixeira

RECIFE
2013

CHIANCA, Hugo de Barros.

Dignidade da Pessoa Humana: o acesso à justiça como direito fundamental e a admissibilidade da testemunha técnica no âmbito dos juizados especiais cíveis da Lei 9.099 de 1995. 107f.

Dissertação (Pós-Graduação em Direito) Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), 2013.

Bibliografia: f. 104 - 107

Palavras-chave: Dignidade humana. Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis. Testemunha técnica.

HUGO DE BARROS CHIANCA

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: o acesso à justiça como direito fundamental e a admissibilidade da testemunha técnica no âmbito dos juizados especiais cíveis da Lei 9.099, de 1995.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Linha de pesquisa: Processo e dogmática
Orientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Recife, 25 de setembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (orientador)

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia (examinador interno)

Prof. Dr. José Soares Filho (examinador interno)

Prof. Dr. Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior (examinador externo)

Dedico esta dissertação aos meus pais Valfredo Chianca Filho e Maria José de Barros Chianca; à minha esposa Patrícia Lins Chianca; aos meus filhos Renata Lins Chianca, Bruna Lins Chianca e Hugo Lins Chianca; e ao meu irmão Hênio de Barros Chianca, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao bom e glorioso Deus, por me dar forças para superar todas as dificuldades e ter me conferido a oportunidade de desfrutar de um momento singular, extremamente gratificante;

Aos meus pais, Valfredo Chianca Filho e Maria José de Barros Chianca, pelo amor e pelos ensinamentos essenciais, sem os quais não seria possível a concretização desse sonho;

À minha esposa, Patrícia Lins Chianca, e aos meus filhos, Renata Lins Chianca, Bruna Lins Chianca e Hugo Lins Chianca, pelo amor e cumplicidade;

Ao meu irmão, Henio de Barros Chianca, *in memoriam*, pessoa extraordinária, de coração imensamente generoso, amigo fiel que sempre esteve presente em todas as minhas conquistas, por meio de seu apoio incondicional;

Aos meus avós maternos, José Henrique de Barros e Silva Filho e Alice Marques de Barros e Silva, *in memoriam*, pelas lições de vida que, com extrema simplicidade e humildade, contribuíram para minha formação;

Aos meus avós paternos, Valfredo Chianca e Maria Tenório Chianca, por ter me proporcionado, indiretamente, a prerrogativa de existir enquanto ser humano;

Ao meu orientador, Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira, que, desde a especialização, acreditou em meu potencial acadêmico, enriquecendo meu saber com seus valiosos ensinamentos;

Aos demais familiares e amigos, por todo o apoio necessário e indispensável à consecução do presente objetivo;

Aos amigos e funcionários da Faculdade de Direito de Garanhuns, pela atenção concedida;

Aos professores da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Garanhuns, onde obtive o suporte essencial para iniciar esta jornada;

Por fim, aos demais professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação da Universidade Católica de Pernambuco, por terem contribuído, diretamente, para a realização desse fim.

“Se os fracos não têm a força das armas, que se armem, com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhes desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional.”

(Rui Barbosa).

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a admissibilidade do instituto da testemunha técnica, comumente utilizado no direito norte-americano, no procedimento especializado insculpido pela Lei 9.099, de 1995, como forma imediata de efetivação do direito fundamental do acesso à justiça, e, de maneira mediata, como concretização do princípio da proteção à dignidade humana. A Constituição Federal, de 1988, impõe a necessária observância ao princípio fundamental em comento, impondo um rol de direitos fundamentais que, em sua essência, visam assegurar a efetivação daquele mandamento. Dentre os mencionados direitos fundamentais, alguns se aplicam de forma direta às relações processuais. Surge, nesse sentido, o direito fundamental do acesso à justiça com o escopo de prover subsídios necessários à consecução de uma tutela jurisdicional adequada, útil e justa, por meio de um processo que, a partir de sua natureza instrumental, promova a realização de tal finalidade. A criação de procedimentos especializados verifica-se como manifestação do direito fundamental mencionado, e, sendo assim, a lei dos juizados especiais vem fortalecer o referido mandamento. Entretanto, em virtude do princípio da oralidade, a produção probatória nesse procedimento sofre determinadas restrições, o que torna impossível a realização de meios probatórios que comprometam a razoável duração do procedimento estabelecida nos moldes da máxima da oralidade. Assim sendo, este trabalho tem por objeto demonstrar a admissibilidade do instituto da testemunha técnica no procedimento especializado da Lei 9.099, de 1995, em face da necessidade de efetivação do direito fundamental do acesso à justiça. Para a confecção dessa dissertação utilizou-se de pesquisa bibliográfica, abrangendo doutrina pátria e estrangeira, bem como a jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Dignidade humana. Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis. Testemunha técnica.

ABSTRACT

The present work has the objective of demonstrating the admissibility of the institution of the technical witness, widely used by North American law, in the specialized procedure inscribed by Law 9.009, of 1995, as an immediate way of accomplishing the fundamental right of access to justice, and, in a mediate way, as the materialization of the principle of human dignity protection. The Federal Constitution, of 1988, imposes the necessary observance of the fundamental principle in comment, imposing a roll of fundamental rights which, in their essence, aim to assure the enforcement of that commandment. Among the fundamental rights we mentioned, some of them apply in a direct way to processual relations. In this sense, the fundamental right of access to justice emerges with the scope of providing the necessary resources to the attainment of an adequate jurisdictional guardianship, useful and just, by means of a process which, from its instrumental nature, promotes the accomplishment of that purpose. The creation of specialized procedures turns out as the manifestation of the mentioned fundamental right, and, thus, the law of special courts strengthens that commandment. However, in virtue of the orality principle, the evidential production in this procedure suffers certain restrictions, which make it impossible the accomplishment of proof that compromise the reasonable duration of the procedure, established within the framework of the maxim of orality. Therefore, this work has as object the demonstration of the admissibility of the institution of the technical witness in the specialized procedure of Law 9.009, of 1995, in view of the need of accomplishing the fundamental right of access to justice. For the making of this dissertation we used bibliographical research, including national and foreign doctrines, as well as national jurisprudence.

Keywords: Human dignity. Access to justice. Special civil courts. Technical witness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	POLÍTICA CONSTITUCIONAL	13
2.1	Perfil da Carta Magna de 1988	13
2.2	Dignidade da pessoa humana	13
2.2.1	Evolução histórica e conceituação	14
2.2.2	A proteção à dignidade humana como princípio	18
2.2.2.1	Princípios como espécie de norma jurídica	20
2.2.2.2	Neoconstitucionalismo e a força normativa dos princípios	24
2.2.2.3	O caráter normativo da proteção à dignidade humana	27
2.2.3	Direitos fundamentais como instrumentos de concretização da dignidade humana	31
2.2.3.1	O acesso à justiça como direito fundamental	39
3	PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS	44
3.1	O surgimento dos procedimentos especializados	44
3.2	Princípios norteadores dos juizados especiais cíveis	47
3.2.1	Princípio da oralidade	48
3.2.2	Princípio da ampla defesa	51
3.2.3	Antinomia envolvendo os princípios da oralidade e da ampla defesa	52
4	TESTEMUNHA TÉCNICA	58
4.1	Teoria do fato jurídico	58
4.1.1	O fenômeno da juridificação	58
4.2	Questões de fato e questões de direito	62
4.3	Da prova do fato jurídico	63
4.3.1	Da prova testemunhal	67
4.3.2	Da testemunha técnica	71
4.3.2.1	Considerações introdutórias	71
4.3.2.2	Disciplina normativa	72
4.3.2.3	Conceituação	74
4.3.2.4	Características da testemunha técnica	74

4.3.2.5	Distinções em face de institutos análogos	76
4.3.2.5.1	Testemunha comum	76
4.3.2.5.2	Prova pericial	78
4.3.2.5.3	Assistente técnico	80
4.3.2.5.4	Perícia informal	81
4.3.2.5.5	<i>Amicus curiae</i>	81
5	ADMISSIBILIDADE DA TESTEMUNHA TÉCNICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA LEI 9.099 DE 1995	84
5.1	Análise principiológica	84
5.1.1	Princípio do acesso à justiça	84
5.1.2	Princípio da oralidade	85
5.1.3	Princípio da ampla defesa	87
5.1.4	Princípio do Estado democrático de direito	87
5.1.4.1	Princípio da segurança jurídica	89
5.1.4.2	Princípio do devido processo legal	89
5.1.4.3	Princípio da razoável duração do processo	91
5.2	A instrumentalidade do processo	93
5.3	Da remuneração da testemunha técnica	96
6	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS	104

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo precípua demonstrar a admissibilidade do instituto da testemunha técnica, largamente utilizado no ordenamento jurídico norte-americano, no âmbito do procedimento especializado posto pela Lei 9.099 de 1995, lei dos juizados especiais, especificamente no tocante à matéria cível, admissibilidade esta que se consubstanciaria em concretização do direito fundamental ao acesso à justiça, o que, por consequência, importaria na efetivação da proteção à dignidade humana, princípio fundamental insculpido na Constituição Federal de 1988.

A partir do advento do Estado Social, um novo horizonte de direitos subjetivos vem proporcionar, ao ser humano, uma nova forma de atuação do ente estatal com vistas à promoção dos valores erguidos por estas prerrogativas.

Com o neoconstitucionalismo, nasce uma nova teoria dos direitos fundamentais, calcada na proteção à dignidade da pessoa humana, que se consubstancia em uma qualidade imanente a todo ser humano, traduzindo-se em um complexo de direitos e deveres fundamentais, além de estabelecer uma condição de respeitabilidade e consideração, do Estado e da sociedade, em face de todo indivíduo, submetendo-o a uma proteção contra qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante.

A dignidade da pessoa humana também vem regulamentar as relações do homem para com seus semelhantes, impondo uma condição de respeitabilidade recíproca, tornando-se verdadeiro limite à autonomia da vontade. Este é o aspecto intersubjetivo, que vem conferir ao ser humano o direito de ser respeitado e o dever de respeitar os seus iguais, promovendo tal dignidade no seio das relações sociais.

É nesse contexto que se evidencia a necessidade de promover a proteção da dignidade da pessoa humana, através da concretização dos direitos fundamentais, e o Poder Judiciário desponta como instrumento estatal hábil à realização desta tarefa.

O referido rol de direitos e garantias fundamentais traz, em seu inciso LXXVIII, a garantia aos princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A necessária observância a estes princípios, que diretamente se correlacionam com o tempo despendido para a efetivação do provimento jurisdicional, importa na realização do fim maior estabelecido pelo princípio da dignidade humana.

A inobservância aos mandamentos insculpidos na forma de princípios importaria, diretamente, na ocorrência do fenômeno denominado de morosidade processual, caracterizando-se pela manutenção de lapso temporal desnecessário para a prática de atos processuais determinados pelo princípio do devido processo legal e seus corolários, o que, por si, representaria obstáculo na efetivação do direito fundamental do acesso à justiça.

Cumprido ressaltar que, além da proteção constitucional aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, PLS 166/2010, em seu artigo 6º, impõe a necessária observância ao princípio da dignidade humana¹, representando manifestação maior do fenômeno da expansão da jurisdição constitucional, ou constitucionalização do direito, acima mencionado.

Assim, o legislador infraconstitucional deverá observar, quando da elaboração das leis, os preceitos e valores insculpidos na Constituição Federal, em especial a proteção à dignidade humana e a necessária observância aos direitos fundamentais insculpidos naquele diploma.

Nessa seara, surge a Lei 9.099 de 1995, que institui os juizados especiais cíveis e criminais, com a esperança de se proporcionar aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional eficiente em um lapso temporal reduzido, por meio de um procedimento especializado calcado nos princípios da oralidade, celeridade e economia processual, dentre outros.

Por sua vez, o instituto da testemunha técnica, previsto no ordenamento jurídico norte-americano, proporciona às partes a possibilidade de arrolar testemunhas que contribuiriam com suas aptidões técnico-científicas, tendo em vista a necessidade de se elucidar questões aduzidas em juízo.

Este trabalho, destarte, visa apresentar a viabilidade de se aperfeiçoar a produção probatória no âmbito dos juizados especiais cíveis estaduais, instituídos pela Lei 9.099 de 1995, ao incluir, como meio de prova atípico, o instituto da testemunha técnica, através de análise essencialmente principiológica, o que representaria a efetivação do princípio do acesso à justiça, promotor do fim maior, a proteção à dignidade humana.

Para tanto, inicialmente, será realizada breve abordagem histórica e

¹ BRASIL. Projeto do Novo Código de Processo Civil. 2010, p. 50.

conceitual acerca da proteção à dignidade humana, sua concretização por meio do exercício dos direitos fundamentais, especificamente aqueles inerentes ao processo, para, em seguida, apresentar a possibilidade de admitir-se o referido instituto como meio de prova apto a figurar no bojo do procedimento especializado insculpido na Lei 9.099 de 1995.

Sendo assim, o trabalho em epígrafe reúne quatro capítulos, seguindo a presente sistemática: o primeiro capítulo conterà breve abordagem acerca da proteção à dignidade humana, seus aspectos históricos, conceito, natureza jurídica e características, além de incluir sucinta análise acerca da teoria dos direitos fundamentais, tratando, especificamente, do direito fundamental do acesso à justiça; o segundo capítulo apresentará análise que abrange aspectos relacionados à produção probatória no âmbito dos juizados especiais cíveis estaduais, através de abordagem envolvendo os princípios da ampla defesa e da oralidade; no terceiro capítulo será observada a necessidade de demonstração da existência de fatos jurídicos, em juízo, através dos meios de prova, analisando, especificamente, o instituto da testemunha técnica, seu conceito, natureza jurídica e distinções em relação a institutos análogos; por fim, o quarto e último capítulo apresentará, por meio de análise principiológica, a admissibilidade do instituto da testemunha técnica no bojo do procedimento especializado mencionado supra.

Para tanto, a metodologia aplicada na confecção do presente trabalho envolve pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina pátria e estrangeira, bem como da jurisprudência nacional, relativas à matéria em abordagem, além da consulta a diplomas normativos nacionais e estrangeiros.

2 POLÍTICA CONSTITUCIONAL

2.1 Perfil da Carta Magna de 1988

Nasce com o ser humano a necessidade de um convívio com seus demais semelhantes. O homem transcende um inicial estado de natureza, *status naturalis*, precário, onde sua liberdade aparecia de forma ilimitada, porém de maneira provisória e incerta, de insegurança absoluta, e vem a alcançar um estado social, *status civilis*, onde o mesmo abdica uma parcela de sua liberdade em prol de uma ordem social que venha assegurar as liberdades humanas coletivas, tendo em seu fim, a preservação de sua espécie².

A partir desta ordem social, origina-se uma ordem estatal, resultando na criação do Estado, como meio para satisfação de todos os fins sociais possíveis, tido por Platão como uma ampliação do próprio homem³. Esta mesma ordem social coloca o ser humano frente a um imenso conjunto de normas, de forma que este possa, harmonicamente, efetivar as relações com os demais integrantes de seu grupo social.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, acolhe, em seu corpo, determinados valores essenciais à promoção do ser humano por meio da atuação estatal. Respectiva proteção surge de um contexto histórico, no qual a humanidade agrega determinadas conquistas, em sede de direitos, aos ordenamentos jurídicos estatais.

Nesse compasso, a Carta Magna pátria, em seu artigo 1º, explicita a necessária observância a esses valores, trazendo, dentre outros, e para fins desta análise, a proteção à dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito, abordados neste trabalho científico em momentos oportunos, a seguir.

2.2 Dignidade da pessoa humana

O Direito é cada vez mais um espaço de lutas avançadas, progressistas, contemporâneas. Outrora, já fora visto como instrumento de dominação de uma classe por outra, esta última retrógrada, opressora, discriminatória, tudo em prol de

² BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 1980, p. 39.

³ *Ibid.*, p. 4.

uma preservação de certos privilégios. As modernas Constituições, calcadas na Declaração Universal dos Direitos do Homem trouxeram uma dimensão social ao Direito. Neste contexto, o Direito tomou uma dimensão de luta ao promover uma afirmação de segmentos historicamente perseguidos. Tal fenômeno tem a Dignidade da Pessoa Humana como cerne, essência de toda essa mutação. Assim, sequencialmente, serão abordados os aspectos históricos, a conceituação e a manifestação da Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental no ordenamento jurídico pátrio.

2.2.1 Evolução histórica e conceituação

Na antiguidade, o conceito de pessoa em muito se diferenciava do que hoje se entende como tal. Para a filosofia grega, o ser humano era, na concepção aristotélica, um animal político e social pertencente ao Estado. Resquícios que evidenciam a Dignidade da pessoa humana são encontrados na Grécia antiga. Tal instituto é invocado na obra *Antígona*, do dramaturgo Sófocles, onde a protagonista Antígona ignora as leis locais, que condenaram seu irmão, e tenta, a todo custo prover-lhe um funeral digno, chegando a pagar tal feito com a própria vida.

O conceito de pessoa como ente espiritual, como ser dotado de subjetividade, de um valor intrínseco, sujeito de direitos fundamentais e portador de uma dignidade, surge com o cristianismo.

Nesse contexto, Marcelo Novelino Camargo⁴ afirma:

A doutrina cristã foi a responsável pelo surgimento da noção de dignidade humana no mundo ocidental. Apesar de alguns de seus elementos terem sido formulados pela Escola Estoicista, é no Cristianismo que o conceito de pessoa, como ser dotado de dignidade, encontra suas raízes. Através de sua vinculação à idéia da criação e da ação Divina, a concepção Cristã é desenvolvida no sentido de que, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, os homens possuem uma igualdade essencial. Esse é considerado, por muitos, como o fundamento da dignidade humana.

A vinculação do ser humano ao Criador, sob a concepção Cristã de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, por consequência, vem demonstrar que o homem, e não apenas os cristãos, são detentores de uma dignidade, apesar das próprias instituições cristãs renegarem tal entendimento,

⁴ NOVELINO CAMARGO, Marcelo. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: NOVELINO CAMARGO (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. 2008, p. 154.

bastando rememorar as atrocidades cometidas por seus próprios integrantes através da Santa Inquisição. O pensamento cristão ainda efervesce durante a Idade Média, na doutrina de Santo Agostinho, quando este prolifera que sem as condições mínimas de existência, um mínimo de bem estar material, não seria nem possível servir a Deus. Nos ensinamentos de São Tomás de Aquino, o homem detém um elemento peculiar que o distingue dos demais seres e lhe confere uma dignidade, a racionalidade. Tal característica é uma verdadeira mudança de paradigma para aferição do conceito de Dignidade Humana, trazendo, além da esfera divina, a esfera racional. O mesmo pensador afirma ser o homem dotado de uma racionalidade que o faz portador de autodeterminação, qualidade esta que lhe confere a capacidade de ser livre e independente para construir sua própria existência.

Em um momento posterior, já nos séculos XVII e XVIII, os chamados racionalistas, a partir do pensamento iluminista, passaram a reconhecer a Dignidade humana no plano abstrato. Tal racionalização também veio acompanhada do processo de laicização, onde o aparato cristão deixou de influenciar a concepção do referido instituto dando lugar ao pensamento racional e ao reconhecimento de uma igualdade entre os seres humanos, formando uma noção fundamental de igualdade entre todos os homens na dignidade e na liberdade.

A partir deste momento, destaca-se a doutrina de Immanuel Kant, destacada por Ingo Sarlet⁵, nos termos que seguem:

É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacras, sem que com isso se esteja a desconsiderar a profunda influência (ainda que expurgada da fundamentação teológica) de pensamento cristão, especialmente dos desenvolvimentos de Boécio e São Tomás de Aquino (notadamente no que diz com noção de pessoa com substância individual de natureza racional e da relação mesmo entre liberdade e dignidade) sobre as formulações kantianas.

Essa percepção Kantiana, envolvendo a impossibilidade de reduzir a condição de ser humano a um mero instrumento, com substrato na máxima da igualdade, passa a influenciar, diretamente, a noção de dignidade humana recepcionada pela doutrina iluminista.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2008, p. 33.

Em consonância, Marcelo Novelino Camargo⁶ complementa:

Kant desenvolve a ideia de que todos os seres humanos, quaisquer que sejam, são igualmente dignos de respeito, sendo que o traço distintivo do homem, como ser racional, está no fato de existir como um fim em si mesmo. Por esta razão ele não pode ser usado como simples meio, o que limita, nessa medida, o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

Kant⁷ formula sua aceção no sentido de que em todas as ações humanas, mesmo que não estejam dirigidas ao próprio homem, este deve ser considerado como fim em si mesmo, e não como meio, contrapondo-se ao pensamento antigo supracitado.

Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

O mesmo filósofo⁸ ainda vem estabelecer uma distinção acerca do ser humano em relação às demais coisas existentes no universo, promovendo verdadeira segregação que vem delimitar os contornos da proteção à dignidade humana:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua dignidade.

Destarte, o ser humano não poderia ser passível de uma coisificação, uma instrumentalização, por parte de seus iguais e do próprio Estado. O Homem, por fazer parte do reino dos fins, é portador de uma dignidade, que o diferencia de tudo o mais.

No século XIX, em sede de positivismo jurídico, Hegel afirma que o ser humano não nasce detentor de dignidade, tão somente adquirindo-a quando este se torna cidadão, traz a concepção de que a dignidade seria um reconhecimento por

⁶ NOVELINO CAMARGO, Marcelo. apud NOVELINO, Org, op. cit., p. 154.

⁷ KANT. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. 1980, p. 134,135, apud SARLET, op. cit., p. 34.

⁸ SARLET, op. cit.

parte de seus iguais. Nesse sentido, Ingo Sarlet⁹ afirma:

Nesta perspectiva, não é à toa que na filosofia do Direito de Hegel já se faz presente a concepção de que a dignidade é (também) o resultado de um reconhecimento, noção esta consubstanciada – não só, mas especialmente – na máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoas.

De imediato, pode-se associar, a partir do entendimento formulado por Hegel, dignidade à respeitabilidade. “O ser humano seria reconhecido independentemente de suas relações sociais, já que a capacidade jurídica (a competência de ser sujeito de direitos) é igual em e para todas as pessoas¹⁰”.

Com o advento do pós-positivismo e com a Declaração Universal dos Direitos do homem e do Cidadão, a dignidade da pessoa humana tomou uma dimensão jurídica sem precedentes, sendo abraçada por todas as Constituições de Estados Democráticos de Direito. O ser humano passa a ser visto, ainda sob a égide do pensamento kantiano, como centro de todo universo jurídico. Surgiu tanto como um limite quanto como uma tarefa, uma dupla dimensão, prestacional (positiva) e defensiva (negativa), à comunidade em geral e ao Estado para que estes venham a promover o ser humano como uma finalidade em seus atos, que virá a ser objetivamente explorada no próximo item capitular.

De acordo com os fundamentos supracitados, Ingo Sarlet¹¹ propõe um conceito jurídico para a dignidade da pessoa humana que vem sintetizar, de forma eficiente, todos os atributos que os grandes pensadores lhe atribuíram no decorrer dos séculos. Desta forma, temos por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Tal dignidade, assim, impõe o reconhecimento de uma respeitabilidade recíproca, envolvendo indivíduo, sociedade e o próprio ente estatal, ao estabelecer direitos e deveres que, em seu escopo, visam promover o ser humano como um fim maior.

⁹ SARLET, op. cit., p. 38.

¹⁰ Ibid. p. 39.

¹¹ Ibid. p. 63.

2.2.2 A proteção à dignidade humana como princípio

Desde o nascimento até a morte, um universo de normas de conduta direciona o ser humano no sentido de que esta ou aquela ação seja tomada. Algumas tão comuns que não se percebe mais sua presença. O homem encontra-se imerso em um mundo de normas, quais sejam, sociais, morais, educativas, religiosas, de etiquetas, dentre outras.

Importante faz-se distinguir o texto em relação à norma. A norma nasce a partir de um trabalho de exegese aplicado a um texto, a um dispositivo, ou a um conjunto destes, de forma que se torna possível extrair determinada norma, mesmo na ausência de um dispositivo, da mesma forma que é possível encontrar o dispositivo sem que deste seja extraído qualquer norma.

Ricardo Guastini sintetiza:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado¹².

A espécie de norma que merece atenção no estudo em tela é a norma jurídica. “A experiência jurídica é uma experiência normativa¹³”. Destarte, a manifestação do fenômeno jurídico pressupõe a sociedade, ou seja, a ideia de ordem social remete diretamente à existência do Direito, como sendo um conjunto de normas aptas a regular a coexistência humana. Este conjunto de normas é posto de forma organizada e, daí, o Direito ter em seus sentidos a nomenclatura ordenamento jurídico, sistematizada, possuindo uma sanção externa, uma resposta do grupo ao indivíduo que, de forma manifesta, viola a norma em destaque, devidamente institucionalizada, na medida em que são estabelecidas pessoas ou órgãos com o dever de efetuar a execução de tal sanção, e dotada de coercitividade. Tal rol de características a difere das demais espécies normativas.

A norma jurídica vem a ser analisada sob três aspectos, quais sejam: justiça, validade e eficácia. A justiça problematiza a questão final acerca do fim a que a norma se propõe. O ordenamento jurídico persegue certos fins, e trata a norma jurídica como justa ou injusta se ela, respectivamente, está apta, ou não, a realizar

¹² GUASTINI, Ricardo. Teoria e Dogmatica dele Fonti. 1992, p. 16, apud ÁVILA. **Teoria dos Princípios**. 2005, p. 22

¹³ BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2001, p. 23.

estes determinados valores. Uma norma jurídica é tida como justa se traz, em si, o ideal do dever ser, e se pode associar diretamente a problemática da justiça à questão deontológica do Direito, vindo a ser objeto de estudo da Filosofia do Direito. A validade, por sua vez, condiciona a existência de uma norma, como sendo jurídica, a três pressupostos fáticos, quais sejam: se a norma jurídica emanou de uma autoridade revestida com poderes para confeccioná-la, ou seja, legitimação, que, de imediato, conduzirá a um processo de investigação até que se alcance a norma fundamental, pressuposto de validade de todo ordenamento jurídico; se esta mesma norma jurídica não foi revogada, ainda que emanada de um poder legítimo, posteriormente, por outra norma que venha a regular a mesma matéria; e por último, verificar se esta norma não é incompatível com outras normas do mesmo ordenamento jurídico, fenômeno conhecido como revogação tácita. Destarte, a questão referente à validade diz respeito ao problema ontológico do Direito, sendo objeto de estudo da Ciência do Direito. O último aspecto a ser analisado refere-se à eficácia da norma jurídica, investigação realizada no sentido de demonstrar se tal norma está sendo seguida, ou não, pelos destinatários a quem a mesma se propõe, é dirigida, e caso seja violada, quais os meios coercitivos que estão sendo utilizados pela autoridade que a evocou, para a efetivação de seu cumprimento. A eficácia da norma jurídica diz respeito ao problema fenomenológico do Direito, que, por sua vez, se torna objeto de estudo da Sociologia Jurídica¹⁴.

Três correntes filosóficas condicionaram um dos aspectos a outro. A primeira corrente condicionou a validade à justiça, ou seja, segundo esta, o Jusnaturalismo, a norma jurídica só seria válida se fosse justa, pouco importando de onde emanou tal norma, bastando para tal que o aspecto da justiça estivesse contido na norma em questão. A segunda corrente filosófica, o Positivismo Jurídico, tomou direção inversa ao condicionar a justiça de uma norma jurídica à sua validade, afirmando que a norma é justa somente se for válida, bastando emanar de uma autoridade com poderes para fazê-lo, legitimação. A terceira corrente filosófica, denominada de Realismo Jurídico e presente na jurisprudência americana, reduz a validade à eficácia e afirma que a norma jurídica só vem a se tornar válida quando seguida de forma reiterada por seus destinatários¹⁵.

¹⁴ BOBBIO, op. cit., p. 48.

¹⁵ Ibid., p. 54.

Noberto Bobbio¹⁶, assim, afirma:

Consideramos que todas as três concepções estão viciadas pelo erro do “reducionismo”, que leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam.

Como características ainda da norma jurídica, pode-se elencar a generalidade, na medida em que uma norma desta espécie é universal em relação aos seus destinatários, sendo direcionada a uma classe de pessoas, e não a indivíduos singulares; a abstração, capacidade de regular uma ação-tipo, ou classe de ações; e a imperatividade, tratando-se de uma proposição que tem como função determinar o comportamento de seus destinatários, os cidadãos e os órgãos do Estado, de forma positiva, atribuindo comandos de fazer, um dever, ou de forma negativa, atribuindo comandos de não fazer, uma proibição.

2.2.2.1 Princípios como espécie de norma jurídica

A moderna Doutrina vem ratificando, reiteradamente, os grandes trabalhos produzidos por Ronald Dworking, jusfilósofo norte-americano, complementado por Robert Alexy, constitucionalista germânico. Este veio introduzir no *civil Law* o pensamento que aquele, originalmente, construiu no *commom Law*. Ronald Dworking¹⁷, em sua análise, procura demonstrar a existência do Direito como sendo um sistema composto de duas espécies de normas jurídicas, quais sejam, princípios jurídicos e normas jurídicas, nos termos seguintes:

[...] a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

A partir do argumento exposto, fica clara a assertiva que as regras, como espécie normativa, se aplicam, exclusivamente, mediante o processo de subsunção. Dessa maneira, esta espécie de norma jurídica assumiria um comportamento

¹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 54.

¹⁷ DWORKING, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2002, p. 39, apud BOMFIM, Thiago. **Os Princípios Constitucionais e Sua Força Normativa**. 2008, p. 49.

extremamente objetivo, evitando que sua incidência seja alvo de construções mais sofisticadas. O método final de aplicação *all or nothing*, proposto por Ronald Dworking¹⁸, demonstra que um conflito envolvendo regras, denominado doutrinariamente de antinomia, seria perfeitamente solucionado pelos critérios tradicionais: hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*), cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*lex generalis non derogat specialis*); e faz perceber que a criação de autarquias, condicionada a uma lei específica, seria um perfeito exemplo de uma norma jurídica pertencente a esta categoria. No Código Penal pátrio, também se pode citar as definições de crimes e suas respectivas penas, como sendo normas da mesma espécie.

Os princípios jurídicos, por sua vez, seriam aplicados nos chamados *hard-cases*, funcionando como *standarts*, os quais não se comportariam como regras jurídicas, na impossibilidade dos juristas poderem contar com a aplicação do processo de subsunção a esta espécie normativa. Ao propor a utilização destes princípios na resolução destes casos difíceis, implicitamente, esse autor estaria admitindo a existência das duas espécies de norma jurídica. O eventual conflito entre princípios não afastaria um ou outro, pois a dimensão de peso, de importância, existente apenas nesse modelo de norma, acarretaria a manutenção de um sobre o outro, ainda no pensamento de Ronald Dworking, sem que o de menor amplitude desaparecesse integralmente.

Nesse contexto, segundo Humberto Ávila¹⁹, as regras jurídicas assumiriam uma característica descritiva, que, de forma imediata, passariam a estabelecer condutas, permissivas ou proibitivas, através de uma descrição objetiva da conduta a ser realizada. Tal objetividade conferiria à norma-regra jurídica um grau mínimo de abstração. Os princípios jurídicos, por sua vez, carregariam um fundamento axiológico imenso. Tal espécie de norma jurídica teria a função de estabelecer fins, estados de coisa a serem atingidos, possuindo um alto teor de abstração, na medida em que não estipulariam condutas a serem obedecidas, mas tão somente perseguiriam tais finalidades dentro de um ordenamento jurídico. Informam uma diretriz ao intérprete sem especificar quais decisões deveriam ser tomadas²⁰. Neste aspecto, em relação às regras, se encontram em um patamar maior de abstração e

¹⁸ DWORKING, op. cit., p. 24, apud ÁVILA, op. cit., p. 35.

¹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 63.

²⁰ Ibid., p. 63.

em um nível inferior, no que diz respeito à objetividade das condutas. Funcionariam como mecanismos que exigiriam a aplicação da justiça e da equidade na problemática jurídica. Robert Alexy²¹, por sua vez, torna mais visível a dicotomia quando demonstra soluções para as antinomias envolvendo as regras e os princípios. Afirma que na colisão entre regras, este conflito seria solucionado em uma dimensão de validade, ao declarar a invalidez de uma das regras, afastando-a imediatamente.

Em relação à antinomia entre princípios, o método declaratório da invalidez não teria aplicação possível, tendo em vista que os princípios envolvidos permaneceriam válidos, porém seria realizada uma ponderação entre estes, seguindo o modelo proposto por Ronald Dworkin e relacionado com a dimensão de peso presente nesta espécie normativa.

Robert Alexy preleciona:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes²².

Na Doutrina pátria, faz-se necessário destacar os estudos realizados por Humberto Ávila, que, em sua “Teoria dos princípios”, vem propor distinções acerca destas duas espécies normativas. O autor aponta, entre regras jurídicas e princípios jurídicos, as seguintes e principais distinções: as regras apresentam-se como normas imediatamente descritivas de condutas, primariamente retrospectivas, aplicando-se a fatos ocorridos durante sua vigência, de decidibilidade e abrangência estritamente objetivas; os princípios seriam normas jurídicas de caráter finalístico, na medida em que promovem um ideal a ser perseguido, prospectivos, e necessitariam de uma complementariedade. Tal lacuna seria preenchida aplicando-se uma norma-regra, ou seja, a efetivação de um princípio jurídico se daria através de aplicação de uma regra jurídica²³.

Longe de uma centralização acerca de um critério que venha a demonstrar, de forma eficaz, esta distinção, a Ciência do Direito reconhece a importância de todos os critérios propostos pela Doutrina, no sentido de que se possa realizar uma

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2008, p. 92.

²² Ibid., p. 90.

²³ ÁVILA, op. cit., p.129.

investigação minuciosa, para que tal distinção seja aperfeiçoada, sem que se assuma o comportamento dos cavalheiros que caminhavam, um de encontro ao outro, ao longo de uma avenida onde se erguia uma estátua armada com um escudo, de um lado confeccionada com prata e do outro, reluzente em ouro, e que, de forma animalesca, se engalinhavam, cada um sustentando ser o escudo constituído somente do metal que podia ser visto do seu lado²⁴.

Por vezes, o mesmo dispositivo pode assumir várias facetas dependendo da situação em que se encontra. Para evidenciar tal capacidade, tomaremos como exemplos dois dispositivos constitucionais explicados por Humberto Ávila²⁵, com o primeiro a seguir:

Examine-se o dispositivo constitucional segundo o qual é exigida lei em sentido formal para a instituição ou aumento de tributos. É plausível examiná-lo como regra, como princípio e como postulado. Como regra, porque condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa específica- a lei. Como princípio, porque estabelece como devida a realização dos valores de liberdade e de segurança jurídica. E como postulado, porque vincula a interpretação e a aplicação à lei e ao Direito, pré-excluindo a utilização de parâmetros alheios ao ordenamento jurídico.

O outro dispositivo constitucional, que trata igualmente de matéria tributária, exemplificado pelo referido autor²⁶, é analisado da seguinte forma:

Analise-se o dispositivo constitucional segundo o qual todos devem ser tratados igualmente. É plausível aplicá-lo como regra, como princípio e como postulado. Como regra, porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como princípio, porque estabelece como devida a realização do valor de igualdade. E como postulado, porque estabelece um dever jurídico de comparação (Gebot der Vergleichung) a ser seguido na interpretação e aplicação, pré-excluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico.

O autor ainda faz menção à outra espécie normativa, os postulados, onde enquadra, na referida categoria, a proporcionalidade e a razoabilidade. Contudo, tal análise não será abordada no presente ensaio, por se tratar de tema que não guarda pertinência com a proposta do presente trabalho científico.

²⁴ LESSA, Pedro. Biblioteca Internacional de Obras Célebres. Vol. XI, p.1049, apud ÁVILA, op. cit., p. 61.

²⁵ ÁVILA, op. cit., p. 60,61.

²⁶ Ibid., p. 61.

2.2.2.2 Neoconstitucionalismo e a força normativa dos princípios

O Direito, como um todo, passou por diversas mudanças ao longo dos tempos. Importa destacar o fenômeno que transformou o Direito Constitucional contemporâneo, denominado pela Doutrina de neoconstitucionalismo. O sentimento pela busca de uma mudança significativa nos paradigmas do Direito Constitucional surgiu após o final da primeira metade do século XX, precisamente após o término da segunda grande guerra mundial. As barbáries cometidas pelos nazistas permitiram perceber que a então corrente filosófica predominante, o positivismo jurídico, não mais supria os anseios do mundo jurídico. Tal constatação decorreu do fato de que todos os principais nazistas, julgados pelas atrocidades praticadas durante aquele evento dantesco, alegaram o estrito e fiel cumprimento à lei perante o Tribunal de Nurenberg, como bem destaca Luís Roberto Barroso²⁷.

Surge, então, uma nova corrente filosófica, o pós-positivismo, e com ela uma profunda mudança na esfera constitucional dos estados democráticos de direito. Nasce, assim, o neoconstitucionalismo, ou novo Direito Constitucional. Como marco histórico, Luís Roberto Barroso²⁸ preleciona que este Direito Constitucional surge na Europa, pós-guerra, tendo, originalmente, a Alemanha, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal, datada de 1951, e a Itália, com o advento da Constituição da Itália de 1947, como berços de tal evolução, por assim dizer. Note-se que justamente nestes dois Estados aconteceram os principais holocaustos que provocaram tal reformulação jurídica. No Brasil, tal processo surgiu com a Constituição Federal, de 1988, de forma mais tardia em relação aos países do velho continente. A Carta Magna de 1988 veio promover a transformação do Brasil, a partir de um estado autoritário em um estado democrático de direito, evidenciando o Direito Constitucional em nosso ordenamento jurídico.

O referido autor²⁹ ainda aponta o pós-positivismo como marco filosófico do Direito Constitucional moderno. Esta corrente seria caracterizada por uma convergência das duas correntes filosóficas anteriores que promoviam paradigmas opostos ao Direito, o jusnaturalismo, que se fundava em um ideal de justiça universalmente válido, e o positivismo jurídico, o qual equiparava o Direito à lei,

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, 2005, p. 3.

²⁸ Ibid., p. 3.

²⁹ Ibid., p. 5.

através de métodos científicos objetivos. O pós-positivismo veio trazer a ética e os valores ao Direito. Luís Roberto Barroso³⁰ ainda aponta um terceiro ponto de partida para tal transformação, o marco teórico. Este seria representado pelo surgimento de três fatores característicos do Direito Constitucional moderno: o reconhecimento da força normativa da Constituição, eis que a mesma deixa de ser um mero instrumento político, tido apenas como diploma por meio do qual se concretizaria a instituição e regulamentação dos poderes públicos, passando a ser considerada como diploma composto por normas de eficácia jurídica³¹, impondo determinados valores insculpidos por meio de princípios fundamentais, os quais necessariamente deveriam ser observados, e, tal como as demais normas que compõem o ordenamento jurídico de determinado Estado, de caráter geral e abstrato; a expansão da jurisdição constitucional, ou fenômeno da constitucionalização do Direito, tendo em vista que a supremacia da constituição viria para superar a então supremacia do legislativo, por meio de um controle de constitucionalidade das normas efetivado pelo poder judiciário, nascendo, assim, os Tribunais Constitucionais; e, por fim, a nova interpretação constitucional, uma inovação em termos de interpretação jurídica, onde as demais normas que constituem um ordenamento jurídico deveriam ser interpretadas de acordo com as normas constitucionais. A Constituição seria utilizada como lentes, através das quais, o intérprete formularia sua exegese acerca das demais normas.

As normas constitucionais passaram a compor um modelo peculiar, forçando a Doutrina a se debruçar no estudo das mesmas, tendo os princípios constitucionais como alvo inicial de tal investigação, tema devidamente explorado supra. É a partir do pós-positivismo que os princípios constitucionais adquirem força normativa e uma distinção qualitativa em relação às regras. Em suma, o pós-positivismo veio promover um amplo conjunto de transformações no Estado e no direito constitucional.

O ingresso dos princípios na fase pós-positivista é encarado por Paulo

³⁰ BARROSO, op. cit., p. 6.

³¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1991, p. 15. Preleciona o autor que “a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Ela não é apenas determinada pela realidade social, mas também determinante em relação a ela. Desse modo, a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem até ser diferenciadas, mas não definitivamente separadas ou confundidas”.

Bonavides³² da seguinte forma:

A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo, das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Ao estabelecer a devida proteção a valores consagrados por determinado grupo social, os princípios constitucionais adquirem importância singular, de forma que ingressam na órbita jurídica como verdadeiros parâmetros, diretrizes, aptos a modular o surgimento e aplicação de normas jurídicas.

Ruy Samuel Espíndola³³, a partir da construção teórica desenvolvida por Paulo Bonavides, traça sua compreensão acerca da atual posição normativa ocupada pelos princípios, da seguinte forma:

O ponto central desse movimento de transformação normativa, por que passaram os princípios, reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que “saltaram” dos Códigos para as Constituições, do Direito privado Para o Direito Público. Esse salto alterou as funções dos princípio no Direito Positivo, os quais, antes, nos albores do século XIX, durante as codificações, desempenhavam o papel de fontes de mero teor supletório, como princípios gerais de caráter civilístico, e, agora, a partir de meados do século XX, atuam como fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. A constitucionalização dos princípios operou, assim, verdadeira revolução *principia*”.

Com fulcro no entendimento destes dois autores, pode-se concluir que os princípios deixaram de ter uma função meramente integradora, como prevê a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e passaram a desenvolver funções peculiares: função fundamentadora, sob a qual os princípios constitucionais condicionariam a validade de uma norma jurídica, implantando a impossibilidade desta contrariar aqueles, e ostentando uma eficácia derogatória e diretiva; uma função interpretativa, devidamente explorado supra; e a própria função supletiva, já presente dentre suas características.

³² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 1994, p. 265, apud BOMFIM, op.cit., p. 64.

³³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2002, p. 65, apud Ibid., p. 66.

Thiago Bomfim³⁴ destaca, com importância, que os princípios ora analisados compõem o acervo de princípios constitucionais, dotados de força normativa suficiente para condicionar todas as demais normas jurídicas, e não os puramente retórico-argumentativos, os quais possuem uma função meramente orientadora. Ademais, é perfeitamente aceitável que um princípio constitucional acumule mais de uma função paralelamente.

Vê-se, a partir do exposto, que a tradicional noção de que os princípios somente assumiriam papel de destaque no ordenamento jurídico quando da existência de lacunas, não mais prospera, tendo em vista a posição preponderante assumida pelos princípios, em peculiar, os de natureza constitucional, permitindo, de forma direta, que tais mandamentos viessem a irradiar seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

2.2.2.3 O caráter normativo da proteção à dignidade humana

A ordem jurídica que se inaugurou com a chegada da Constituição Federal, de 1988, brinda a todos com uma série de inovações advindas do neoconstitucionalismo, devidamente explorado alhures. Como corolário deste fenômeno jurídico-filosófico, encontramos o enaltecimento à dignidade da pessoa humana. O texto constitucional pátrio tratou de elevá-lo a fundamento do Estado democrático de direito, que hoje é o Brasil. Os fundamentos são pressupostos lógicos para a montagem da República Federativa do Brasil.

Rizzato Nunes³⁵ sintetiza com os seguintes dizeres:

A República Federativa do Brasil que constitui um Estado Democrático de Direito estabelece topograficamente em sua Constituição, através de seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do sistema constitucional, servindo de resguardo para os direitos individuais e coletivos, além de revelar-se um princípio maior para a interpretação dos demais direitos e garantias conferidos aos cidadãos.

Traçando um paralelo com as idéias de Kant, que traz o ser humano como um fim em si mesmo, é possível entender a intenção do legislador pátrio ao inserir a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico

³⁴ BOMFIM, op. cit., p. 67.

³⁵ NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência. 2002, p. 45, apud MACIEL, Álvaro dos Santos. **A dignidade da pessoa humana como fonte garantidora do progresso social**. Boletim Jurídico, 2008.

brasileiro, ou seja, põe o estado como meio, um instrumento apto a promover a realização das necessidades básicas da pessoa humana.

Logo, o ser humano passa a ser o centro das finalidades, conquanto todo o conteúdo almejado pela norma jurídica, a finalidade social, têm em sua essência o objetivo maior de promover o homem, possibilitando a este uma existência digna, calcada na proteção de determinados valores indispensáveis à manutenção do mesmo.

Nesse sentido, Fernando Ferreira dos Santos³⁶ expõe:

Em Kant, como vimos, o que caracteriza o ser humano, e o faz dotado de dignidade especial é que ele nunca pode ser meio para os outros, mas fim em si mesmo. Conseqüentemente, cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza, é um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, dissemos que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto; porquanto, repetimos, ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa.

Ao assumir esta postura, a dignidade da pessoa humana tomou uma dimensão planetária³⁷, sem precedentes, posto que o legislador constituinte preferiu alocar tal princípio fora do rol dos direitos fundamentais, trazendo a ideia de que aquele mandamento precede estes, e confere um tratamento ímpar a este princípio.

Corroborando com a assertiva, Ingo Sarlet³⁸ aponta:

Ainda que se possa controverter a respeito da afirmação de que o Constituinte tenha tido a intenção de instaurar, também entre nós, uma ordem constitucional embasada no direito natural, mas dotada de plena eficácia normativa, o fato é que não há como desconsiderar, pena de omitirmos aspectos essenciais à compreensão do sentido e conteúdo da dignidade da pessoa humana, a vertente histórica e filosófica do princípio, inclusive sua íntima relação com a doutrina jusnaturalista.

Vê-se, nessa toada, que os ideais originados no jusnaturalismo, que por longa data permaneceram em total obscuridade – em virtude da prevalência de positivismo jurídico radical, por assim dizer, e que culminou nas barbáries ocorridas durante a segunda grande guerra mundial – reassumem papel fundamental no contexto

³⁶ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Jus Navigandi, 1998.

³⁷ Ibid.

³⁸ SARLET, op. cit., p. 70.

jurídico-filosófico atual, passando, por meio da proteção ao valor da dignidade da pessoa humana, a irradiar seus efeitos através das ordens jurídicas dos estados democráticos de direito ocidentais.

Robert Alexy³⁹ reforça a condição principiológica da proteção à dignidade da pessoa humana, quando evidencia:

Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana atua, portanto – no que comunga das características das normas-princípio em geral – como um mandamento de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta.

Os aspectos históricos tratados no primeiro capítulo indicam claramente a direção seguida pelo Direito, no sentido de criar garantias que venham promover o homem em sua integralidade, face ao estado e à própria coletividade, uma verdadeira evolução neste campo, que teve como marco os conflitos registrados pouco antes da segunda metade do século XX. A atualidade traz a tendência de que todos os ordenamentos jurídicos venham a promover a dignidade da pessoa humana, reconhecendo o ser humano como centro e como fim para o Direito.

Ingo Sarlet⁴⁰ também traz sua contribuição a respeito de tal evolução, quando afirma:

Com efeito, se em outras ordens constitucionais, onde igualmente a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão, nem sempre houve clareza quanto ao seu enquadramento, tal não ocorre – ao menos aparentemente – entre nós. Inspirando-se – nesse particular – especialmente no constitucionalismo lusitano e hispânico, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-o, pela primeira vez – consoante já reiteradamente frisado - à condição de princípio (e valor) fundamental (art.1º, inciso III). Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes e que têm exercido – ao lado do paradigma germânico – significativa influência sobre a nossa própria ordem jurídica.

Como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana assume uma dupla faceta. Em um primeiro plano, temos tal princípio como delimitador para o estado, uma característica defensiva em prol do ser humano, impedindo o uso arbitrário do poder estatal face aos seus cidadãos,

³⁹ ALEXY, op. cit., p. 81 apud SARLET, op. cit., p. 76.

⁴⁰ SARLET, op. cit., p. 71-72.

consubstanciando-se em uma conduta negativa por parte do ente estatal. A segunda face deste princípio assume uma característica prestacional, ou seja, um dever de agir do estado, por meio de condutas positivas, visando promover condições mínimas de existência para o ser humano. Tais fórmulas são retiradas diretamente do conceito formulado por Ingo Sarlet e destacado no item anterior.

A dignidade da pessoa humana também vem regulamentar as relações do homem para com seus semelhantes. Tal característica decorre do que já foi citado como sendo uma respeitabilidade, tornando-se um verdadeiro limite à autonomia da vontade. Este é o aspecto intersubjetivo, conferindo ao ser humano o direito de ser respeitado e o dever de respeitar os seus iguais, promovendo a dignidade humana no seio das relações sociais privadas.

Ao tomar tal dimensão, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o guia para que toda a ordem jurídica seja observada e efetivada nos rigores que entoam este mandamento.

O referido autor⁴¹ ainda preleciona:

A condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas.

O princípio da proteção à dignidade humana, como norma jurídica, frui de todas as características inerentes a esta categoria, especificamente no tocante à generalidade, uma vez que o mandamento em questão é posto para todos aqueles que estão sujeitos à obrigatoriedade da norma jurídica, bem como à abstração, tendo em vista que a máxima em debate aplica-se a todas as relações jurídicas em abstrato.

Urge, ainda, tecer comentários acerca da importância do referido princípio, tendo em vista que o mesmo, ao assumir a posição fundamental, é posto no topo da hierarquia existente entre as normas jurídicas, o que, por si, evidencia sua sobreposição em face de outros princípios e regras, impondo sua realização na maior medida, em face das possibilidades fático-jurídicas.

Paulo Bonavides⁴² complementa:

Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto,

⁴¹ SARLET, op. cit., p. 79.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 1999, p. 233, apud SARLET, op. cit., p. 79.

máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Desta forma, o legislador constitucional, de 1998, ao conferir à dignidade da pessoa humana o *status* de princípio fundamental, verdadeiro alicerce do estado democrático de direito que veio a idealizar, retratou o reconhecimento de que o ser humano, como indivíduo e como sociedade, há de ser tratado como objetivo primordial, como fim absoluto, ficando o estado e a própria sociedade com a incumbência de proporcionar o que prega a ordem constitucional pátria, a efetivação da dignidade da pessoa humana, não permitindo que quaisquer tipos de tratamentos degradantes venham a expor o ser humano, evitando, assim, a instrumentalização da pessoa humana.

2.2.3 Direitos fundamentais como instrumentos de concretização da dignidade humana

Todo ser humano é detentor de direitos inerentes à sua pessoa. Alguns desses direitos nascem com o próprio indivíduo e são anteriores até ao próprio surgimento do Estado, segundo a teoria do jusnaturalismo, enquanto outros são reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos, positivados, e recebem a denominação de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais medem o grau de evolução democrática pelo qual passa o Estado. Na lição de Dirley da Cunha Júnior⁴³, temos que “É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo”.

Dessa forma, torna-se impossível tratar de democracia sem evidenciar um conjunto de direitos fundamentais devidamente institucionalizados. Através dos direitos fundamentais é que se efetiva a legitimação dos poderes estatais.

A partir do século XVIII, mais precisamente após a Revolução Francesa, os direitos fundamentais adquiriram dimensões nunca vistas anteriormente, passando a incorporar normas constitucionais de ordenamentos jurídicos, ao redor do planeta. Tal fenômeno teve início na América do Norte, com o advento da Declaração da Virgínia, mas ficou universalmente difundido a partir da Declaração Universal dos

⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2008, p. 515.

Direitos do Homem e do Cidadão, realizada na própria França, editada durante a Revolução Francesa.

A partir de itens já devidamente tratados alhures, chega-se à conclusão que o Cristianismo também concorreu para que os direitos humanos viessem a evoluir, notadamente quando se coloca o homem como único ser feito à imagem e semelhança de Deus, criando uma isonomia natural pertencente a todos os seres humanos.

Nessa vertente, preleciona Dirley da Cunha Júnior⁴⁴:

Costuma-se indicar a doutrina antiga do cristianismo como antecedente básico dos direitos humanos. Isto se deve ao fato de que os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor interno e liberdade própria inerente à sua natureza.

Na idade média, os súditos realizavam acordos com os reis, reconhecendo seu poder, e estes, em troca, asseguravam algumas garantias e faziam outras concessões em prol daqueles.

Mas é no constitucionalismo moderno, ou neoconstitucionalismo, que os direitos fundamentais ganham essa dimensão, ao participar de todos os ordenamentos jurídicos democráticos presentes em nossa atualidade.

Os direitos humanos, reconhecidos inicialmente em declarações, migram, passando a compor os textos das constituições democráticas dos estados de direito, assumindo, a partir de então, a natureza de direitos fundamentais, positivados pelos ordenamentos jurídicos estatais e, por consequência, passam a irradiar seus valores por todos os ramos do direito infraconstitucional

Corroborando, Dirley da Cunha Júnior assevera⁴⁵:

Com efeito, os direitos humanos sempre estiveram engajados no propósito constitucionalista de limitar o poder, embora não coincida a origem do constitucionalismo com a origem das liberdades públicas. Isso porque, como postulado jusnaturalista, sempre foi da essência do homem ser livre e usufruir certos bens, sem a interferência do Estado. Todos os homens são, por natureza, livres e titulares de direitos naturais. São os direitos fundamentais, portanto, direitos inatos preexistentes, cabendo ao ordenamento jurídico-positivo tão somente reconhecê-los.

A participação efetiva do homem na condução do estado democrático de direito faz com que seja necessária a estipulação de determinadas limitações ao poder estatal e, ainda, impõe a este ente o dever de promover a implementação de

⁴⁴ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 540.

⁴⁵ Ibid., p. 535.

políticas públicas com fins de efetivar o mandamento contido no princípio da proteção à dignidade humana, ensejando a atuação direta da pessoa humana no processo democrático, retirando-a da plateia e colocando-a no palco das decisões.

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos⁴⁶ sintetiza:

Em suma: a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado. O que se acaba de resumir não representa qualquer novidade. Ao contrário, cuidou-se apenas de sistematizar sucintamente dados básicos do conhecimento já consolidado acerca do constitucionalismo contemporâneo.

Assim, os direitos fundamentais seriam um conjunto de direitos e garantias devidamente institucionalizado, que tem como função primordial o reconhecimento e respeito à dignidade do ser humano, protegendo o homem de todo e qualquer arbítrio praticado pelo Estado contra este.

A distinção existente entre os direitos humanos e os direitos fundamentais é de natureza tópica, eis que enquanto aqueles estão inseridos nos corpos de declarações, estes passam a integrar, diretamente, as ordens jurídicas estatais, positivados nos seus textos constitucionais, pois, como limitações ao poder instituído por tais diplomas legais, não existiria coerência no fato dos mesmos estarem contidos em normas infraconstitucionais, visto que, desta forma, a supremacia constitucional comprometeria a eficácia de tais limitações.

Assim, complementa Dirley da Cunha Júnior⁴⁷:

Como principais características dos direitos fundamentais, destacam-se a historicidade, tendo em vista que os direitos fundamentais nascem a partir de um contexto histórico de lutas, de anseios de determinado grupo social, para, em um momento posterior, serem positivados em um determinado ordenamento jurídico, através dos textos constitucionais; a inalienabilidade, eis que os direitos fundamentais são inegociáveis, intransferíveis; a imprescritibilidade, a impossibilidade de serem perdidos com o transpassar dos tempos; a irrenunciabilidade ou indisponibilidade, por não ocorrer a possibilidade de alguma pessoa renunciar a um desses direitos; e, por fim, a universalidade, na medida em que são postos para todos os seres humanos, sem qualquer distinção.

⁴⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO CAMARGO (Org.). op. cit., p.137.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 523.

A dinâmica social promoveu uma expansão dos direitos fundamentais durante os tempos, adequando-os aos movimentos históricos de expansão e afirmação progressiva destes.

Dirley da Cunha Júnior⁴⁸ afirma que:

Daí falar-se em “gerações” ou “dimensões” de direitos, ou seja, em direitos de primeira, de segunda e de terceira geração ou dimensão, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. Isso leva, por conseguinte, a uma conseqüência fundamental: a irreversibilidade ou irrevogabilidade dos direitos reconhecidos, aliada ao fenômeno de sua complementariedade. Quer dizer, o progressivo reconhecimento de novos direitos fundamentais consiste num processo cumulativo, de complementariedade, onde não há alternância, substituição ou suspensão temporal de direitos anteriores reconhecidos.

Os direitos fundamentais de primeira geração, ou dimensão, são aqueles que impõem um sistema de freios ao Estado, para que este passe a interferir de menor maneira possível na esfera individual do ser humano. São direitos que implicam na liberdade.

Já os direitos fundamentais de segunda geração têm como finalidade promover um equilíbrio social e cultural, chamados de direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, e são direitos que implicam na igualdade.

Por fim, os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão, são os direitos que trazem em seu fundamento o ideal de solidariedade internacional.

Complementando, Dirley da Cunha Júnior⁴⁹ aduz:

Os direitos fundamentais, como vimos, buscam resguardar o homem em sua liberdade, igualdade e fraternidade. Isso já era expressado no lema da revolução francesa, que “expressou em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”. Os direitos fundamentais, destarte, passaram a se manifestar institucionalmente em três gerações ou dimensões sucessivas, dando ensanchas ao surgimento dos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração ou dimensão, que correspondem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

No ordenamento jurídico pátrio, especificamente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, resta consignado o rol de direitos e garantias fundamentais. Tais direitos são imposições ao Estado para que a interferência na vida do cidadão seja minimizada, desembocando na liberdade do ser humano. O artigo 6º, por sua vez, estabelece a relação de direitos de segunda geração, os direitos fundamentais

⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 562.

⁴⁹ Ibid., p. 563.

sociais, impondo ao Estado uma conduta positiva, no sentido de promover a máxima da igualdade. Os direitos fundamentais se encontram espalhados pelo texto constitucional, o que se denomina de abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, não são somente aqueles previstos no artigo 5º e no artigo 6º, mas abre a possibilidade de visualização de outros direitos contidos ao longo do texto constitucional, bem como os decorrentes de tratados que versem sobre direitos humanos em que o Brasil seja signatário.

Dessa forma, Ingo Sarlet⁵⁰ expõe:

Outro aspecto de transcendental importância para a compreensão do papel cumprido (ou a ser cumprido) pelo princípio da dignidade da pessoa humana, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Com efeito, não é demais lembrar que a Constituição de 1988, na esteira da evolução constitucional pátria desde a proclamação da República e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a ideia da abertura do catálogo material de direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos.

A partir da análise das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, é possível vislumbrar que os mesmos assumem uma dupla característica, qual seja, defensiva (liberdades negativas), tratando-se dos direitos fundamentais de primeira dimensão, prerrogativas que em sua essência promovem a liberdade, e prestacional (liberdades positivas), referindo-se aos direitos fundamentais de segunda dimensão, que culminam na igualdade.

Acerca da função negativa, ou defensiva, Dirley da Cunha Júnior⁵¹ ministra:

Com esteio nessa função, os direitos fundamentais inibem que o Estado impeça ou obstaculize determinadas ações do titular do direito, correspondendo a um direito ao não impedimento às ações do titular do direito fundamental. Assim, não pode o Estado obstaculizar o exercício de liberdades franqueadas (como, v. g., criar censuras prévias para a manifestação da liberdade artística ou religiosa, cercear a liberdade de locomoção e o direito de reunião), nem criar condições desmedidas para o exercício de uma profissão.

Como se infere do texto alhures citado, a vertente negativa dos direitos fundamentais implica em verdadeira abstenção do ente estatal, em virtude da

⁵⁰ SARLET, op. cit., p. 102.

⁵¹ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 529.

existência de uma esfera de liberdade da pessoa humana que necessariamente deve ser resguardada, privando o Estado de obstar o exercício da referida liberdade.

A respeito da função prestacional, ou direitos de crédito, Cunha⁵² ensina:

Assim, enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos a prestações procuram obter do Estado as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis ao exercício efetivo e concreto dessas liberdades. Daí a constatação de que os direitos a prestações, notadamente os direitos sociais prestacionais, manifestam-se como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”. Em suma, os direitos a prestações ou direitos de crédito impõem uma atuação positiva do Estado. Essa atuação estatal, exigida por esses direitos fundamentais, pode referir-se a uma prestação jurídica ou a uma prestação material, conforme o objeto da pretensão seja uma atuação normativa do Estado ou uma utilidade concreta (bens e serviços) a ser proporcionada por ele.

A promoção da dignidade humana reclama uma atuação positiva do ente estatal, impondo a este um conjunto de ações que em sua essência tem o escopo de alçar a pessoa humana a um fim maior, um estado de coisas almejado, tornando a existência do homem impregnada de uma condição de dignidade suficiente, para que este possa usufruir de sua permanência no seio social de maneira otimizada.

Os direitos fundamentais, na ordem jurídico pátria, seriam institutos que teriam como função primordial a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, em um contexto histórico atual. O conceito material dos direitos fundamentais é idealizado a partir da dignidade humana.

O elevado teor de abstração inerente à proteção da dignidade humana requer instrumentos que promovam sua concretização na esteira das relações sociais, e, nessa toada, surgem os direitos fundamentais como veículos aptos à realização de tal empreitada.

Destarte, pondera Dirley da Cunha Júnior⁵³:

[...] os direitos materiais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua fundamentalidade material. Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau.

A dignidade da pessoa humana eleva o ser humano como um fim em si mesmo, ou seja, as realizações de suas próprias vontades. Mas para que tal fim seja

⁵² Ibid., p. 530.

⁵³ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 521.

alcançado, é preciso que, além de sua própria realização, o ser humano promova a realização de seus iguais, adotando uma postura negativa, ao não prejudicar ninguém, bem como uma postura positiva, ao impor atos no sentido de cooperação para com os seus semelhantes, consubstanciando-se em uma verdadeira condição de respeitabilidade recíproca, tanto na dimensão vertical, implicando tal vinculação entre Estado e indivíduo, quanto na acepção horizontal, promovendo tal respeitabilidade entre indivíduo e sociedade.

Ingo Sarlet⁵⁴, em suas lições, expressa-se da seguinte forma:

Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

Assim sendo, o reconhecimento a todos os direitos fundamentais implica, de forma direta e imediata, no reconhecimento de todo o conteúdo da dignidade da pessoa humana. O Estado ou os particulares em suas interrelações, ao negar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, está negando também o reconhecimento ao rol de direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico pátrio. A recíproca é perfeitamente aceitável, uma vez que a não observância aos mandamentos insculpidos por meio dos direitos fundamentais implica, por via direta, na inexistência do reconhecimento da proteção à dignidade humana. Em ambas as situações resta evidenciado grande risco de perecimento, inclusive, da espécie humana.

O princípio da proibição ao retrocesso é aplicado à relação que envolve a dignidade humana e os direitos fundamentais, preconizando que não seria possível abolir direitos fundamentais reconhecidos anteriormente. Uma vez reconhecidos, os direitos fundamentais integrariam um catálogo permanente, cujo escopo maior representa a efetivação e concretização dos ideais contidos na proteção daquela dignidade.

Ingo Sarlet⁵⁵, acerca do conteúdo da dignidade humana, ensina:

⁵⁴ SARLET, op. cit., p. 88.

Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear – que aqui não poderá ser desenvolvida – é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que tem sido batizado como mínimo existencial.

O núcleo da dignidade da pessoa humana, denominado de mínimo existencial, consiste em um conjunto de prestações materiais básicas que têm como objeto promover uma existência digna ao ser humano. Manifesta-se através do artigo 6º da Constituição Federal pátria, os chamados direitos sociais, representados pelos direitos de moradia, segurança, assistência, educação e saúde. Como se vê, representam a imposição de condutas positivas por parte do ente estatal para sua consecução. Entretanto, o poder público condiciona a efetividade e a aplicabilidade destes direitos fundamentais à disponibilidade de recursos econômicos para tal finalidade, o que a doutrina denomina de reserva do possível.

Acerca do referido princípio, Dirley da Cunha Júnior⁵⁶ preleciona:

A doutrina germânica e a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos.

Assim sendo, resta por notável esta íntima relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio. O Legislador Constituinte, que de forma pioneira inseriu a dignidade humana como fundamento do estado democrático de direito, que é a República Federativa do Brasil, reforçou o ideal de democracia ao propor os direitos fundamentais como

⁵⁵ Ibid., p. 126.

⁵⁶ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 387.

se tratando de verdadeiras construções sólidas que contêm, em sua essência, uma verdadeira parcela de concretização do princípio fundamental. A realização da referida condição de respeitabilidade reclama o reconhecimento dos direitos fundamentais, pois somente com a necessária observância de tais direitos subjetivos têm-se por efetivado o mandamento maior insculpido no rol de fundamentos do estado democrático de direito, estabelecido a partir da promulgação da Carta Magna, de 1988.

2.2.3.1 O acesso à justiça como direito fundamental

Como mencionado alhures, a realização da proteção à dignidade humana requer a necessária observância aos direitos fundamentais, devidamente positivados no texto constitucional pátrio.

Dentre os valores insculpidos na Carta Magna de 1988, merece destaque o direito fundamental representado pelo princípio da inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário, previsto no artigo 5º, XXXV, quando da ocorrência de ameaça ou lesão a direitos subjetivos, no âmbito das relações jurídicas. Do referido mandamento se infere que sempre que houver violação ou ameaça a direito subjetivo, o titular deste poderá socorrer-se do Poder Judiciário tendo em vista a manutenção de suas prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica.

Note-se que a ordem jurídica, ao vedar a autotutela, como regra geral, comportando raríssimas exceções legalmente expressas, evitando que os sujeitos de direito realizem o exercício do poder jurisdicional por mãos próprias, de forma imediata busca assegurar a igualdade substancial⁵⁷ de condições entre aqueles, obstando a prática de condutas evitadas do vício da desproporcionalidade, o que representaria grave ameaça à paz social, possibilitando o domínio dos mais fracos pelos mais fortes, fenômeno evidente ocorrido nos primórdios da Revolução Francesa, por meio da promoção da igualdade formal associada ao estado de intervenção mínima.

⁵⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 2008, p. 32-43. Consoante preleciona o autor, “o que se encarece, neste passo, é que a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica e absoluta é da igualdade, porque o texto da Constituição o impõe. Editada a lei, aí sim, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formulados em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada pela lei, ou ao menos, pela conjunção harmônica das leis”.

Assim, além do referido princípio, o rol de direitos fundamentais elenca, em seus dispositivos, mandamentos que vêm regulamentar, diretamente, a prestação jurisdicional.

Inicialmente, o princípio em comento traz a noção de acesso à tutela jurisdicional, ou acesso ao poder judiciário, o que, por vezes, não representará o acesso a uma tutela jurisdicional justa, equânime.

Mesmo socorrendo-se do aparato judicial, o ser humano poderá deparar-se com situações que lhe tolherão o verdadeiro direito de ter uma prestação jurisdicional adequada, como, a título exemplificativo, a possibilidade de ver sua demanda prorrogar-se por anos sem que se tenha efetivado a prestação jurisdicional. A mazela da morosidade processual, que desde os primórdios obsta o verdadeiro acesso à justiça.

A noção de acesso à justiça, aqui defendida, reproduz a essência dos trabalhos realizados por Mauro Capelletti e Bryant Garth⁵⁸, que “pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

De nada adiantaria promover o acesso formal à justiça, permitindo que todas as pessoas se utilizassem do aparato jurisdicional, tendo em vista a satisfação de seus direitos subjetivos, se esse mesmo complexo de institutos efetivamente não colocasse à disposição dos jurisdicionados instrumentos aptos à consecução dos valores insculpidos na Carta Magna, de forma adequada, útil e justa⁵⁹.

Como instrumento por meio do qual se realiza a prestação jurisdicional, o processo, assim sendo, assumiria a característica de um canivete suíço multifacetado, permitindo que vários institutos possuíssem a proeza de adaptar-se às mudanças impostas pela própria dinâmica social, sem que se fosse necessário alterar a estrutura das leis sempre que tais mutações sociais se manifestassem.

Logo, o acesso à justiça substancial vem otimizar a efetivação da prestação jurisdicional, fazendo com que os jurisdicionados sintam-se satisfeitos com o exercício do poder jurisdicional, a exemplo dos clientes que se mostram satisfeitos com determinada prestação de serviços realizada por ente privado no seio das

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988, p. 12.

⁵⁹ Consoante palavras proferidas pelo Professor Sérgio Torres Teixeira, durante exposição em aulas do programa de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco.

relações de consumo, analogamente, posto que a atuação do Estado no exercício do poder jurisdicional tem, em sua natureza, a essência de verdadeiro serviço público, e, desta forma, tal serviço deverá ser prestado por via menos onerosa e mais proveitosa possível, em relação aos jurisdicionados.

Assume, nesse sentido, o acesso à justiça a condição de direito fundamental de segunda geração, de natureza prestacional, impondo ao Estado – especificamente por meio das funções legislativa (em virtude da produção de leis que efetivamente busquem promover a solução dos conflitos sociais de forma aprimorada, estabelecendo uma legislação otimizada, no sentido de fornecer aos operadores do direito um veículo ágil, robusto e eficaz) e judicante (através da instituição de um aparato judicial com estrutura adequada à materialização dos preceitos postos pelo legislativo de forma eficiente) – o dever de realizar, por meio de conduta positiva, a implementação de soluções que venham contribuir substancialmente para a consecução deste fim, o acesso à justiça, tanto em sua perspectiva formal quanto em sua perspectiva substancial ou material.

Na condição de direito fundamental de segunda geração, compondo o rol dos direitos sociais, o acesso à justiça, outrossim, busca a realização do preceito da igualdade substancial, conferindo às partes que compõem a relação processual mecanismos suficientes à atenuação das desigualdades eventualmente existentes⁶⁰, buscando estabelecer um equilíbrio suficiente com fins de proporcionar aos litigantes uma condição de paridade entre estes, para que a supremacia de alguns não venha interferir, e, por assim dizer, macular a efetivação da prestação jurisdicional.

Pode-se expor, como corolário da assertiva supra, a inversão do ônus da prova nas relações consumeiristas, em que uma das partes, o consumidor, encontra-se naturalmente desfavorecido em relação à outra parte, o fornecedor. Vem, assim, o Código de Defesa do Consumidor, legislação de vanguarda no

⁶⁰ Cf. CAPPELLETTI; GARTH. op. cit., p. 25. Os autores vêm demonstrar a existência de manifestas desigualdades nas relações processuais, apresentando a figura do litigante habitual, nestes termos: “O professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes “eventuais” e “habituais”, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência judicial mais extensa. As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função destas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos”.

ordenamento jurídico pátrio, dispor de mecanismos que tenham como função precípua atenuar a visível e manifesta desigualdade existente entre as partes e, sendo assim, figura a inversão do ônus da prova como manifestação do acesso à justiça material, em se tratando das relações de consumo.

Comumente, a doutrina⁶¹ assevera se tratar o princípio do devido processo legal de princípio basilar e, talvez, o mais importante, em se tratando de direito processual, do qual se derivam todos os demais, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, dentre outros.

Entretanto, longe de se querer demonstrar a existência de uma supremacia entre princípios, por meio de uma ordem de hierarquia, a partir das considerações realizadas alhures, pode-se perceber que as máximas do acesso à justiça e do devido processo legal tem importância singular para o processo, permitindo, inclusive, demonstrar-se que, em realidade, o devido processo legal, em sua essência, como mandamento de otimização, tem a tarefa de estabelecer em seus consectários, implicitamente, a otimização e aprimoramento do aparato judicial, tudo em conformidade com um outro mandamento de otimização, o acesso à justiça.

O acesso à justiça vem assumir, assim, essa feição principiológica e sua natureza de norma jurídica impõe a observância de seu conteúdo, uma vez que no papel de direito fundamental devidamente positivado – ainda que não haja previsão expressa, decorrendo da própria sistemática inerente à ordem jurídica, e em conformidade com a possibilidade de se evidenciar normas jurídicas de determinado contexto, mesmo em face da inexistência de dispositivo expresso, seja constitucional, seja legal, como já vislumbrado supra, bem como da possibilidade de visualização de direitos fundamentais implícitos, a exemplo do princípio da segurança jurídica, e da abertura material do catálogo constitucional de direitos fundamentais, visto que o referido catálogo não obedece aos princípios da taxatividade e da tipicidade, permitindo a ampliação destes direitos subjetivos, além daqueles contidos nos artigos 5º e 6º da Carta Magna – passa a irradiar seus efeitos por todo ordenamento jurídico.

⁶¹ Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 2004, p. 70. Em suas argumentações, o autor aduz que “bastaria a Constituição Federal de 1998 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despididos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”.

Nesse sentido, o acesso à justiça se concretizaria a partir da tomada de soluções práticas, tais como o surgimento dos procedimentos especializados, a utilização dos institutos da mediação e arbitragem, bem como da concretização da proteção à dignidade humana, por meio da realização dos direitos fundamentais, no âmbito da efetivação da prestação jurisdicional.

Assim, a partir da realização dos direitos fundamentais que asseguram o processo (devido processo legal, razoável duração do processo, ampla defesa, contraditório, inafastabilidade do judiciário, juiz natural etc.) é que se pode vislumbrar o acesso à justiça na concepção destes autores.

Como a própria efetivação dos direitos fundamentais se traduzirá no acesso a uma tutela jurisdicional útil, adequada e justa, o próprio acesso à justiça, renovando as palavras de Mauro Capelletti e Bryant Garth, consoante supra, deve ser entendido como verdadeiro direito fundamental.

Reconhecendo a existência do direito fundamental do acesso à justiça, bem como a sua efetivação, estar-se-ia contribuindo para a realização da própria proteção à dignidade humana, posto que aqueles têm o escopo de materializar o valor insculpido no referido mandamento, elencado como fundamento do estado democrático de direito previsto na Carta Magna, de 1988.

3 PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

3.1 O surgimento dos procedimentos especializados

A morosidade processual não é uma questão recente nem privilégio do ordenamento jurídico pátrio. Ao longo dos séculos, os Estados sempre buscaram alternativas para promover uma tutela jurisdicional adequada. Surgem, assim, além das alternativas de resolução de conflitos extrajudiciais, novos mecanismos procedimentais que têm como objetivo a redução no lapso temporal que envolve as relações processuais.

Ao vedar a autotutela, o estado chama para si o dever de solucionar os litígios, aplicando a legislação ao caso concreto. Esse conceito de jurisdição é refinado por Fredie Didier⁶² quando o mesmo autor afirma se tratar de “função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”.

Tendo em vista a impossibilidade de apreciar as demandas submetidas ao poder judiciário, respeitando os ditames preconizados pelos princípios explorados neste ensaio, em virtude do crescente aumento de demandas e da escassez de recursos atinentes à própria estrutura do Poder Judiciário, o Estado inova, estabelecendo mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

Estes mecanismos vêm substituir a atividade Estatal, visando “desafogar” o aparato judicial e, de forma indireta, equalizar a situação de caos que tem na morosidade processual a principal causa.

Fábio Túlio Barroso⁶³ também elabora seu pensamento em consonância com tais argumentos, e, nesse sentido, leciona:

Pois bem, no que tange às dificuldades de se efetivar o processo judicial célere e dinâmico, denota-se, por outro lado, um deliberado fenômeno de sua privatização, com o fomento às formas extrajudiciais de solução de controvérsias, inclusive com a positivação de preceitos contrários à finalidade de alguns deles, como a obrigatoriedade de solução mediada nas comissões de conciliação prévia, tendo como paradigma um questionável sistema jurídico democrático (real). Assim, em vez de se efetivar uma

⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael **Curso de Direito Processual Civil**. 2010, volume 1, p. 82.

⁶³ BARROSO, Fábio Túlio. **Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho**. 2010, p. 59.

reestruturação física e legal do judiciário e do Direito Processual, respectivamente, aposta-se em uma exteriorização, ou, por vezes, na privatização de sua finalidade, qual seja, pacificar com justiça.

Como bem pondera o referido jurista, o Estado chega ao ponto de transferir para a esfera dos particulares as suas atribuições no tocante à prestação da tutela jurisdicional, quando permite que os indivíduos promovam a certificação de direitos subjetivos através dos mecanismos da arbitragem, da mediação e das comissões de conciliação prévia existentes na justiça laboral.

Ao lado destas formas extrajudiciais de pacificação social, emergem novos procedimentos peculiares, instituídos em função das próprias singularidades inerentes ao direito material que propõem efetivar, caracterizados por um lapso temporal reduzido, comparado ao tempo necessário e razoável do procedimento ordinário.

Ocorre que, de outro lado, o princípio da segurança jurídica impõe a devida observância aos mecanismos estabelecidos pela legislação, o que demanda tempo, necessariamente, tendo em vista a consecução dos atos impostos pela lei, consoante a cláusula do devido processo legal, surgindo, nessa toada, a necessidade de se estabelecer uma ponderação de valores, no sentido de conciliar os princípios informadores do processo, de modo a proporcionar a realização de um procedimento mais célere, sem, no entanto, se comprometerem as garantias processuais postas à disposição das partes.

Nesse sentido, Leonardo Koehler⁶⁴ comenta:

Não se pode perder de vista, por exemplo, que o direito das partes a um *fair hearing* exige um sistema eficiente de publicação das decisões, prazos suficientes para apresentação dos argumentos de cada uma das partes, o direito à prova e à impugnação das provas adversas, bem como o direito de impugnar as decisões judiciais por meio de recursos. Tudo isso demanda um determinado espaço de tempo, além do próprio período de reflexão do magistrado para proferir a decisão.

O legislador infraconstitucional, assim, busca conciliar este antagonismo que envolve os princípios da razoável duração do processo, e da segurança jurídica, associados diretamente ao princípio do devido processo legal, por meio da criação de procedimentos especializados, estabelecendo, no processo, uma cadeia de atos a ser realizada de forma necessária, consoante o princípio referido neste parágrafo, e otimizada em relação à natureza do direito subjetivo que se busca satisfazer por

⁶⁴ KOEHLER, Leonardo Augusto Leopoldino. **A Razoável Duração do Processo**. 2009, p. 29.

meio da prestação jurisdicional.

Os ditames estabelecidos pelos princípios processuais supramencionados estabelecem, paradoxalmente, a necessidade de se compor determinadas relações jurídicas processuais em um intervalo temporal reduzido, por assim dizer.

Como ressaltam Mauro Cappelletti e Byant Garth⁶⁵, “No entanto, o movimento mais importante em relação à reforma do processo se caracteriza pelo que podemos denominar de *desvio especializado* e pela criação de *tribunais especializados*”.

É nesse diapasão que surgem os procedimentos especiais para pequenas causas, pois “a violação dos direitos recentemente obtidos pelas pessoas comuns, tais como aqueles referentes às relações de consumo ou de locação, tendem a dar lugar a um grande número de causas relativamente pequenas contra (entre outros) empresas e locadores. A preocupação crescente por tornar esses direitos efetivos, no entanto, leva à criação de procedimentos especiais para solucionar essas “pequenas injustiças” de grande importância social⁶⁶”.

No ordenamento jurídico pátrio, em 07 de novembro de 1984, surge a Lei nº 7.244, que dispunha sobre a criação e o funcionamento dos juizados especiais de pequenas causas. O diploma legal, portador “de uma proposta revolucionária muito mais profunda que a de mera instituição de novos órgãos no contexto do poder judiciário⁶⁷”, estabelecia parâmetros para a implantação de leis estaduais que teriam a finalidade de criar os respectivos juizados especiais de pequenas causas.

O Estado do Rio Grande do Sul foi o pioneiro na implantação dos juizados especiais de pequenas causas, onde os primeiros começaram a funcionar no final do ano de 1986. Logo após, no início de 1987, o Estado de São Paulo implantava sua primeira unidade na capital.

Em um lapso temporal de quase 9 anos, já na vigência da Constituição Federal, de 1988, e de acordo com o que rezava o artigo 98, I, do respectivo diploma, a Lei 7.244, de 1984, foi revogada por outra lei, surgindo, em 26 de setembro de 1995, a Lei 9.099, Lei dos Juizados Especiais.

Em sua essência, o novo diploma legal manteve quase todas as características do diploma anterior. “As *pequenas causas* passaram a chamar-se oficialmente *causas cíveis de menor complexidade*, aumentou-se a competência dos

⁶⁵ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., 1988, p. 90.

⁶⁶ Ibid., p. 94-95.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2001, p. 19.

juizados, instituiu-se a execução forçada perante estes e a figura do *juiz leigo*”, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco.⁶⁸ (grifo do autor)

Logo, os Juizados Especiais Cíveis, em conformidade com o artigo 93 da Lei 9.099 de 1995, são órgãos da Justiça que têm a competência para conciliar, julgar e executar causas cíveis de menor complexidade, orientados pelos critérios da celeridade, informalidade, simplicidade e economia processuais.

Os Juizados Especiais Cíveis vêm ampliar o acesso à justiça, em sua perspectiva substancial, eis que, ao estabelecer um procedimento peculiar, a partir das especificidades dos direitos subjetivos que se busca resguardar, resta materializada a adequação preconizada pelo mandamento referido, o que vem possibilitar uma atuação eficiente do Estado no exercício do poder jurisdicional, permitindo que os litigantes sejam beneficiados com uma prestação de serviços aprimorada, o que lhes permitirá, igualmente, fruir dos benefícios inerentes à satisfação de seus direitos subjetivos.

3.2 Princípios norteadores dos juizados especiais cíveis

Em se tratando de matéria probatória, o artigo 32 da Lei dos Juizados Especiais estabelece que são admitidos, para demonstrar a veracidade dos fatos aduzidos pelas partes, todos os meios de prova moralmente legítimos, mesmo os não especificados na Lei, reproduzindo, basicamente, a redação do artigo 332, do Código de Processo Civil. Os meios de prova especificados por Lei são as denominadas provas típicas, compreendendo a prova testemunhal, a prova documental, o depoimento pessoal, a confissão, dentre outros. Além destas, a Lei permite a admissão das denominadas provas atípicas, ou inominadas, como a prova emprestada, a prova cibernética e a reconstituição dos fatos, na lição de Fredie Didier Júnior⁶⁹. Excluem-se, em conformidade com o texto constitucional, em seu artigo 5º, LVI, os elementos probatórios obtidos por meio ilícito.

Ocorre que os princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis, oralidade, informalidade, simplicidade e celeridade, impõem restrições nos procedimentos adotados no âmbito destes Juizados. Assim, os atos processuais deverão se submeter aos mandamentos trazidos por estes princípios, de modo que

⁶⁸ DINAMARCO, op. cit., 2001, p. 19.

⁶⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., volume 2, p. 49.

não venham a comprometer os ideais propostos pelo texto legal.

3.2.1 Princípio da oralidade

Cumpra, inicialmente, tecer algumas observações acerca do princípio da oralidade, eis que o mesmo vem delinear, de forma imediata, a produção probatória no procedimento especializado imposto pela Lei 9.099, de 1995, além da previsão constitucional expressa, prevista no artigo 98 da Carta Magna.

Consoante Nelson Nery Júnior e Rosa Nery⁷⁰, acerca do princípio da oralidade:

Consiste no conjunto de sub-princípios que interagem entre si, com objetivo de fazer com que seja colhida oralmente a prova e julgada a causa pelo juiz que a colheu. Compõem a oralidade: a) identidade física do juiz. b) a prevalência da palavra sobre a escrita; c) **a concentração dos atos processuais na audiência**; d) a imediação do juiz na colheita da prova; e) a inapelabilidade, em separado, das decisões interlocutórias. (grifo nosso)

A máxima da oralidade, assim, impõe a observância de determinados preceitos que, em sua acepção, importarão na existência de peculiaridades inerentes ao referido mandamento, posto que, em um primeiro momento, em regra, o juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento deverá ser o mesmo que prolatará a decisão. E não poderia ser diferente, posto que o magistrado que esteve em contato direto com a instrução têm subsídios suficientes para formular sua convicção e assim proferir a sentença, pelo que não seria razoável estender tal proeza àquele que efetivamente não teve contato direto com a instrução processual.

Impõe ainda a oralidade a supremacia da palavra sobre a escrita, permitindo que as partes realizem verbalmente atos que no procedimento ordinário requereriam a forma escrita, além de vedar a recorribilidade das decisões interlocutórias, as quais somente poderão ser reexaminadas quando do recurso da decisão definitiva.

Mas, para efeitos do presente ensaio, importância peculiar tem a imposição de se realizar a colheita de provas no curso da audiência de instrução e julgamento, uma vez que todos os atos processuais deverão encontrar-se concentrados no referido momento.

⁷⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 2004, p. 142 apud DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 142.

Em consonância com o exposto, se posiciona Ovídio Baptista da Silva⁷¹:

Para que a oralidade, representada por esse contato pessoal do julgador com a causa, surta todos os seus benéficos efeitos, torna-se necessária a redução de toda a instrução processual a um número mínimo de audiências, se possível a uma única audiência onde se façam, desde logo, a instrução da causa e seu julgamento.

O mandamento em destaque, corolário direto de um procedimento especializado que traz em seu bojo a atenuação dos efeitos do elemento tempo, prioriza e otimiza a prática de atos processuais, para que estes possam concentrar-se em um momento único, durante a audiência de instrução e julgamento, ensejando a diminuição do tempo requerido para a prática dos referidos atos em relação aos ditames do procedimento ordinário, posto que os atos processuais de conciliação, depoimento de testemunhas, interrogatório das partes, apresentação de documentos, dentre outros, recebam um tratamento diferenciado, no sentido de aprimorá-los com fins de se promover a realização dos respectivos atos em um único momento, tornando o procedimento célere, poupando as partes de se submeterem ao risco dos prejuízos causados pela mazela da morosidade processual.

Assim, em consonância com o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, toda a produção probatória, necessariamente, dar-se-á no curso da audiência de instrução e julgamento, não sendo permitida a sua dilação além daquele momento processual, nos moldes estabelecidos pelo princípio alhures mencionado.

Não haveria, nessa toada, a possibilidade de permitir que as partes se utilizem de meios probatórios cuja produção demandasse tempo excessivo, importando na impossibilidade de sua realização no curso da audiência referida, ainda que legítimos e moralmente admitidos.

Por tal razão, resta impossibilitada a produção de prova pericial no âmbito do procedimento especializado que possui em suas diretrizes a oralidade, posto que a perícia pressupõe exame sobre pessoas ou coisas, fato este que, a depender de circunstâncias específicas, importaria na dilação da audiência de instrução e julgamento, para que ao perito fosse dispensado tempo hábil, permitindo que este realizasse a sua análise acerca do objeto da perícia, e, em momento posterior, viesse a juízo expor suas conclusões.

⁷¹ SILVA, Ovídio Araújo Batista. **Curso de processo Civil**. 1998, Volume 1, p. 66.

Cândido Rangel Dinamarco⁷² sintetiza tal assertiva, de forma clara e objetiva:

Nem podem ter lugar as *perícias formais*, no juizado. Seu procedimento é complexo e demorado, além de encarecer o serviço jurisdicional. A *inspeção judicial* que a lei permite, a *inspeção informal* por auxiliar da confiança do juiz e a *inquirição de técnico* (art. 35 – *supra*, n. 76) são medidas que, possibilitando ao juiz o contato direto com as fontes reais de prova e a colheita de informes técnicos, visam a suprir a ausência de perícia. Se fosse permitida a prova pericial, ter-se-iam, nos juzados especiais processos eternizando-se por meses ou anos, em total distorção da idéia de celeridade e concentração que anima sua lei específica. (grifos do autor)

Apesar de vedar a produção de prova pericial, o diploma regulamentador do procedimento especializado respectivo permite a utilização de outros meios probatórios similares, mas que, por não comprometerem os ditames impostos pela oralidade, possibilitam sua produção no transcorrer da audiência de instrução e julgamento, em consonância com a redação do artigo 35, desta lei, ao permitir que seja realizada inspeção informal por auxiliar da confiança do juiz, bem como a inquirição de técnico, ressaltando que, nestas hipóteses, obrigatoriamente, devem ser observados os ditames inerentes à oralidade, especificamente no que tange à concentração dos atos processuais em um momento único.

Corroborando com o respectivo argumento, Marcos Maurício Bernardini⁷³ assim ensina:

Para evitar tais discrepâncias e uma morosidade, já costumeira na Justiça comum, foi instituído o sistema dos Juzados, exatamente para que isso não ocorra e, a prova pericial é exatamente diversa do objetivo principal de celeridade dos juzados. Afinal, prova pericial é complexa e tem um procedimento próprio estabelecido no Código de Processo Civil, procedimento este moroso e oneroso para as partes [...].

Nesse sentido, em se tratando de Juzados Especiais, os atos processuais, especificamente no que diz respeito à produção de provas, sejam típicas ou atípicas, nos moldes estabelecidos pelo Código de Processo Civil, devem observar, necessariamente, os preceitos constitucionais previstos no artigo 98 da Carta Magna, bem como os mandamentos contidos no artigo 2º, da Lei dos Juzados Especiais Cíveis, ou seja, a devida observância aos princípios da celeridade, simplicidade e informalidade processuais, além destes, o princípio da oralidade e seus sub-princípios, no intuito de não embarçar o procedimento insculpido no

⁷² DINAMARCO, op. cit., p. 154.

⁷³ BERNARDINI, Marcos Maurício. **Juzados Especiais Cíveis. Provas Técnicas e Perspectivas Gerais** (Federais, Criminais e de Família). 2001, p. 33.

referido diploma legal, o que o tornaria extremamente moroso e dispendioso para as partes.

Além da previsão da máxima da oralidade, outros princípios constitucionais que irradiam seus efeitos no processo civil encontram-se consolidados no rol de direitos fundamentais, representados pelos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

3.2.2 Princípio da ampla defesa

Importa, doravante, analisar o princípio da ampla defesa, em virtude das limitações impostas a este mandamento, quando irradia seus efeitos na seara do procedimento especializado previsto na Lei 9.099, de 1995

Alexandre de Moraes⁷⁴ afirma que “*por ampla* defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário”.

A ampla defesa, ou plenitude do direito de defesa⁷⁵, promove uma produção probatória complexa, dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, de forma que não se tratando de provas obtidas por meios ilícitos, é facultado às partes, em processos judiciais ou administrativos, conforme supra, a produção de quaisquer meios probatórios, típicos ou atípicos, em consonância com o disposto no artigo 332, do Código de Processo Civil.

As partes podem se utilizar de quaisquer meios probatórios hábeis à demonstração de seus argumentos, desde que tais categorias não violem os preceitos atinentes à produção probatória, já destacados alhures, conferindo a norma uma amplitude considerável, permitindo, inclusive, que além das espécies elencadas pela ordem jurídica, as provas típicas, seja possível a produção de outras categorias não previstas no ordenamento jurídico, as provas atípicas.

Importante destacar que o processo civil figura como verdadeiro instrumento⁷⁶ para a consecução dos valores insculpidos na Constituição Federal, valores estes que, em sua essência, visam a promoção do princípio fundamental da proteção à

⁷⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2005, p. 93.

⁷⁵ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 1992, p. 378.

⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2003, p. 49.

dignidade da pessoa humana, em conformidade com explorado supra.

Nesse sentido, os atos processuais, especialmente a produção de provas, típicas ou atípicas, nos moldes estabelecidos no Código de Processo Civil, devem observar, necessariamente, os preceitos contidos no artigo 2º, da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, ou seja, a devida observância aos princípios da celeridade, simplicidade, informalidade processuais e, especialmente, dos princípios constitucionais da oralidade e da ampla defesa, com fins de não embaraçar o procedimento insculpido no referido diploma legal, o que o tornaria extremamente moroso e dispendioso para as partes.

3.2.3 Antinomia envolvendo os princípios da oralidade e da ampla defesa

Tomando-se como parâmetro a impossibilidade de produção de prova pericial acima exposta, surge um paradoxo envolvendo os dois princípios analisados, tendo em vista que sob o prisma da ampla defesa, seria plenamente aceitável admitir o referido meio probatório em sede de juizados especiais cíveis, visto que, ao assegurar a plenitude do direito de defesa, permitiria a realização da prova pericial, que, inclusive, figura no rol das provas típicas, ao passo que a observância ao princípio da oralidade tornaria impossibilitada tal façanha, uma vez que tal categoria implicaria em uma dilação da instrução probatória para além dos limites temporais fixados pela duração da audiência de instrução e julgamento.

Além da doutrina, a jurisprudência se posiciona no sentido da inadmissibilidade da produção de prova pericial no âmbito da Lei 9.099, de 1995, e, nesse sentido, urge transcrever acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos termos que seguem:

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Conflito de competência nº 96.011259-6, de Blumenau. Relator: Des. Eder Graf. COMPETÊNCIA - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO - NECESSIDADE DE PERÍCIA COMPLEXA - INVIABILIDADE DE SUA REALIZAÇÃO NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS. "A realização de perícia médica, que implique na produção de prova fora da audiência, com a apresentação de laudo escrito, enseja o prolongamento da instrução, em dessintonia com os princípios da *simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade*, todos norteadores do sistema especial" (Des. Nelson Schaefer Martins).

Note-se que, apesar de não constar expressamente na ementa, é nítida a alusão ao princípio da oralidade, subsidiando a decisão, especificamente quando se

faz menção à impossibilidade de realização de prova para além dos limites temporais da audiência de instrução e julgamento.

Extraído, ainda, do referido acórdão, faz necessário destacar a lição do Desembargador Pedro Manoel Abreu acerca das razões que subsidiaram tal *decisum*:

Fiel ao preceito constitucional, verificando-se hipótese em que a causa, seja pelo seu valor expressivo, ou pela sua complexidade em termos fáticos e jurídicos, apresente questões de alta indagação, demandando a produção de prova pericial de maior precisão técnica, nada impede que o Juiz, de ofício ou a requerimento da parte, ordene a remessa dos autos para a jurisdição comum, conforme adverte o magistrado Joel Dias Figueira Jr. (*in* Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ed. Obra Jurídica, 1996, p. 66).

Por todo o exposto, e em consonância com os argumentos acima colados, infere-se que os princípios da oralidade e da ampla defesa subsidiam a decisão esculpida neste acórdão analisado, fazendo com que o Tribunal julgasse improcedente o conflito negativo de competência suscitado.

Inicialmente, o intérprete desatento poderia identificar um aparente conflito, ou tensão, entre um princípio constitucional e um princípio estabelecido em legislação infraconstitucional.

Seguindo o critério hierárquico, não seria admissível que, *a priori*, os princípios contidos na Lei dos Juizados Especiais Cíveis – oralidade, informalidade, celeridade e simplicidade – promovessem verdadeira restrição ao princípio constitucional da ampla defesa, direito fundamental consagrado no ordenamento jurídico pátrio, impedindo a produção de meios probatórios moralmente legítimos, tendo em vista os preceitos estabelecidos na referida legislação ordinária.

Em verdade, a tensão existente abrange normas de mesmo nível hierárquico, uma vez que ambos os princípios contrapostos, oralidade e ampla defesa, encontram-se previstos na legislação constitucional, com a redação do artigo 98, expressamente impondo a máxima da oralidade, enquanto que a ampla defesa figura de forma também expressa no rol de direitos fundamentais.

Na qualidade de princípios, os dois referidos mandamentos de otimização devem ser considerados como direitos fundamentais, eis que asseguram ao ser humano a garantia de uma prestação jurisdicional eficiente, ao possibilitar uma produção probatória de amplitude extensa (ampla defesa) em um intervalo temporal relativamente ínfimo (oralidade), tudo em conformidade com outro princípio, o devido processo legal.

Evidencia-se, desta maneira, a existência de uma tensão envolvendo normas garantidoras de direitos fundamentais, o que requer a devida solução no sentido de se identificar qual norma prevalecerá sobre a outra, e de que forma.

Ocorre que mesmo os direitos fundamentais são passíveis de limitações. Tais limitações acontecem de forma expressa (realizadas diretamente, pela própria Constituição Federal, ou indiretamente, pela Lei) ou de forma tácita (através de limites implícitos ou imanentes), segundo leciona Suzana de Toledo Barros⁷⁷. Assim, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a aplicação do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito⁷⁸, quando da existência de tensões envolvendo aqueles, também em conformidade com os ditames estabelecidos por Robert Alexy, examinados no primeiro capítulo deste trabalho.

Examinando-se os três subprincípios, teremos que a “adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida⁷⁹”. É a fase inicial da aplicação do princípio da proporcionalidade, onde são averiguados quais os meios aptos à consecução do fim almejado.

A necessidade, por sua vez, estabelece que a “medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa⁸⁰”. Dentre todas as medidas disponíveis, o intérprete deverá optar pela menos gravosa.

O subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, impõe a observância de se utilizar o(s) meio(s) adequado(s) e necessário(s), em razoável proporção, com o fim perseguido, evitando-se, assim, o cometimento de práticas excessivas⁸¹.

Nelson Nery⁸², nesse sentido, esclarece:

Segundo o princípio da proporcionalidade, também denominado de “lei da ponderação”, na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o

⁷⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos fundamentais**. 2000, p. 160.

⁷⁸ *Ibid*, p. 157.

⁷⁹ *Ibid*, p. 76.

⁸⁰ *Ibid*, p. 79.

⁸¹ *Ibid*, p. 83.

⁸² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 197.

desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

Assim sendo, é perfeitamente possível que haja determinada sujeição dos direitos fundamentais à reserva imposta por lei ordinária restritiva, quando há previsão constitucional expressa estabelecendo a possibilidade da respectiva restrição⁸³.

A restrição, *in casu*, torna-se mais evidente quando se trata de normas conflitantes de mesma hierarquia, como se observa no parâmetro seguido, quando uma das normas sofrerá uma atenuação no tocante à sua aplicabilidade em face da prevalência de outra norma, com dimensão de peso superior.

A ponderação envolvendo os princípios da ampla defesa e da oralidade deve ser realizada no sentido de conferir uma restrição ao primeiro mandamento imposta pelo segundo mandamento, tendo em vista uma maior dimensão de peso conferida ao princípio da oralidade em relação ao princípio da ampla defesa, o que impossibilitaria, perfeitamente, a admissibilidade de meios probatórios que impliquem em dilação temporal, impossibilitando sua realização no curso da audiência de instrução e julgamento, a exemplo da prova pericial.

Mesmo os direitos fundamentais que não estariam sujeitos à cláusula restritiva expressa, não seriam insuscetíveis de quaisquer limitações⁸⁴.

Nesse sentido, Suzana de Toledo Barros⁸⁵ afirma que:

Para prevenir os inúmeros conflitos resultantes de pretensões colidentes, a fim de garantir segurança jurídica nas relações sociais, justifica-se, frequentemente, a edição de leis que restrinjam o exercício dos direitos considerados, sem que, para tanto, exista uma específica autorização constitucional. Nestes casos, tem-se que a coexistência espaço-temporal de direitos pode ser validamente prevenida, desde que a tarefa de concordância prática respeite os limites dados principalmente pelo princípio da proporcionalidade.

Entretanto, há de se considerar a existência de uma situação peculiar, expressamente permitida pela legislação infraconstitucional, em que a ponderação envolvendo os princípios da ampla defesa e da oralidade se dará de forma diversa.

Tal ressalva se dá em torno da análise da possibilidade de produção de prova pericial no âmbito dos juizados especiais cíveis federais, consoante se infere da redação do artigo 12, da Lei 10.259, de 2001, Lei dos Juizados Especiais Federais.

⁸³ BARROS, op. cit., p. 163.

⁸⁴ Ibid., p. 166.

⁸⁵ Ibid., p. 175.

O fundamento para que se estabeleça uma ponderação entre os princípios mencionados, de forma diversa daquela estabelecida neste capítulo reside no fato de que a competência do juízo, nos termos da Lei 10.259, de 2001, é absoluta em razão do valor, o que obriga os indivíduos a ajuizarem suas pretensões perante esta justiça especializada, quando a causa for inferior a sessenta salários-mínimos. Desta forma, em sede de juizados especiais cíveis federais, a vedação à produção de prova pericial se traduziria em mitigação desproporcional do princípio da ampla defesa acima mencionado.

Invertendo-se os polos da ponderação, tem-se que, destarte, o princípio da ampla defesa terá uma dimensão de peso maior em relação ao princípio da oralidade, o que permitirá a realização de prova pericial.

Contudo, o princípio da oralidade, ainda assim, impõe sua essência, e, nesse sentido, os prazos para apresentação do laudo pericial são reduzidos, quando comparados aos prazos legais do procedimento ordinário aplicados ao instituto da perícia, mesmo assim, tal ressalva só é admitida em se tratando de causas previdenciárias.

Tal característica não se encontra presente quando se trata do procedimento preconizado pela Lei 9.099, tendo em vista que o demandante pode optar tanto pelo procedimento ordinário quanto pelo sumário, quando se trata de causa de valor inferior ao limite estabelecido por este dispositivo legal.

Assim, quando a causa envolver questões complexas, segundo entendimento já exposto quando da análise do primeiro acórdão, deverá ser proposta nos moldes do procedimento ordinário, em consonância com o princípio da oralidade.

Cumprido ressaltar, por fim, que quando se trata do procedimento esculpido na Lei 10.259, de 2001, a maior dimensão de peso do princípio da ampla defesa, quando da aplicação da ponderação, permitirá a produção de prova pericial, enquanto que nos moldes da Lei 9.099, de 1995, a maior dimensão de peso do princípio da oralidade vedará a respectiva produção probatória, o que impossibilitaria, por analogia, conferir a mesma sistemática aos dois procedimentos especializados.

A restrição do direito fundamental compreendido pelo princípio constitucional da ampla defesa, no tocante ao procedimento especializado da Lei 9.099, de 1995, assim, encontra supedâneo na aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a produção de meios probatórios que viessem a comprometer os

valores preconizados pelo ordenamento jurídico, em especial o princípio da oralidade, violaria o subprincípio da proporcionalidade *strictu sensu*, traduzindo-se em verdadeiro excesso.

Desta forma, é perfeitamente admissível que ocorra uma restrição ao exercício do direito fundamental à livre produção probatória, evidenciado pelo princípio da ampla defesa, por meio de uma legislação infraconstitucional, *in casu*, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, uma vez que a própria previsão constitucional do referido diploma legal já estabelece a restrição expressamente, ao trazer a previsão da máxima da oralidade.

A não limitação na produção dos meios probatórios se traduziria em uma verdadeira violação ao princípio da oralidade que, apesar de não previsto expressamente como direito fundamental, encontra previsão constitucional no artigo 98 e na Lei 9.099, de 1995, tornando sem efeito os benefícios trazidos no bojo desta legislação.

Impõe-se, nesse sentido, uma ponderação entre os princípios constitucionais da ampla defesa e da oralidade, promovendo, consoante Ronald Dworking e Robert Alexy, a aplicação dos referidos princípios na maior medida possível, respeitando-se suas dimensões de peso requisitadas pelos fins propostos pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais.

4 TESTEMUNHA TÉCNICA

4.1 Teoria do fato jurídico

Inicialmente, faz-se necessário tecer considerações propedêuticas acerca das teorias que apresentam a formação do fato jurídico, com fins de proporcionar uma melhor compreensão dos institutos que serão analisados adiante.

O mundo é composto pela soma de todos os fatos ocorridos⁸⁶, sejam eles originados da atuação humana, sejam eles oriundos de algum fenômeno natural⁸⁷, e representa, desta forma, o campo fértil para a ocorrência de fatos futuros.

O Direito, como instrumento de adaptação social, não tem o condão de regulamentar todos os acontecimentos naturais ou humanos, pretéritos, presentes ou futuros. Determinados eventos ou condutas, em virtude de sua relevância para as relações intersubjetivas, levando-se em consideração a repercussão destes fenômenos no meio social, merecem a devida regulamentação efetivada pelo Direito, por meio de uma norma jurídica⁸⁸. Os demais acontecimentos, tendo em vista sua irrelevância para a ordem social, não merecem o tratamento dispensado pela Ciência Jurídica.

4.1.1 O fenômeno da juridificação

Os ideais liberais burgueses do século XIX promoveram grandes mudanças nas relações sociais daquela época. Com a revolução francesa, o Estado intervinha cada vez menos nas relações privadas, fazendo com que o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos predominasse na cena social então vigente, sob o manto da proteção à liberdade individual, bem como à igualdade formal, uma vez que, ao não

⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo I. 2000, p. 49.

⁸⁷ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 2012, p. 38, onde o autor utiliza-se da classificação proposta por Lourival Vilanova, abordando o fato jurídico sob a perspectiva de duas categorias, a saber: (a) condutas, como fatos oriundos da atuação humana, seja ela volitiva ou avolitiva; e (b) eventos, como todos os acontecimentos derivados de fenômenos naturais, ocorridos independentemente da atuação humana, ainda que o homem tenha participação efetiva, v.g., nascimento, morte, etc.

⁸⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2001, p. 72-78 e 90. A norma jurídica, na visão do autor, seria classificada como uma proposição, tendo em vista a coerência presente em seu enunciado; prescritiva, já que traz, em seu bojo, um comando que influencia diretamente no comportamento alheio, moldando-o; e na forma de um imperativo heterônomo, pois, tendo como critério a relação existente entre sujeito ativo e passivo, o sujeito que formula a norma é diverso do sujeito que executa a norma.

ingerir nas relações privadas, a norma não previa tratamento diferenciado visando atenuar situações que em seu bojo evidenciavam desigualdades existentes entre as partes.

Com o advento do Estado social, os anseios pela proteção a direitos antes ignorados tornam-se cada vez mais constantes, exigindo do legislador uma atividade incessante, no tocante à produção normativa destinada a resguardar tais prerrogativas.

O elemento característico do Estado social reside no reconhecimento de uma igualdade substancial, ao reconhecer, igualmente, a existência de uma posição de inferioridade de determinados sujeitos em relação a outros, o que resta evidenciado nas relações de trabalho, nas relações consumeristas, dentre outras.

Impõe-se, nessa via, a necessidade de se conferir tratamentos distintos a determinadas classes de indivíduos, com fins de se estabelecer o equilíbrio necessário à pacificação das relações jurídicas, conferindo tratamento desigual aos que estão em relação de desigualdade, e igual àqueles que se encontram em um mesmo nível de igualdade, fenômeno doutrinariamente denominado de igualdade substancial.

Acerca do fenômeno da juridificação, Bernardo Sorj⁸⁹ leciona nos seguintes moldes:

*A juridificação da sociedade, como todo conceito que entra na moda, transforma-se em uma noção que cobre um vasto território de questões e pontos de vista, por vezes complementares, por vezes contraditórios. De acordo com Habermas, essa noção (*Rechstaatbestände*, em alemão) surgiu na República de Weimar em referência à expansão e adensamento do direito positivo na sociedade moderna e particularmente à institucionalização do conflito de classes, à legislação trabalhista e à regulação do conflito social. O conceito de juridificação, tal como definido por Habermas, refere-se a um processo de “ondas sucessivas e cumulativas de juridificação” pelo qual as relações sociais seriam *colonizadas* pela crescente atividade reguladora do Estado.*

Surge, nesta seara, o processo de juridificação das relações sociais, tendo como protagonista o *Welfare State*, ou Estado de bem-estar social, que se propõe a regular determinadas relações privadas antes ignoradas pelo Estado mínimo, característico do ideal liberal.

Tais mudanças ainda implicaram, diretamente, na necessidade de revisão de determinados conceitos estabelecidos pela teoria geral do Direito, como, v.g., a

⁸⁹ SORJ, Bernardo. **A Nova Sociedade Brasileira**. 2001, p. 102.

dicotomia romana direito público-privado, como bem pondera Paulo Lôbo⁹⁰:

Ultimamente, a grande dicotomia direito público e privado entrou em profunda crise de pertinência e atualidade, no sistema jurídico romano-germânico, a que se filia historicamente o direito brasileiro. No âmbito da teoria jurídica é frequente a afirmação de sua desnecessidade ou inutilidade, ante as transformações que o direito sofreu no Estado social e a superação da ideologia individualista que impregnava o Estado liberal e que projetava no direito a pretendida separação Estado/indivíduo.

Consoante exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a partir da segunda metade do século XX, o neoconstitucionalismo impôs mudanças na relação do direito constitucional em relação aos demais ramos do direito, integrantes da legislação infraconstitucional, pois, como se viu, a Constituição passa a irradiar seus valores por todo o ordenamento jurídico, promovendo uma alteração paradigmática no tocante à produção legislativa, bem como na hermenêutica jurídica.

Acerca da constitucionalização dos ramos do direito, aduz Paulo Lôbo⁹¹:

O que antes era reserva exclusiva da autonomia dos indivíduos transmutou-se em objeto de intervenção legislativa, judicial e administrativa do Estado, máxime a partir da constitucionalização dos antigos direitos privados. Passou a ser comum que diversos institutos do direito civil fossem objeto de intervenção estatal mais ou menos intensa, o que não lhes retirou a natureza de direito privado em virtude da intensidade da intervenção estatal nas relações privadas.

Além da revolução francesa, a revolução industrial contribuiu para o nascimento de novos conflitos sociais. A multiplicação das populações urbanas, devido ao êxodo das populações campesinas para os pátios das grandes indústrias, implicou em novas relações sociais, em especial as relações de consumo, advindas do escoamento das produções industriais.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti⁹² afirma:

Os fenômenos do nascimento do *welfare state* e do crescimento dos ramos legislativo e administrativo foram por si mesmos, obviamente, o resultado de um acontecimento histórico de importância ainda mais fundamental: a revolução industrial, com todas as suas amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais. Essa grandiosa revolução assumiu uma característica que se pode sintetizar numa palavra certamente pouco elegante, mas assaz expressiva: “massificação”.

O Estado, desta forma, assume a tarefa de regulamentar vínculos intersubjetivos antes ignorados por este ente, por meio do fenômeno da juridificação,

⁹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil** – Famílias. 2011, p. 44.

⁹¹ Ibid., p. 45.

⁹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. 1993, p. 56.

estabelecendo consequências jurídicas para fatos anteriormente alheios à ótica do Direito.

Assim, a própria sociedade, por meio de sua comunidade jurídica⁹³, e lastreada em aspectos culturais, estabelece quais fatos necessariamente deverão ser tratados pelos critérios objetivos apontados pela ordem jurídica, tendo em vista o grau de repercussão imposto pelos mesmos no seio social.

Essa tríplice matriz, também apontada por Miguel Reale⁹⁴, compõe a Teoria Tridimensional do Direito, onde o mesmo autor tece considerações acerca da Ciência Jurídica sob a ótica de três aspectos básicos: (a) fenomenológico (o Direito como fato social, derivado de acontecimento natural ou humano); (b) axiológico (a valoração estabelecida pelo grupo social, tendo em vista o ideal de justiça); e, por fim, (c) normativo (o Direito como ordenamento jurídico, complexo de normas jurídicas). A concretização destes três aspectos, conjuntamente, faz surgir o fato jurídico.

Logo, face às considerações alhures elencadas, urge transcrever o conceito de fato jurídico na acepção de Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze. Consoante os mesmos, fato jurídico, em sentido amplo, seria todo acontecimento natural ou humano capaz de criar, modificar, conservar ou extinguir relações jurídicas⁹⁵, vínculos intersubjetivos em que há o surgimento de direitos subjetivos e deveres jurídicos em torno de um objeto juridicamente tutelado por meio de uma norma jurídica⁹⁶, denominado de bem⁹⁷.

O fato jurídico surge a partir da incidência de uma norma sobre determinado acontecimento, fenômeno denominado de juridicização⁹⁸, tendo em vista que o suporte fático, proposto pela norma, é integralmente preenchido em todos os seus elementos, quer dizer, os elementos estabelecidos pela hipótese normativa encontram-se, em sua completude, materializados por meio dos acontecimentos do

⁹³ Cf. MELLO, op. cit., p. 38. Preceitua o autor que “a comunidade jurídica valora os fatos e, através das normas jurídicas que adota, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano.”

⁹⁴ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2003, p. 64, 65.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Volume I. 2011, p. 332.

⁹⁶ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2012, p. 135, 136. O conceito formulado alhures, decorre das lições deste autor na referida obra.

⁹⁷ Cf. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil**. LINDB e Parte Geral. Volume I. 2011, p. 369. Nesse sentido, o autor traz a noção de bem como sendo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas, independentemente de sua natureza patrimonial ou extrapatrimonial.

⁹⁸ Cf. EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 437.

mundo físico, fazendo, assim, com que a norma jurídica classifique esta situação como fato jurídico, e, automaticamente, promova sua incidência sobre estes fenômenos, conduzindo-os na forma estabelecida pelo regramento normativo.

A existência de relações jurídicas, consoante afirmado no parágrafo anterior, importa, diretamente, no surgimento de direitos subjetivos, prerrogativas estabelecidas em favor dos sujeitos daquele vínculo tutelado juridicamente, que, uma vez violados pela outra parte que compõe a relação, em face do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988, faz com que o titular do direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão possa socorrer-se do aparato jurisdicional, com fins de salvaguardar as referidas prerrogativas.

4.2 Questões de fato e questões de direito

Ao resguardar direitos subjetivos, a ordem jurídica atribui, ao titular de tais prerrogativas, consoante alhures, a faculdade de buscar a efetivação destes direitos por meio da atuação do Estado no exercício do poder jurisdicional, ao permitir que qualquer pessoa deduza, perante o órgão judiciário competente, suas argumentações, no sentido de trazer à baila a afirmação da existência de um vínculo jurídico que originou seu direito, já violado ou ameaçado de sofrer alguma lesão.

Quando da afirmação da lesão ou ameaça de lesão a direito, surge a presunção da existência de interesses antagônicos que deflagraram tal violação, eis que, necessariamente, esta lesão ou ameaça de lesão a direito somente subsiste, se efetivamente o fato narrado pela parte que suporta o prejuízo é adjetivado por uma norma jurídica.

Os interesses antagônicos apontados no parágrafo anterior surgem na forma de questões, pontos de fato ou de direito controvertidos⁹⁹, submetidos à apreciação do órgão judiciário, para que, a partir do pronunciamento jurisdicional, possa-se verificar a concretização da lesão ou ameaça de lesão a um interesse juridicamente tutelado.

As questões versarão acerca de dois aspectos apontados pela Teoria Tridimensional do Direito, quais sejam: o aspecto fenomenológico, representado

⁹⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 305.

pelos acontecimentos físicos, naturais ou humanos, que fizeram surgir os fatos adjetivados pela norma jurídica; ou contradições que circundam o aspecto normativo daquela teoria, as questões atinentes à própria existência ou, até mesmo, possibilidade de incidência da norma jurídica, a partir da atividade hermenêutica.

Desta forma, preleciona Fredie Didier¹⁰⁰, ao afirmar que:

Considera-se questão de fato toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos de incidência; toda questão relacionada à existência e às características do suporte fático concreto, pouco importa se, examinada pela perspectiva do objeto, é questão de fato ou questão de direito. Por exemplo: toda questão relacionada à causa de pedir será considerada questão de fato.

Será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência do suporte fático; toda questão relacionada à tarefa de subsunção do fato (ou conjunto de fatos) à norma.

A partir das mesmas conclusões deste autor, verifica-se que as questões de direito poderiam ser verificadas pelo magistrado *ex officio*, tendo em vista que do direito cuida o juiz (*iura novit cúria*), eis que o magistrado não precisa da iniciativa da parte para identificar a norma jurídica aplicável ao caso concreto, enquanto que algumas questões de fato, como as relacionadas à causa de pedir, somente seriam apreciadas pelo juízo mediante provocação das partes que compõem a relação processual¹⁰¹.

As questões de fato seriam aquelas relacionadas com os elementos que compõem o suporte fático da norma jurídica, que determinam a existência do fato jurídico; enquanto que as questões de direito estariam atreladas à produção de efeitos a partir da juridicização.

O indivíduo que invoca a tutela jurisdicional para salvaguarda de interesses, em sua argumentação, deve suscitar questões de fato e questões de direito a serem apreciadas pelo magistrado, com fins de alcançar o pronunciamento realizado por este, essencial à efetivação de seu direito.

4.3 Da prova do fato jurídico

Ao vedar a autotutela, o ordenamento jurídico, por meio do direito de ação, possibilita ao titular de interesses juridicamente tutelados, em face de lesão ou ameaça de lesão aos citados interesses, que o mesmo busque a proteção e

¹⁰⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 310.

¹⁰¹ Ibid., p. 310.

efetivação de seus direitos subjetivos através do provimento jurisdicional estatal.

Entretanto, a alegação, em juízo, da existência de lesão ou ameaça de lesão de direito subjetivo, pressupõe a existência de determinada relação jurídica que originou o respectivo direito subjetivo, relação esta, por sua vez, originada a partir de um fato jurídico, pois somente com a incidência de uma norma jurídica sobre o fato ou conjunto de fatos pode-se perquirir acerca da produção de efeitos elencados na própria proposição normativa.

Consoante lições de Fredie Didier¹⁰²:

Em qualquer postulação judicial, impõe-se ao requerente a descrição dos fatos e do enquadramento normativo de seu pleito. Isso acontece sempre, quer se trate de uma demanda inicial, quer se trate de um recurso, de uma contestação, de um requerimento de nulidade de ato, de produção de prova, de um juízo de retratação etc.

Assim, torna-se imprescindível a demonstração da existência do fato jurídico que desencadeou a relação jurídica e que fez surgir, desta forma, o direito subjetivo posto em questão.

Ocorre que a existência de determinado fato jurídico, por vezes, só poderá ser demonstrada através do instituto da prova, consoante lição de Marcos Ehrhardt Júnior¹⁰³:

Dito de outro modo, é no Código Civil que se encontra disciplinado qual meio de prova serve para demonstrar a existência de determinado fato, cabendo ao Código de Processo Civil indicar como tal prova deve ser apresentada em juízo (forma, tempo e cautelas para constituição). Vale destacar que independem de prova fatos incontroversos, aqueles tidos como verdadeiros por presunção legal, aqueles conhecidos pela generalidade de pessoas (notórios), negativas absolutas (porque é impossível demonstrar sua ocorrência) e o direito invocado, uma vez que *jura novit cúria*, ou seja, o juízo presumidamente conhece as normas jurídicas aplicáveis ao caso, salvo nas hipóteses do art. 337 do CPC.

A prova, nesse sentido, é instituto de direito material, que tem por finalidade demonstrar a existência de um fato jurídico, desencadeador de relações jurídicas e seus consequentes direitos subjetivos¹⁰⁴, quando da necessidade de demonstração da existência de determinada relação jurídica no bojo de uma relação jurídica processual.

¹⁰² DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 310.

¹⁰³ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 585.

¹⁰⁴ Cf. FERRAZ JÚNIOR., op. cit., p. 295. Preleciona o autor que “a prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, seu caráter ético. No sentido etimológico do termo - *probatio* advém de *probus* que deu, em português, *prova* e *probo* -, provar significa não apenas constatação demonstrada de fato ocorrido - sentido objetivo -, mas também aprovar ou fazer aprovar - sentido subjetivo.”

Afirma Ovídio Baptista¹⁰⁵ que:

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra *prova* é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio *instrumento* utilizado, ou o *meio* com o que a prova se faz. (Grifos do autor)

Cumprido ressaltar que o objeto da prova é, em regra, tão somente a demonstração de determinado acontecimento físico, seja este um evento ou conduta, que uma vez adjetivado pela norma jurídica, tornou-se fato jurídico e passou a receber o tratamento dispensado pela ordem jurídica.

Assim, levando-se em consideração as três dimensões que lastreiam o fato jurídico, a prova está diretamente atrelada ao aspecto fenomenológico, tendo em vista que o que se pretende demonstrar é o próprio fato social, em regra, uma vez que não se pretende provar o direito (aspecto normativo), excepcionando-se de tal regramento, o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário¹⁰⁶.

O Código Civil, em seu artigo 212, enumera os meios de prova aptos a demonstrar a existência do fato jurídico. Entretanto, tal rol é meramente exemplificativo, pois, em consonância com o artigo 332, do Código de Processo Civil, os fatos jurídicos podem ser demonstrados por qualquer meio de prova, ainda que não especificado em lei.

Os meios de prova, destarte, e consoante lição de Ovídio Baptista¹⁰⁷, seriam “os instrumentos utilizados pelas partes e pelo juiz para o estabelecimento dos fatos a serem provados”.

Qualquer veículo apto a estabelecer a existência de fatos jurídicos, nos limites das restrições estabelecidas pela ordem jurídica, uma vez que a legislação impõe

¹⁰⁵ SILVA, op. cit., p. 337, 338.

¹⁰⁶ Cf. DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit.. Volume 2. 2010, p. 47. Segundo os autores: “Ninguém pode escusar-se a cumprir a lei sob a alegação de ignorá-la (*numo ius ignorare censetur*), de acordo com o art. 3º da LICC. Não pode o juiz, da mesma forma, se eximir de julgar, ao fundamento de que desconhece a lei aplicável, ou por ela ser omissa, obscura ou indecisa (art. 126, CPC). Regras de direito independem de prova (*iura novit curia*). O fato da existência do direito objetivo não pode ser ignorado, notadamente pelo juiz”. Em seguida, pondera: “Excepciona-se essa regra quando a parte invocar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 337, CPC), e o juiz, desconhecendo a existência dessas regras jurídicas, determinar a produção de prova”.

¹⁰⁷ Cf. SILVA, op. cit., p. 353.

certas ressalvas, restaria caracterizado como meio de prova, podendo, contudo, originar-se tanto da atuação das partes quanto da iniciativa do próprio juiz.

A lei, nesse sentido, traz o que a doutrina denomina de meios de prova típicos, aqueles elencados no Código Civil, dos quais fazem parte a prova pericial, a prova documental, a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial e a confissão.

Além dos meios de prova típicos, o ordenamento jurídico estende a possibilidade de admissão de outros meios de prova não constantes no rol acima transcrito¹⁰⁸.

Consoante ensinamento de Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁰⁹:

São meios de prova *atípicos*, por exemplo, a prova cibernética, a reconstituição de fatos e a prova emprestada. São provas atípicas (inominadas), pois, como elas, se busca a “obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas”. E a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam a teoria geral da prova, sobretudo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Quando se pretende demonstrar a existência de determinado fato jurídico no âmbito dos juizados especiais cíveis, no entanto, as peculiaridades deste procedimento impõem ressalvas quanto à matéria probatória, em função dos princípios que o norteiam, em especial, o princípio da oralidade, consoante se infere da análise tecida no capítulo precedente.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que “nem todas as provas típicas do processo comum têm cabimento nos juizados especiais, não se admitindo aquelas que por algum modo sejam incompatíveis com o processo especialíssimo que ali se realiza¹¹⁰”.

Apesar da Lei 9.099, de 1995 ter reproduzido em quase sua totalidade ao artigo 332, do Código de Processo Civil, abrangendo a possibilidade de produção de

¹⁰⁸ Cf. AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**, Volume I. 2012, p. 520. Sustenta o processualista que “o Brasil se filia ao processo da liberdade da prova, e não ao processo do *numerus clausus – numerus apertus*”. E continua afirmando que “prova típica é a denominação dada àquela prova que é obtida através dos meios de prova expressamente previstos em lei. Daí que, por decorrência, prova atípica é aquela obtida por meio não previsto expressamente, mas que seja moralmente aceitável e lícita (art. 332 do CPC e art. 32 da Lei 9.099/95) Ou seja, a prova típica é aquela que não só não é expressamente prevista, mas é admitida pelo art. 332 do CPC como também não é ilícita”.

¹⁰⁹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit.. Volume 2. 2010, p. 50.

¹¹⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 153.

todos os meios de prova moralmente legítimos, sejam típicos ou atípicos, o procedimento especial imposto por este Diploma relativiza a abrangência do princípio da ampla defesa, a partir da ponderação realizada entre este mandamento e o princípio da oralidade, consoante exposto no capítulo anterior.

A demonstração do fato jurídico desencadeador de relações jurídicas, na seara dos juizados especiais cíveis de que trata a Lei 9.099, de 1995, sofre limitações impostas pela natureza do procedimento, nesse sentido, não seria admitida, *v.g.*, a prova pericial, em função das peculiaridades daquele rito¹¹¹.

4.3.1 Da prova testemunhal

Por vezes, a percepção dos fatos jurídicos não é atribuída tão somente às partes que compõem a relação jurídica originada do acontecimento natural ou humano desencadeador destes vínculos. Ocorre que, em alguns casos, além daqueles que compõem os polos da relação jurídica, outros indivíduos podem ter presenciado tais fenômenos, e a declaração destes tornar-se-ia imprescindível para a perfeita demonstração dos respectivos acontecimentos.

É nessa toada que surge o instituto da prova testemunhal, materializada por meio de declarações acerca de acontecimento específico, prestadas por uma terceira pessoa que, efetivamente, não integra os polos da relação jurídica originada a partir daquele acontecimento.

Quanto aos aspectos históricos que norteiam a prova testemunhal, cumpre trazer à baila as noções de Devis Echandia¹¹², quando o mesmo afirma que:

La prueba testimonial es tan vieja como la humanidad y puede decirse que la más antigua, junto con la confesión. El documento, la peritación, la inspección judicial, los indicios, requieren cierto grado de cultura para su aplicación y entendimiento, mientras que aquellas se deducen lógicamente y espontáneamente del uso del lenguaje como medio de comunicación entre los seres humanos.

¹¹¹ Cf. DINAMARCO, *op.cit.*, p. 153. O autor é taxativo ao afirmar que “nem podem ter lugar as *perícias formais*, no juizado. Seu procedimento é complexo e demorado, além de encarecer o serviço jurisdicional. A *inspeção judicial* que a lei permite, a *inspeção informal* por auxiliar da confiança do juiz e a *inquirição de técnico* (art. 35 – *supra*, n. 76) são medidas que, possibilitando ao juiz o contato direto com as fontes reais de prova e a colheita de informes técnicos, visam a suprir a ausência da perícia. Se fosse permitida a prova pericial, ter-se-iam nos juizados especiais processos eternizando-se por meses ou anos, em total distorção da ideia de celeridade e concentração que anima sua lei específica”.

¹¹² ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. Tomo II. 2002, p. 17.

Ainda em conformidade com as lições de Devis Echandia (apud BAPTISTA¹¹³), “testemunho é um meio de prova que consiste na declaração representativa que uma pessoa, que não é parte no processo a que comparece, faz ao juiz, com finalidade processual, sobre o que sabe a respeito de um fato de qualquer natureza”.

É meio de prova, pois através do testemunho, pode-se aferir acerca da existência de um fato jurídico, sendo assim, um veículo apto a demonstrar a criação, extinção, modificação ou manutenção de relações jurídicas.

Por derivar-se de uma conduta humana, exclusivamente, o testemunho é prova pessoal, consubstanciada em um ato jurídico em sentido estrito, já que a testemunha não tem controle acerca da produção de efeitos jurídicos, estabelecidos pela própria legislação.

Considera-se prova indireta, visto que o juiz chega ao conhecimento de determinado fato jurídico por meio da declaração de terceiros, de forma mediata, eis que o magistrado não conhece o fato jurídico diretamente, através de sua própria percepção sensorial¹¹⁴.

Tal conceito vem apontar a noção de testemunho em sentido estrito, uma vez que poderá haver declarações derivadas da própria parte no processo, sem que tais declarações venham a prejudicar seu autor, pois se assim fosse, ter-se-ia uma confissão.

Nesse sentido, Devis Echandia¹¹⁵ afirma, para que se possa classificar como testemunho em sentido amplo, que “debe agregarse un requisito negativo, a saber: que cuando provenga de quien es parte (principal o secundaria, inicial ou interviniente) en el proceso en donde ocurre o se presenta como prueba, no sea desfavorable a quien la hace o favorable a su adversario”.

A possibilidade de produção de prova testemunhal, assim, decorre de percepção sensorial por parte de pessoa estranha ao litígio, percepção essa que tornaria este terceiro capaz de elucidar questões atinentes às especificidades inerentes ao evento ou conduta que ensejou a produção de efeitos na órbita jurídica, tendo em vista que este terceiro, ocasionalmente¹¹⁶, esteve em contato, por meio de

¹¹³ Cf. ECHANDIA apud SILVA, op. cit., p. 371.

¹¹⁴ Cf. ECHANDIA, op. cit., p. 26.

¹¹⁵ ECHANDIA, op. cit., p. 28.

¹¹⁶ Cf. SILVA, op. cit., p. 372. Afirma o autor que “ao contrário dos peritos e demais auxiliares técnicos do juízo, aos quais se encomenda previamente o exame dos fatos que serão depois objeto de sua

seus sentidos, com circunstâncias fáticas específicas de certo vínculo jurídico, tornando-o apto a expor os elementos componentes do fato jurídico.

Devis Echandia¹¹⁷, em suas lições, ainda complementa:

Para que el testimonio sea eficaz, debe tener por objeto hechos conocidos por el testigo em virtud de percepciones sensoriales (en el testimonio de oídas ese hecho es la declaración del tercero y no el hecho narrado por este); pero no es exacto decir que el objeto del testimonio es siempre um hecho percibido por el testigo, porque entonces habría que negarle tal calidad a las declaraciones recibidas en proceso, a solicitud de las partes o decretadas oficiosamente por el juez, cuando por contener simples suposiciones u opiniones o versar sobre hechos no percibidos por el declarante, no sirvan para llevarle al juez el convencimiento necesario para declarar la existencia o inexistencia del hecho, sin tener que recurrir a la regla sobre la carga de la prueba.

As declarações da testemunha necessariamente devem revestir-se da característica da imprescindibilidade, ou seja, devem ser relevantes e essenciais ao esclarecimento dos fatos, visto que estas vão subsidiar o convencimento do juiz, para que este formule seu entendimento e provenha a solução do litígio que lhe é posto à apreciação¹¹⁸.

O referido autor¹¹⁹ ainda afirma que a experiência sensorial da testemunha é requisito essencial para a eficácia do testemunho, não sendo, contudo requisito para a existência do testemunho, como se verifica nos casos de falso testemunho, onde o terceiro tece afirmações inverídicas, declarando haver visto ou ouvido o que jamais existiu, ou que, apesar de ter existido, não foi objeto da percepção sensorial daquele que emitiu a declaração.

Para fins deste ensaio, urge descartar o conceito de testemunho em sentido amplo, visto que importa, exclusivamente, a noção de testemunho em sentido estrito, derivado de quem não é parte na relação processual.

A existência de um testemunho tem como pressuposto, destarte, a declaração de alguém que não é parte em um processo, mesmo que tais declarações não sejam condizentes com a realidade dos fatos, uma vez que a veracidade das informações colacionadas por este terceiro servirá como fundamento para se aferir a eficácia de tais declarações.

análise, as testemunhas depõem sobre fatos de que tiveram ciência *ocasionalmente*". (Grifos do autor)

¹¹⁷ ECHANDIA, op. cit., p. 22.

¹¹⁸ Cf. SILVA, op. cit., p. 342. Afirma o autor que "hã de ser objeto de prova apenas os fatos em que se funda a ação ou defesa, o que significa dizer que apenas os *fatos relevantes* para a decisão da controvérsia devem ser provados". (Grifos do autor)

¹¹⁹ ECHANDIA, op. cit., p. 22.

Por não se tratar de uma declaração de verdade, posto que resta provável que o teor das declarações possa não estar em consonância com a realidade fática, o testemunho mostra-se como uma forma de representação de determinado contexto histórico, onde um terceiro relata um acontecimento isolado ou cadeia de acontecimentos aptos a produção de efeitos na seara jurídica.

Acerca do conteúdo da prova testemunhal, afirma Ovídio Baptista que:

Neste particular, todavia, uma observação ainda se faz necessária. A natureza da prova testemunhal não impede que o depoimento envolva, além da descrição pura e simples do fato percebido pelos sentidos, as conclusões lógicas imediatas que a testemunha retire de tais fatos. Diz a respeito MOACYR AMARAL SANTOS (*Prova Judiciária*, III/50): “A narração da testemunha pode compreender não só o efeito imediato que o fato exerceu sobre os seus sentidos, como também as conclusões lógicas que deduziu daquela impressão, vale dizer, pode compreender os fatos do seu conhecimento imediato que exerceram efeito direto nos seus sentidos, como os fatos que haja deduzido”. (Grifos do autor)

A testemunha, além de construir uma exposição calcada na sua percepção sensorial, também poderá enobrecer e enriquecer referida exposição, acrescentando declarações oriundas de seu raciocínio lógico-dedutivo, apresentando conclusões decorrentes de premissas extraídas das circunstâncias fáticas presenciadas pela mesma.

Acerca da natureza jurídica do testemunho, afirma Devis Echandia¹²⁰ que:

Se trata de un verdadero deber jurídico y no de una carga procesal, porque no es un acto em interés propio, existe coercibilidad para su cumplimiento mediante sanciones, puede emplearse la fuerza para obtener la comparecencia del testigo y su incumplimiento constituye un ilícito.

Este autor ainda aponta o conteúdo do dever de testemunhar, compreendido pelo dever de comparecer em juízo, prestar juramento na forma da Lei, submeter-se a qualquer formalidade imposta pela legislação, responder ao interrogatório de forma clara e sem respostas evasivas, comunicar ao juiz tudo o que sabe acerca das circunstâncias fáticas, que porventura presenciou, além de exhibir qualquer documento ou coisa que tenha em seu poder e que seja relacionada com o objeto do testemunho¹²¹.

Por se tratar de um verdadeiro dever jurídico, a legislação não prevê nenhuma forma de remunerar a testemunha, visto que a previsão de qualquer forma de remuneração em favor daquele que testemunha poderia ensejar o acréscimo de

¹²⁰ ECHANDIA, op.cit., p. 42.

¹²¹ Ibid., p. 46.

declarações falsas, realizadas por terceiros, “comprados” pelas partes, para que estes obtivessem vantagens processuais, ao induzir o juiz a pronunciar-se fundamentado em falsas argumentações.

A prova testemunhal, nessa toada, mostra-se como uma verdadeira contribuição, fornecida por aqueles que efetivamente não compõem os polos da relação jurídica, objeto da apreciação realizada pelo magistrado, para que este venha a formular sua convicção acerca das questões que lhe são postas, possibilitando o reconhecimento de situações juridicamente tuteladas, com a consequente produção de seus efeitos jurídicos.

4.3.2 Da testemunha técnica

Nessa seara, surge a figura da testemunha técnica, comumente utilizada nos ordenamentos jurídicos norte-americano e australiano, sob a denominação de *expert witness* ou *expert testimony*. Tal meio de prova é representado por uma testemunha qualificada pelo conhecimento, habilidade, experiência, formação ou educação para fornecer um parecer científico, técnico, ou outra opinião especializada sobre a evidência ou uma questão de fato¹²², diante da necessidade de esclarecimento de determinada evidência, que exija esse tipo de conhecimento especializado, ou seja, uma pessoa que detém conhecimento técnico, tendo em vista sua formação ou experiência, não encontrado em pessoas comuns.

4.3.2.1 Considerações introdutórias

Por vezes, uma avaliação precisa acerca dos fatos narrados pelas partes componentes de determinada relação processual torna-se difícil ou quase impossível o que requer a intervenção de pessoa que possua conhecimento técnico-científico com fins de se promover a correta elucidação das circunstâncias fáticas, tendo em vista a necessidade de fornecer dados suficientes para que o magistrado formule sua convicção e, em seguida, esteja apto a prolatar sua decisão.

As declarações prestadas por um terceiro que não compõe a relação processual, em função de seu conhecimento técnico-científico, poderão materializar-

¹²² GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 2004, p. 4947.

se não somente na forma de pareceres ou laudos, como também na forma de declarações verbais realizadas perante o juízo.

É nesse sentido que surge a testemunha técnica, posto que esta presta esclarecimentos em juízo, por meio de declarações direcionadas à pessoa do magistrado, calcadas em conhecimento técnico-científico obtido por meio de educação, experiência, formação ou habilidade específica.

No ordenamento jurídico norte-americano, o instituto da testemunha técnica é vastamente utilizado como meio de prova, o que vem propiciar um aprimoramento na formação da convicção dos magistrados.

Dos casos relatados em abordagem realizada pelo Centro Judiciário Federal¹²³, publicada em 2000, nos quais restava configurada a atuação da testemunha técnica, 45% se tratavam de delitos envolvendo danos pessoais e negligência médica, típicos de responsabilidade civil. Direitos civis, contratos e propriedade intelectual seguem a estatística, demonstrando como o instituto é portador de importância singular naquele ordenamento jurídico.

4.3.2.2 Disciplina normativa

As Normas Federais de Evidência, ou *Federal Rules of Evidence*¹²⁴, se traduzem em um complexo de normas, verdadeira codificação, que têm como escopo estabelecer a regulamentação e admissibilidade dos meios probatórios aptos a demonstrar a (in)existência de fatos jurídicos, objetos de casos cíveis ou criminais, levados à apreciação do sistema judicial dos Estados Unidos da América.

A estrutura da referida normatização é composta por 68 dispositivos, que encontram-se perfeitamente distribuídos em 11 artigos, de forma sistematizada, efetivando a regulamentação da produção probatória daquele ordenamento jurídico.

Os dispositivos contidos no artigo 1º tratam de disposições gerais no tocante à produção probatória; no artigo 2º, encontra-se a normatização atinente à notificação judicial; por sua vez, o artigo 3º estabelece as hipóteses de presunções em matéria cível; logo em seguida, surge o artigo 4º que regulamenta a relevância

¹²³ JOHNSON, Molly Treadway; KRAFKA, Carol; CECIL, Joe S. **Expert Testimony in Federal Civil Trials. A Preliminary Analysis**. Disponível em:

<[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ExpTesti.pdf/\\$file/ExpTesti.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ExpTesti.pdf/$file/ExpTesti.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2011.

¹²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Rules of Evidence. Federal Evidence Review. Disponível em: <<http://www.federalevidence.com>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

dos meios probatórios e suas delimitações; já o artigo 5º estabelece determinados privilégios; sucessivamente, o artigo 6º estabelece a normatização da prova testemunhal; o artigo 7º trata do testemunho realizado por técnicos; o artigo 8º determina a regulamentação da admissibilidade do boato; enquanto que o artigo 9º normatiza a autenticação e a identificação; o artigo 10º elenca dispositivos relacionados ao índice de escritos, gravações e fotografias; e, por fim, o artigo 11º traz, em seu rol, regras diversas.

O disposto no dispositivo 701, do artigo 7º, estabelece a normatização do testemunho realizado por leigos, como sendo aqueles que depõem de forma racional, baseados em sua percepção, e que opinam no sentido de ajudar a entender claramente o depoimento realizado por outras testemunhas, desde que tal percepção não seja originada de um conhecimento técnico, científico ou adquirido por outra forma qualquer de especialização.

Ainda no artigo 7º, especificamente na regra 702, o regramento define que a testemunha que é qualificada como sendo um especialista em virtude de seu conhecimento, habilidade, experiência, formação ou educação, poderá realizar o seu testemunho na forma de um parecer, ou de outra forma qualquer, estabelecendo os requisitos para que a admissibilidade do referido meio probatório, em suas alíneas, quais sejam: a) o conhecimento científico, técnico ou de outra natureza daquele que efetivamente realiza o testemunho, colaborará no sentido de ajudar o julgador do fato a formular uma melhor compreensão acerca das evidências, ou determinar os fatos em questão; b) o depoimento está consubstanciado em fatos ou dados suficientes; c) o testemunho é produto de princípios e métodos confiáveis; d) por fim, a testemunha tenha aplicado, de forma confiável, os princípios e métodos voltados à análise dos fatos em questão.

Destarte, para que o testemunho técnico seja admissível, o depoente deverá demonstrar que alcançou suas conclusões, utilizando-se de princípios e métodos científicos, próprios de sua área de conhecimento, confiáveis e aceitos pela comunidade científica.

Em suma, vem o ordenamento jurídico vigente nos Estados Unidos admitir a prova testemunhal, com vistas à determinação de fatos jurídicos, estabelecendo três categorias de testemunho, delimitadas a seguir: a) o testemunho realizado por leigos que, em virtude de sua percepção sensorial, estariam aptos a fornecer elementos suficientes à elucidação de questões de fato submetidas à apreciação judicial; b) o

depoimento de leigos que, mesmo não tendo contato sensorial com os dados suficientes à demonstração dos fatos jurídicos, opinam no sentido de tornar claro e indubitável o depoimento realizado por outras testemunhas; c) e o depoimento realizado por pessoas que, apesar de também não terem tido contato direto com as circunstâncias fáticas que norteiam a questão, têm o escopo de colaborar com o juízo baseados em conhecimento técnico especializado adquirido de determinada formação, educação ou experiência comprovada.

4.3.2.3 Conceituação

Tendo como parâmetro as considerações alhures realizadas, pode-se conceituar a testemunha técnica como sendo a pessoa que não é parte, efetivamente, na relação processual, cujas declarações levadas ao conhecimento do magistrado, com fins processuais de influenciar a convicção deste, têm supedâneo não no produto da experiência da testemunha com acontecimentos naturais ou humanos relevantes, mas em conhecimento técnico-científico adquirido por aquela pessoa.

4.3.2.4 Características da testemunha técnica

Cumprido, doravante, analisar as peculiaridades inerentes ao testemunho técnico. Para tanto, os critérios utilizados com fins de estabelecer tais singularidades, estão lastreados naqueles apresentados por Devis Echandia¹²⁵, nos termos que seguem:

Inicialmente, o testemunho técnico se perfaz por meio de uma declaração, eis que aquele que o efetiva busca revelar, explicar, mostrar algo, dar a conhecer, evidenciar circunstâncias inerentes à determinada situação fática, utilizando-se, para tal, de suas habilidades técnicas.

Apesar de se tratar de uma declaração, não representa o fato jurídico que desencadeou as questões levadas à apreciação do juízo, tendo-se em vista que a testemunha técnica não obteve, por meio de sua percepção sensorial, contato direto com o fato jurídico em si, quer dizer, sua afirmação não tem natureza representativa,

¹²⁵ ECHANDIA, op. cit., p. 25-27.

uma vez que tais afirmações decorrem exclusivamente do conhecimento obtido por meio de sua formação técnica, científica, educacional, habilidade ou experiência.

Ainda que tenha o condão de promover uma reconstituição, mesmo que de forma indireta, de fatos jurídicos, as afirmações trazidas pela testemunha técnica não são representativas, posto que este terceiro estaria impossibilitado de reproduzir o que efetivamente não conheceu.

É prova indireta, tendo em vista que o julgador chega ao conhecimento do fato jurídico de maneira mediata, por meio das declarações realizadas pela testemunha técnica. O magistrado efetiva suas conclusões sem ter tido contato direto com os elementos do fato jurídico, através dos relatos obtidos em virtude do depoimento pessoal da testemunha técnica. Como somente poderá efetivar-se por meio de declarações realizadas por pessoa natural, é prova pessoal.

Nesse sentido, o testemunho técnico tem a natureza jurídica de ato jurídico, em sentido estrito, pois a declaração¹²⁶ de vontade, uma vez exercida, implicará na produção dos efeitos anteriormente previstos pela ordem jurídica. A vontade, destarte, é componente do suporte fático, e, ao agente é permitido, inclusive, não efetivar tal declaração de vontade, eis que o mesmo tem assegurado o direito ao silêncio.

Complementando, seguindo a sistemática imposta pela legislação pátria, é prova atípica, por não se encontrar prevista nas hipóteses de meios probatórios listadas no Código Civil e no Código de Processo Civil. Nesse sentido, em se tratando de prova atípica, sua admissibilidade será devidamente analisada em momento posterior adequado.

Entretanto, corroborando com a assertiva acima exposta, urge trazer à baila o entendimento de Sidney Amendoeira Júnior¹²⁷. Assim, segundo este autor:

Exemplos de prova atípica: indícios e presunções, prova emprestada; inquirição de testemunhas técnicas (**as expert witnesses do direito norte-americano** – perícia informal); constatação do estado do imóvel por Oficial de Justiça etc. (grifo nosso)

¹²⁶ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 2012, p. 179. Segundo o autor, “a vontade, também, ao exteriorizar-se toma forma, consubstanciando-se em *simples manifestações*, que se revelam através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, ou em *declarações*, que se constituem em manifestações qualificadas da vontade. A distinção entre declaração e manifestação de vontade reside, assim, no modo como a vontade é exteriorizada. Se alguém lança ao lixo um par de sapatos, *manifesta* a sua vontade de abandoná-lo (= derrelicção); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos ao lixo, *declara* a sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta.” (grifos do autor)

¹²⁷ AMENDOEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 520.

É meio de prova, pois através da testemunha técnica o magistrado recebe elementos necessários à formulação de sua convicção acerca dos fatos jurídicos levados à sua apreciação pelas partes componentes da relação processual, municiando-o com esclarecimentos técnico-científicos capazes de suprir a lacuna existente na formação do conhecimento daquele magistrado, acerca das questões de fato a ele submetidas.

Por fim, é ato jurídico destinado a promover a reconstituição de fatos jurídicos pretéritos, ou seja, anteriores à declaração de vontade realizada pela testemunha técnica.

4.3.2.5 Distinções em face de institutos análogos

Neste tópico, para um melhor aproveitamento técnico, segue análise comparativa, abordando os traços distintivos característicos da testemunha técnica em relação a outros institutos que guardam certa semelhança com aquele.

Cumprе ressaltar que, como meio probatório, assim como os demais, a testemunha técnica estará sujeita ao exame do contraditório, como preceitua o dispositivo constitucional presente no rol de direitos fundamentais, assegurando a igualdade entre as partes, o que a doutrina comumente denomina de paridade de armas.

4.3.2.5.1 Testemunha comum

Tal como a testemunha comum, assim referindo-se à prova testemunhal originariamente prevista na legislação pátria, a testemunha técnica afigura-se, também, como prova pessoal, obtida por meio de declarações de um terceiro que efetivamente não é parte na relação processual, e que tem como objetivo permitir que o magistrado formule uma compreensão que lhe permita, hipoteticamente, reconstruir as circunstâncias que envolveram o fato jurídico levado à sua apreciação.

O testemunho, seja técnico ou não, é verdadeiro dever jurídico, por se tratar de colaboração realizada por um terceiro com fins processuais de intervir diretamente na convicção do magistrado. Como dever jurídico, o testemunho técnico

tem, em seu conteúdo, os aspectos formais e substanciais¹²⁸ do testemunho comum, com uma única ressalva acerca do dever de comunicar ao julgador tudo o que sabe sobre os fatos, uma vez que, como já exposto, a testemunha técnica, em seu depoimento, não traz aos autos declarações sobre fatos que veio a presenciar, direta ou indiretamente. O teor de suas declarações tem fundamento no conhecimento técnico daquele que testemunha.

Mas as similitudes ali terminam, senão vejamos.

A testemunha comum presta suas declarações de forma representativa, a partir da experiência obtida por meio de sua percepção sensorial em relação aos elementos que norteiam o acontecimento natural ou humano que desencadeou a relação jurídica levada à apreciação do judiciário. Ainda que não tenha tido contato direto com tais elementos, a testemunha comum também presta declaração representativa, mesmo que seu conhecimento tenha sido adquirido por meio de outras pessoas, por ter ouvido falar, exemplificando. O teor das declarações da testemunha comum tem o condão de representar uma realidade pretérita.

Em se tratando de testemunha técnica, as afirmações resultantes do parágrafo anterior não poderão ser consideradas, pois o teor de suas declarações não tem natureza representativa, tratando-se de conteúdo de natureza meramente elucidativa, tendo em vista que suas afirmações não decorrem de percepção sensorial sobre os elementos que compõem o fato jurídico em si, mas tão somente de um conhecimento específico acerca de determinada técnica, apto a permitir que o magistrado, ser que necessariamente não detém tal conhecimento específico, seja beneficiado com informações necessárias ao aprimoramento da formulação de sua convicção acerca das questões que lhe são dirigidas.

Pode-se afirmar, destarte, que os dois institutos em comento distinguem-se em função da fonte de suas declarações. Enquanto que as declarações prestadas pela testemunha comum têm origem no conhecimento derivado de sua experiência

¹²⁸ Cf. ECHANDIA, op. cit., p. 46,47. O autor afirma que o dever de testemunhar subdivide-se em: 1) dever de comparecer em juízo, a menos que por motivos de saúde ou de dignidade do cargo permita a lei que a testemunha realize suas declarações em sua própria casa ou por escrito; 2) dever de prestar juramento; 3) dever de submeter-se a outras formalidades impostas pela lei; 4) dever de responder ao interrogatório, de forma clara e não evasiva; 5) dever de dizer a verdade, ou o que considera ser a verdade; 6) dever de comunicar ao juiz tudo o que sabe sobre os fatos e que seja necessário para determina-los ou tornar clara e precisa a narração; 7) dever de submeter-se a exames ou inspeções; 8) e, por fim, dever de prestar todos os documentos ou coisas que tenha em seu poder e que se relacionem com o objeto de seu testemunho. Os quatro primeiros deveres correspondem ao aspecto formal, enquanto que os quatro últimos correspondem ao aspecto substancial do dever de testemunhar.

sensorial com os elementos componentes do fato jurídico, as declarações realizadas pela testemunha técnica originam-se de seu conhecimento estritamente técnico, alheio às circunstâncias fáticas que fundamentam a relação jurídica em discussão.

4.3.2.5.2 Prova pericial

A prova pericial também guarda algumas similitudes em relação à prova testemunhal técnica, mas, apesar de em ambos os institutos haver a presença de uma pessoa que efetivamente não é parte na relação processual e que presta declarações calcadas em seu conhecimento técnico-científico, não se confundem, como se verá adiante.

A partir dos conceitos de prova pericial, estabelecido por Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira, e de prova testemunhal técnica, abordado no item supra, fica evidente a existência de traços distintivos existentes entre os dois institutos em análise.

Consoante Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira¹²⁹:

A prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e seus assistentes técnicos. (grifos do autor)

Inicialmente, a prova pericial depende de nomeação realizada pelo juiz, nos termos do artigo 421, do Código de Processo Civil vigente. O juiz, assim sendo, nomeará perito de sua confiança e fixará, desde logo, prazo hábil para que este profissional conclua seus trabalhos, o que culminará com a confecção do laudo pericial. Note-se que as partes não têm liberalidade na escolha do referido profissional, cabendo tal feito ao magistrado. Outrossim, as partes, para que possam utilizar-se deste meio probatório, dependem do deferimento realizado pelo magistrado, podendo este, considerando dispensável ou impraticável a produção da prova pericial, dispensá-la.

Tal requisito não está presente quando se trata da prova testemunhal técnica, eis que a própria parte poderá incluir a testemunha técnica em seu rol de testemunhas ou, seguindo a sistemática do procedimento preconizado pela Lei

¹²⁹ DIDIER JÚNIOR, DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., volume 2, p. 225.

9.099, de 1995, a título exemplificativo, poderá ser apresentada pela parte no momento da audiência de instrução e julgamento.

A prova pericial se materializa por meio de um documento denominado laudo pericial, contendo as opiniões e conclusões do perito acerca da coisa ou pessoa submetida à sua apreciação; assim, suas declarações restarão consignadas em um documento, sendo que tais declarações não se efetivam de forma abstrata, tendo em vista que o perito elabora o laudo pericial vinculado aos quesitos que lhe são dirigidos, pelo magistrado, e/ou pelas partes.

O perito necessitará, em regra, de tempo hábil para que possa debruçar-se sobre pessoas, em plena consonância com o estabelecido pelo princípio da proteção à dignidade humana, ou coisas, com fins de examiná-las e, a partir deste exame, vistoria ou avaliação, que compõem as espécies de prova pericial¹³⁰, elaborar suas conclusões e opiniões. Com isso, a prova pericial demanda tempo necessário para sua realização, o que impossibilita, na maioria das vezes, a sua produção nos limites temporais da audiência de instrução e julgamento.

Por sua vez, as declarações da testemunha técnica, que serão realizadas no curso da audiência de instrução e julgamento, seguem a máxima da oralidade, consubstanciando-se em declarações verbais, dirigidas a influenciar a convicção do magistrado e que serão reduzidas a termo no curso da referida audiência. Nada impede, no entanto, que a testemunha técnica utilize-se de anotações ou outros escritos, que, além de trazer um suporte técnico para suas afirmações, poderão compor os autos como provas, efetivamente. Tais declarações não estarão vinculadas a quesitos formulados antecipadamente, já que a testemunha técnica realiza seu depoimento em função das indagações que lhe são dirigidas no curso do próprio interrogatório, durante a audiência de instrução e julgamento. A oitiva da testemunha técnica se dará perante o juízo, o que poderá não ocorrer em se tratando de prova pericial, eis que o perito ao receber os quesitos elabora o laudo posteriormente e, ao concluí-lo, retorna com o referido documento aos autos. Assim, a oitiva do perito, por vezes, se fará desnecessária, sendo suprida pelo laudo pericial.

Ademais, o artigo 145, do Código de Processo Civil estabelece uma ordem preferencial, no sentido de admitir-se inicialmente como perito profissionais de nível

¹³⁰ DIDIER JÚNIOR, DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., volume 2, p. 231.

universitário, com a devida inscrição no órgão de classe correspondente, permitindo tão somente a admissibilidade de outros profissionais, que não se adequem a tal requisito, quando na localidade não houver outros profissionais que detenham a qualificação prevista neste dispositivo. Assim, o profissional que possua formação universitária só poderá ser admitido como perito de forma supletiva.

Quanto à testemunha técnica, nenhum ressalva se faz em termos de formação universitária, pois, como demonstrado alhures, até mesmo aqueles que detém o conhecimento técnico especializado, por meio inclusive de experiência prática, ou outra formação diversa da universitária, estariam aptos a serem admitidos para tal empreitada

4.3.2.5.3 Assistente técnico

Ao contrário do perito, considerado como auxiliar da justiça, o assistente técnico é auxiliar das partes, livremente indicado por estas, embora sua atuação esteja condicionada ao requerimento prévio da parte que deseja constituí-lo, requerimento este submetido à apreciação do magistrado, que poderá, inclusive, indeferi-lo, nos termos do artigo 159, do Código de Processo Civil.

Mas, apesar da livre indicação realizada pelas partes, o assistente técnico não guarda identidade com a testemunha técnica, pelas seguintes razões: por não se submeter às alegações de impedimento e suspeição, o assistente técnico poderá elaborar conclusões impregnadas de parcialidade, o que compromete, por deveras, o teor de suas declarações, enquanto que a testemunha técnica poderá ser inadmitida tomando-se como parâmetro as hipóteses de impedimento e suspeição; os trabalhos realizados pelo assistente técnico têm por escopo, exclusivamente, averiguar o teor das declarações do perito, contidas no laudo pericial, podendo manifestar sua concordância ou dissonância com o laudo pericial, ao passo que as declarações prestadas pela testemunha técnica possuem um espectro mais amplo, abrangendo, inclusive, as circunstâncias inerentes ao fato jurídico objeto do litígio; o testemunho prestado por técnico, como espécie de prova testemunhal permite que a referida testemunha seja conduzida coercitivamente, se deixar de comparecer ao juízo de forma injustificada, conquanto tal característica não se estende ao assistente técnico; e, por fim, o assistente técnico não é submetido ao dever de

prestar compromisso, o que, em função da natureza do meio probatório, é da essência da testemunha técnica.

4.3.2.5.4 Perícia informal

A Lei 8.455, de 24 de agosto de 1992, conferiu nova redação ao disposto no artigo 421, do Código de Processo Civil, determinando em seu parágrafo segundo que o juiz poderá simplesmente inquirir peritos ou assistentes, quando a natureza dos fatos permitirem tal feito, no transcorrer da audiência de instrução e julgamento.

Contudo, tal inquirição não se confunde com o depoimento da testemunha técnica, com fundamento na parte final do aludido dispositivo legal, cujo conteúdo determina que a inquirição do perito ou assistente se dará acerca do exame ou avaliação que tais profissionais realizaram, mesmo que informalmente, ainda que tal exame ou avaliação tenha sido realizado na própria audiência de instrução e julgamento.

Como se infere do acima transcrito, a perícia informal pressupõe exame sobre pessoas ou coisas, ainda que realizado informalmente.

Ora, tal requisito não se encontra presente quando se trata da testemunha técnica.

Apesar da imensa similitude, por se tratar, indubitavelmente, do instituto que guarda maior identidade com a testemunha técnica, o depoimento desta não estaria condicionado a exame prévio, eis que as declarações prestadas pela testemunha técnica poderiam perfeitamente restar pautadas, apenas, em seu conhecimento técnico-científico, o que, a depender das circunstâncias, seria suficiente para elucidação das questões postas em juízo.

4.3.2.5.5 *Amicus curiae*

Forma de intervenção peculiar de terceiro que não é parte na relação processual, originado do direito anglo-saxão, a figura do *amicus curie* desperta, outrossim, alguma identidade com o instituto da testemunha técnica, mesmo em se tratando de institutos distintos, como se verá.

Consoante Fredie Didier¹³¹:

Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.

Não obstante sua origem na legislação estrangeira, a admissibilidade do *amicus curiae* tem respaldo em vários diplomas legais integrantes da ordem jurídica pátria, a exemplo dos processos que tenham por objeto matérias da competência da Comissão de Valores Imobiliários, consoante Lei 6.385, de 1976; no incidente de declaração de inconstitucionalidade em tribunal, segundo artigo 482, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil; e no procedimento de edição, revisão e cancelamento de enunciado da Súmula Vinculante, em face do teor da Lei 11.417, de 2006.

Nesse sentido, preleciona Cássio Scarpinella Bueno¹³²:

A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento. É por isto que me refiro insistentemente ao *amicus curiae* como um “portador de interesses institucionais” a juízo. Ele atua, no melhor sentido do fiscal da lei, como um elemento que, ao assegurar a imparcialidade do magistrado por manter a indispensável “terzietà” do juiz com o fato ou o contexto a ser julgado, municia-o com os elementos mais importantes e relevantes para o proferimento de uma decisão ótima que, repito, de uma forma ou de outra atingirá interesses que não estão direta e pessoalmente colocados (e, por isto mesmo, defendidos) em juízo.

As considerações realizadas pelos autores acima colacionados mostram-se suficientes para que se identifique, *prima facie*, determinadas singularidades entre os institutos da testemunha técnica e do *amicus curiae*.

Inicialmente, a intervenção do *amicus curiae* se dará de duas formas distintas, a saber: requerimento do magistrado ou do próprio *amicus curiae*, conquanto a intervenção da testemunha técnica dependa, exclusivamente, de requerimento da(s) parte(s).

Ademais, o *amicus curiae* tem alguns poderes processuais não conferidos à testemunha técnica, tal como a prerrogativa de realizar sustentação oral, bem como recorrer, interpondo agravo regimental, da decisão do relator que inadmitir a sua

¹³¹ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., volume 2, p. 404.

¹³² BUENO, Cássio Scarpinella. **Quatro Perguntas e Quatro Respostas Sobre o Amicus Curiae**. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>>. Acesso em: 15 jul 2013.

intervenção no processo¹³³.

Mesmo colaborando com o magistrado, ao trazer esclarecimentos técnicos, as elucidações realizadas pelo *amicus curiae* têm um espectro bem mais amplo em relação às declarações prestadas pela testemunha técnica, podendo abranger, inclusive, questões jurídicas, fazendo com que as declarações prestadas pelo *amicus curiae* sejam inerentes tanto às questões de fato quanto às questões de direito, proeza não conferida à testemunha técnica que depõe, estritamente, acerca das questões técnicas atinentes aos fatos jurídicos.

Como se infere do exposto, o *amicus curiae* poderá ser representado por meio de um profissional do campo jurídico, prestando esclarecimentos técnicos relacionados com o seu ramo do conhecimento científico, as ciências jurídicas.

Assim sendo, mesmo guardando algumas similitudes com alguns institutos, alhures apresentadas, a testemunha técnica guarda suas peculiaridades, o que, por si, já se mostra suficiente para enquadrá-la em categoria própria, distinta das demais aqui referidas, com elementos e caracteres próprios, promovendo identidade singular para este meio de prova.

As considerações supra permitem situar a testemunha técnica em categoria própria, distinta dos institutos acima mencionados, com caracteres inerentes ao referido instituto, e que não se encontram, em sua completude, contidos nas demais categorias, promovendo uma distinção técnica em relação às demais categorias.

¹³³ CAVALCANTE, Marcos André Lopes. **Saiba Mais Sobre o Amicus Curiae**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/03/28/96/>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

5 ADMISSIBILIDADE DA TESTEMUNHA TÉCNICA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS DA LEI 9.099, DE 1995

5.1 Análise principiológica

Os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, de 1998, norteadores do direito processual civil, assumem a natureza de princípios, ou, consoante ensinamentos de Robert Alexy, supra, mandamentos de otimização, uma vez que estabelecem determinada finalidade a ser perseguida e, quando alcançada, vêm otimizar a prestação jurisdicional realizada pelo ente estatal, efetivada por meio de um processo, com o escopo maior de conferir tratamento digno aos jurisdicionados, nos moldes da proteção maior à dignidade humana, princípio fundamental que, outrossim, impõe sua necessária observância no bojo das relações jurídicas processuais.

Nessa toada, mandou bem o legislador infraconstitucional ao incluir no artigo 6º, do projeto do novo Código de Processo Civil, menção expressa à proteção da dignidade do ser humano como fim almejado, sem precedente na legislação processual cível hodierna, o que implica, necessariamente, consoante exposto alhures, a vinculação da prestação jurisdicional a um complexo de direitos fundamentais concretizadores da referida dignidade.

Assim, faz-se necessária uma análise do instituto da testemunha técnica, sob a ótica dos princípios que informam diretamente o processo civil, tendo em vista a necessidade de se demonstrar a perfeita consonância existente entre o referido instituto e o procedimento especializado contido na Lei 9.099, de 1995, o que doravante se visualizará.

5.1.1 Princípio do acesso à justiça

O acesso à justiça afigura-se como verdadeiro direito fundamental, de natureza prestacional, consoante demonstrado no capítulo primeiro, o que, por si, impõe ao Estado a tarefa de efetivar a tutela jurisdicional de forma eficiente, garantindo aos jurisdicionados a utilidade, adequação e justiça na prestação jurisdicional.

O princípio em comento tem a natureza jurídica de cláusula geral, uma vez que tanto a hipótese fática quanto as consequências jurídicas necessitarão de integração por parte do magistrado, face às peculiaridades que envolvem as situações fáticas.

Destarte, caberá ao magistrado, *in casu*, estabelecer os parâmetros com fins de identificar a hipótese normativa, e, em seguida, formular a integração da respectiva cláusula geral, identificando a consequência jurídica a ser aplicada no caso concreto.

O Estado, assim, com o escopo de implementar tal mandamento de otimização, por meio do órgão judicial, deverá adequar o procedimento às finalidades perseguidas por aquele princípio e, sendo assim, pautado nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade promover a inclusão de institutos que, de forma efetiva, venham a contribuir para que os jurisdicionados disponham de ferramentas hábeis à consecução dos fins almejados a partir da propositura da ação.

Ao promover a admissibilidade da testemunha técnica no procedimento dos juizados especiais cíveis estaduais, o magistrado contribuirá de forma significativa na consecução do referido mandamento, posto que as partes componentes da relação processual terão à sua disposição mais um instrumento apto à demonstração de suas alegações, permitindo que estas, de forma aprimorada, influenciem na convicção daquele, a fim de que o juiz efetive a prestação jurisdicional de forma justa, equânime.

A testemunha técnica, desta forma, vem incrementar o acesso à justiça em termos de juizados especiais, materializando o preceito maior insculpido na Carta Magna de 1998, qual seja, a proteção à dignidade humana.

5.1.2 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade, consoante aduzido alhures, estabelece parâmetros a serem observados, necessariamente, no bojo do procedimento ordinário, implicando, de forma imediata, em restrições à produção probatória no âmbito do procedimento especializado da Lei 9.099, de 1995.

Composto por subprincípios, o mandamento da oralidade determina que toda a instrução se dará no curso da audiência de instrução e julgamento, consoante a necessidade de concentração dos atos processuais naquele momento único, o que

resta impossibilitada a produção de quaisquer meios probatórios que impliquem em dilação temporal, o que não se coaduna com os fins perseguidos pelo referido princípio.

A não observância aos comandos impostos por tal mandamento inevitavelmente se traduziriam em um desnecessário prolongamento da instrução processual, promovendo o surgimento do fenômeno da morosidade processual, o que, como verificado anteriormente, vem comprometer a efetivação do direito fundamental do acesso à justiça.

Logo, toda a instrução processual será concentrada em momento único, o que não permitirá a prática de atos que não se encontrem em conformidade com tal requisito, inclusive no tocante à produção probatória.

A admissibilidade da testemunha técnica mostra-se perfeitamente adequada aos ditames da oralidade, visto que as declarações da testemunha técnica seriam realizadas no curso da audiência de instrução e julgamento, nos mesmos moldes da testemunha comum, seguindo a mesma sistemática, inclusive, no que diz respeito à quantidade de testemunhas admitida pela legislação.

As partes, em consonância com os limites estabelecidos pela Lei 9.099, de 1995, poderiam se utilizar tanto de testemunhas comuns quanto de testemunhas técnicas, sem que tal façanha viesse a comprometer os ditames da oralidade, posto que todas as testemunhas, sejam comuns, sejam técnicas, observariam a mesma metodologia aplicada aos seus depoimentos.

Ao permitir a inquirição de técnicos da confiança do magistrado, consoante artigo 35, da Lei 9.099, de 1995, o legislador estabelece a possibilidade de realização de depoimentos de natureza essencialmente técnica, sem que haja violação ao que preceitua o princípio da oralidade, uma vez que referidos depoimentos se materializarão durante a instrução processual, em audiência que, em regra, deverá ser única.

Nesse sentido, mesmo se tratando de declarações de natureza técnica, resta perfeitamente admissível a inclusão do instituto da testemunha técnica no procedimento dos juizados especiais cíveis estaduais, sem que se verifique quaisquer violações ao princípio da oralidade.

5.1.3 Princípio da ampla defesa

O mandamento contido na máxima da ampla defesa preceitua que as partes componentes de determinado relação processual podem se utilizar de todos os meios de prova idôneos, desde que lícitos, com fins de demonstrar a consistência de suas alegações em juízo.

A ordem jurídica permite, nesse sentido, a manutenção de outros meios de prova além daqueles especificados nos diplomas legais, doutrinariamente denominados de meios atípicos de prova.

Tal abertura possibilita a inclusão de novas categorias de meios de prova em adição às já existentes, respeitando-se as limitações impostas a esta referida amplitude.

Logo, mostra-se perfeitamente admissível a inclusão do instituto da testemunha técnica, tendo em vista que, ao assumir a natureza jurídica de prova testemunhal, com suas devidas peculiaridades, mostra-se moralmente legítima e dotada do atributo da licitude, consoante demonstrado alhures.

Outrossim, ao conferir amplitude à matéria probatória, por meio da admissibilidade do instituto da testemunha técnica, estar-se-ia, também, ampliando as possibilidades das partes lograrem êxito em suas demandas, as disporem de institutos hábeis à demonstração do teor de suas alegações no bojo das relações processuais.

5.1.4 Princípio do Estado democrático de direito

A Constituição Federal, ainda em seu artigo de abertura, estabelece a qualificação do Estado que surge a partir de sua promulgação, ratificando a existência de pilares que assegurem a participação do povo na atuação do referido ente, quais sejam: democracia e existência de uma ordem jurídica.

O Estado de Direito, onde se presume a existência de um ordenamento jurídico com o escopo de regulamentar as relações sociais que ali se manifestam, vem surgir a partir do ideal liberal presente nas grandes revoluções que marcaram a passagem dos séculos XVIII e XIX, especificamente na Inglaterra e na França.

Como bem leciona José Afonso da Silva:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: a) submissão ao *império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.¹³⁴ (grifos do autor)

As exigências estabelecidas a partir destes ensinamentos compõem os postulados básicos do Estado de Direito, ainda que, em momento posterior, o ideal liberal sucumbisse ao reconhecimento de direitos sociais, buscando atenuar as desigualdades sociais existentes por meio de uma atuação positiva do Estado, consoante abordado alhures.

Assim sendo, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, a igualdade, inicialmente em sua faceta formal, concretizada a partir do ideal liberal, passa a ser considerada em seu aspecto material, ou substancial, com o advento do Estado Social, conferindo tratamento igual àqueles que se encontram em posição de igualdade.

A legalidade se consubstancia em outro fundamento do Estado de Direito, tendo o povo que observar, necessariamente, o disposto na ordem jurídica posta.

O caráter democrático, por sua vez, do Estado que surge com a Carta Magna de 1988, reside na condição de que o povo assume a partir daquele momento, quando passa a intervir diretamente na atuação do ente público, assumindo importância singular na tomada das grandes decisões.

A democracia é permeada pela proteção à dignidade humana, eis que o ser humano, como fim, passa a controlar a atuação estatal, instrumento para a consecução daquele fim maior.

Assim, “o Estado Democrático se assenta no pilar da soberania popular, pois a base do conceito de Democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo¹³⁵”.

¹³⁴ AFONSO DA SILVA, op. cit., p. 103.

¹³⁵ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 494.

5.1.4.1 Princípio da segurança jurídica

Como corolário do Estado Democrático de Direito, surge o princípio da segurança jurídica, manifestando-se em diversos aspectos, tais como a proteção à coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido, o devido processo legal, e tendo como subprincípio a certeza do direito, mandamento que vem estabelecer a necessidade de se manter uma tutela jurisdicional pautada em um critério de previsibilidade das decisões, trazendo para os jurisdicionados uma perspectiva de como os litígios serão solucionados pelo Poder Judiciário, quando da aplicação das leis, no exercício da jurisdição.

A previsibilidade das decisões judiciais, imposta pelo princípio da certeza do direito, é requisito essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a sua inobservância se traduzirá na formação de um *status* de insegurança popular.

A testemunha técnica, desta forma, posta à disposição das partes componentes da relação jurídica processual permitirá que demandante e demandado tenham a possibilidade de provar a (in)existência dos fatos jurídicos suscitados por ambos, conferindo ao magistrado elementos adicionais a fim de que este possa formular seu convencimento, e, conseqüentemente, efetivar a tutela jurisdicional nos moldes da legislação vigente, assegurando, evidentemente, a previsibilidade das decisões, como manda o subprincípio da certeza do direito, corolário do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, deriva do princípio do Estado democrático de direito.

5.1.4.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal, ou *due process of Law*, tem origem na *Magna Charta* do rei João Sem Terra, de 1215. A expressão originária “*the law of the land*” foi substituída por “*due process of Law*”, em 1314, na Inglaterra, e, posteriormente, no momento em que fora incorporada pelo ordenamento jurídico Americano. Referida nomenclatura inspirou o constituinte pátrio de 1988, quando o princípio do devido processo legal foi definitivamente insculpido no rol de direitos fundamentais.

Nas lições de Nelson Nery Júnior:

O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base a qual todos os outros se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of Law*. A Constituição Federal Brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, n. LIV)¹³⁶. (grifos do autor)

Tal princípio produz efeitos em todas as searas jurídicas (civil e penal) e administrativa, norteando as relações processuais. Como corolário, o princípio do devido processo legal assegura, ainda, a necessária observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios a eles inerentes, consoante artigo 5º, LV da Constituição Federal.

O *due process of Law* implica, necessariamente, a observância a um modo de ser do processo, estabelecido pela legislação. Nesse sentido, como bem afirma Nelson Nery Júnior:

E é nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira tem empregado, ao longo dos anos, a locução “devido processo legal”, como se pode verificar, *v.g.*, da enumeração que se fez das garantias dela oriundas *verbis*: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a autoincriminação¹³⁷.

Sob a ótica supracitada, o princípio do devido processo legal e o princípio da legalidade se confundem, eis que ao estabelecer uma necessária cadeia de atos a ser promovida, o princípio do devido processo legal assume, manifestamente, a noção de legalidade.

Tal noção de legalidade consubstancia-se na reserva legal, ou legalidade estrita, impondo a regulamentação do processo, por meio de lei, em sentido estrito. A lei, assim, determinará a sequência necessária de atos que deverão permear a relação jurídica processual, não conferindo ao magistrado e às partes poderes para ampliar ou restringir tal cadeia de acontecimentos, como preconiza o princípio da taxatividade.

Ocorre que, mesmo sem fazer menção expressa à previsibilidade da

¹³⁶ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 60.

¹³⁷ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 69, 70.

testemunha técnica como meio de prova, não se pode descartar tal admissibilidade, posto que ao conferir rol exemplificativo em matéria probatória, e a partir de uma exegese sistemática, envolvendo os princípios da ampla defesa, do acesso à justiça, do princípio da atipicidade dos meios de prova disposto no artigo 32, da Lei 9.099, de 1995, bem como o teor do artigo 35 e seu parágrafo único, deste mesmo diploma, é possível delimitar o alcance e sentido da norma, permitindo uma interpretação extensiva, por se tratar de norma que confere direitos subjetivos, ampliando a matéria, o que se traduzirá na perfeita inclusão do instituto da testemunha técnica como meio de prova passível de realização no procedimento especializado, contido neste diploma legal.

5.1.4.3 Princípio da razoável duração do processo

Os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal, conforme suscitado alhures, impõe a devida observância aos mecanismos estabelecidos pela legislação, o que demanda tempo para a realização dos atos processuais, necessariamente.

Junte-se a esta assertiva, ainda, o fenômeno da juridificação, consoante exposto no capítulo terceiro, com sua consequência direta sobre o provimento jurisdicional, qual seja, a inflação processual produzida em função de uma atuação estatal interventiva.

É possível trazer à colação, ainda, a ineficiência do Estado em adequar o aparato judicial às exigências das novas demandas. O judiciário não incrementa sua estrutura de forma proporcional ao crescimento do número de ações trazidas à sua apreciação.

O resultado desta inequação implica em uma manifestação cada vez maior do fenômeno da morosidade processual, implicando em um tempo necessário para a certificação e satisfação dos direitos subjetivos que extrapola os limites ditados pelo princípio da razoável duração do processo, fazendo com que as partes, por vezes, abandonem suas causas em andamento ou, até mesmo, em face da inviabilidade de ingressar em juízo para a devida apreciação de suas demandas, tendo em vista a ineficiência do provimento jurisdicional, sequer exerçam seu direito subjetivo de ação.

Acerca do mencionado, cumpre ressaltar os dizeres de Cappelletti:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerarmos os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um “prazo razoável” é, para muitos, uma Justiça inacessível¹³⁸.

O tempo desnecessário destinado à consecução da realização do provimento jurisdicional mostra-se como verdadeiro óbice à implementação dos valores contemplados no texto constitucional, evidenciado pela proteção aos direitos fundamentais como consequência imediata dos valores preconizados pelo princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.

Porém, para que se tenha a efetivação dos mandamentos inerentes à cláusula do devido processo legal, que se afigura como princípio decorrente de outro princípio, segurança jurídica, há de se estabelecer intervalos para a prática dos atos que se traduzirão na representação material daqueles fins.

Nesse sentido, Leonardo Koehler¹³⁹ comenta:

Não se pode perder de vista, por exemplo, que o direito das partes a um *fair hearing* exige um sistema eficiente de publicação das decisões, prazos suficientes para apresentação dos argumentos de cada uma das partes, o direito à prova e à impugnação das provas adversas, bem como o direito de impugnar as decisões judiciais por meio de recursos. Tudo isso demanda um determinado espaço de tempo, além do próprio período de reflexão do magistrado para proferir a decisão.

Desta forma, a observância ao devido processo legal implica, necessariamente, disponibilidade de um determinado íterim – a instância judicial, que nas lições de Fredie Didier se traduzem em uma unidade de tempo presente na sucessão de atos e termos processuais¹⁴⁰ – para que se promova a consecução do “procedimento jurisdicional de investigação do direito cuja proteção se busca em juízo”¹⁴¹, a tutela jurisdicional.

É nesse sentido que o princípio da razoável duração do processo vem delimitar o tempo necessário à materialização dos atos processuais, pautando-os

¹³⁸ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., 1988, p. 20,21.

¹³⁹ KOEHLER, op. cit., p. 29.

¹⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2010, volume 5, p. 331.

¹⁴¹ Ibid., p. 405.

em critérios exclusivamente lógicos, coerentes, advindos da razão, pois, se é necessário e inevitável estabelecer-se lapso temporal para a consecução dos fins almejados pelo referido mandamento de otimização, que este interstício seja o estritamente devido, “um prazo de duração baseado em razões sólidas, a saber, aceitável de forma racional e jamais motivado por fundamentos político/ideológicos¹⁴²”.

O princípio da razoável duração do processo permite, destarte, a existência e disponibilidade de tempo hábil à inquirição de testemunhas, consoante se infere da sistemática processual vigente, e, sendo assim, não haveria violação alguma à referida norma pelo simples fato de se tratar de testemunha técnica, eis que somente se permitirá a inquirição desta durante a audiência de instrução e julgamento, como acontece com a testemunha comum, tudo em conformidade com os ditames do princípio da oralidade.

5.2 A instrumentalidade do processo

Os valores consubstanciados na Constituição Federal e legislação infraconstitucional asseguram direitos subjetivos aos sujeitos das relações jurídicas.

Como direito fundamental, toda ameaça ou lesão a direito subjetivo poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, o qual promoverá a devida manutenção do *status* jurídico violado, através de uma tutela jurisdicional útil, adequada e justa, materializando o acesso à justiça, tanto em sua acepção formal quanto material.

Nesse sentido, cumpre destacar que o processo civil é verdadeiro instrumento¹⁴³ para a consecução dos valores insculpidos na Constituição Federal. Valores estes que, em sua essência, visam a promoção do princípio fundamental da proteção à dignidade da pessoa humana¹⁴⁴.

¹⁴² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 2012, p. 241.

¹⁴³ DINAMARCO, op. cit., p. 49.

¹⁴⁴ Consoante lições do Professor Sérgio Torres, “A instrumentalidade do processo exige, para sua correta compreensão, a consciência de que o processo é um instrumento para a consecução de determinados escopos que moldam a sua razão de ser. É um instrumento para cumprir a sua missão jurídica de aplicar o direito e concretizar a norma jurídica abstratamente prevista no direito positivado. É um instrumento para atingir sua meta política de manter a integridade do *status quo normativo*, conservando o ordenamento jurídico e preservando os valores consagrados nos textos normatizados. É um instrumento para alcançar a sua função social de educar a população, conscientizar os cidadãos acerca dos seus direitos e seus deveres, de forma a cumprir um objetivo pedagógico e contribuir não apenas para a manutenção para o próprio avanço da comunidade. E, por fim, é um instrumento para realizar a sua função maior, o seu escopo magno, de pacificar com justiça, no sentido de restabelecer a harmonia quebrada quando do surgimento de um conflito no âmbito da

Sendo assim, assume o processo, então, uma dúplici faceta. Inicialmente como instrumento apto à consecução de um objeto imediato ou próximo, qual seja, uma decisão judicial, com fins de concretização do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Em um segundo momento, o processo busca a consecução dos ideais refletidos na proteção à dignidade humana por meio da proteção aos direitos fundamentais, o objeto indireto ou remoto¹⁴⁵.

Vê-se, desta maneira, que está perfeitamente contido no objeto imediato do processo o acesso à justiça formal, enquanto que o objeto indireto do processo restaria configurado pelo acesso à justiça substancial, ou ainda, pelos anseios que circundam a incessante busca pelo ideal justiça.

A sociedade pós-moderna, nos dizeres de Santos¹⁴⁶, anseia por mudanças na administração da justiça, no próprio processo e até mesmo no direito substantivo. Só assim se promoveria uma verdadeira democratização da justiça, para que esta pudesse alcançar, de forma isonômica, todas as classes sociais.

O processo assume posição singular de evidência em se tratando de concretização do direito fundamental mencionado nos parágrafos anteriores, eis que as finalidades perseguidas pelo referido mandamento necessariamente dependerão dos mecanismos postos à disposição das partes componentes das relações processuais, mais especificamente, da estrutura do processo.

Como instrumento apto a permitir tal empreitada, o processo, ademais, requer necessária flexibilização, no sentido de prover a possibilidade de adequar-se às situações fáticas levadas à apreciação do poder jurisdicional, pautando-se, evidentemente, nos critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, o que inviabiliza a existência de um processo excessivamente rígido, fato este que,

comunidade, assegurando a pacificação social. Tal feição instrumentalista, por sua vez, em nada diminui a importância do processo, não o transformando num humilde “servo” do direito material como temiam os doutrinadores mais radicais da época do processualismo científico, quando destacar o processo como instrumento era interpretado como uma heresia. Reside na sua natureza instrumental a mais relevante faceta do processo, sem cuja presença a sociedade estaria fadada a enfrentar eternamente os horrores da justiça privada generalizada ou, tão nocivo quanto, a força bruta e antidemocrática dos regimes totalitários. A instrumentalidade do processo, nesse sentido, deve ser considerado como a sua maior qualidade, pois é como ferramenta a serviço dos seus escopos (jurídico, político, social e magno) que o processo demonstra a sua imprescindibilidade como instituto jurídico da sociedade civilizada. Dentro de tal quadro, é perfeitamente visível a presença do processo com um instrumento com duas dimensões distintas: Uma, dirigida à resolução de um caso concreto. Outra, fundada na concretização de suas metas institucionais, que transcendem as peculiaridades da lide entre as partes litigantes.

¹⁴⁵ MENDES JÚNIOR, João. Direito Judiciário Brasileiro, apud DINAMARCO, op. cit., p. 29.

¹⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 1999, p. 157.

inevitavelmente, comprometeria a efetivação dos ideais preconizados pelo princípio do acesso à justiça.

Ao permitir, a ordem jurídica, a admissibilidade de meios de prova atípicos, está se implementando, objetivamente, o princípio em comento, uma vez que respectiva ampliação em matéria probatória tão somente confere aos jurisdicionados melhores condições de demonstrar suas alegações em juízo, proporcionando uma melhor compreensão do magistrado acerca das circunstâncias que norteiam o fato jurídico, objeto do litígio, que se apresenta ao Estado.

O instituto da testemunha técnica, em consonância com o exposto, como meio de prova atípico, e, assim sendo, admitido no bojo do processo, promoveria verdadeiro incremento no tocante à eficiência da prestação jurisdicional. Tal instituto, inclusive restaria perfeitamente apto a figurar como meio de prova no procedimento ordinário, o que fora, inclusive, objeto de análise no período de apreciação do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, consoante informações repassadas a este autor pelo Professor Leonardo Carneiro da Cunha, por meio de correio eletrônico, nos termos a seguir:

Subseção III

Da produção da prova testemunhal técnica

Art. ____ A testemunha técnica prestará esclarecimentos sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

§1º Para ser admitida, a testemunha técnica deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento.

§2º As testemunhas técnicas serão arroladas pelas partes no prazo do art. 342, §5º ou poderão ser indicadas, de ofício, pelo juiz.

§3º Incumbe à parte que arrolou a testemunha provar a sua formação acadêmica. Quando indicada pelo juiz, cabe à própria testemunha fazer prova de sua qualificação.

§3º Para a produção da prova testemunhal técnica, aplica-se, no que couber, o disposto nos demais artigos desta Seção IX.

§4º A remuneração da testemunha técnica, que será arbitrada previamente pelo juízo, será adiantada pela parte que a houver arrolado, ou será rateada pelas duas partes quando indicada por ambas ou pelo juízo.

§5º A testemunha técnica, ao prestar seus esclarecimentos, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos de fato controvertidos na causa.

Justificativa. Criar a possibilidade do testemunho técnico, já consagrado no direito estrangeiro e no processo arbitral.

Por motivo desconhecido, entretanto, optou o legislador ordinário por não incluir o mencionado instituto no projeto final do Novo Diploma Processual, abandonando a excelente oportunidade de instituir, expressamente, a

admissibilidade da testemunha técnica no procedimento ordinário.

Contudo, tal admissibilidade não restaria configurada, tão somente, no âmbito do procedimento ordinário, podendo se estender tal aplicabilidade, inclusive, no procedimento especializado que rege os juizados especiais cíveis, visto que, consoante demonstrado alhures, o instituto da testemunha técnica permite perfeita adequação aos princípios que informam o referido procedimento.

Como veículo apto à consecução dos valores insculpidos na Carta Magna, o processo deve se mostrar receptivo às adaptações requisitadas pela própria dinâmica social, proporcionando a manutenção de institutos que, em sua essência, venham aprimorar a efetivação de uma prestação jurisdicional, em conformidade com o princípio do acesso à justiça.

A utilização deste meio de prova nos processos de competência do Juizado Especial Cível constituiria verdadeira vitória na luta incessante pela facilitação do acesso à justiça.

5.3 Da remuneração da testemunha técnica

Ao atuar calcado em preceitos éticos que regulamentam sua atividade, o profissional salvaguarda os interesses e direitos de toda sociedade, além de preservar sua própria esfera particular, o que vem fortalecer sua dignidade bem como a dignidade dos demais profissionais que atuam na mesma área ou em áreas afins.

A ética profissional, destarte, resulta de um pacto que envolve diretamente os profissionais de determinada área, consubstanciando-se em preceitos que visam regulamentar as condições de convivência e relacionamento que se materializam entre os que atuam no exercício profissional.

Consoante artigo 6º do Código de Ética Profissional da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia e Meteorologia¹⁴⁷, o exercício da profissão tem como escopo proporcionar um bem-estar social, permitindo verdadeiro desenvolvimento coletivo, no bojo das relações intersubjetivas.

Como o ato de testemunhar tem a natureza jurídica de dever jurídico, à

¹⁴⁷ BRASIL. Código de Ética Profissional da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geografia, Geologia e Meteorologia. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, São Paulo. Disponível em: <http://www.creasp.org.br/arquivos/publicacoes/codigo_de_etica.pdf> Acesso em: 12 ago. 2013

testemunha técnica, assim, não restaria a possibilidade da mesma eximir-se de tal obrigação, podendo, inclusive, submeter-se à condução coercitiva.

Ao observar as considerações alhures, infere-se que, como conduta decorrente do exercício profissional, que necessariamente traz, em sua essência, uma função social, seria perfeitamente admissível a hipótese de que o testemunho técnico assumisse a natureza de ato gratuito.

Ocorre que não se pode ignorar o fato de que ao se dispor a colaborar com a efetivação da prestação jurisdicional, a testemunha técnica viesse a suportar prejuízo desnecessário, eis que, por vezes, ficaria impossibilitada de desenvolver sua prática profissional, deixando de auferir remuneração atinente a este exercício, o que se mostraria desproporcional e desarrazoado.

Nesse sentido, segue a preleção de Devis Echandia¹⁴⁸:

Como el deber jurídico de testimoniar no puede conducir a que el testigo asuma los gastos que su cumplimiento le traiga, en las legislaciones europeas y americanas suele incluirse alguna norma que consagre el derecho de aquel a recibir una remuneración o indemnización que le permita atender al transporte y alojamiento cuando debe viajar a outra ciudad, e incluso compensar lo que deje de devengar por esse motivo, especialmente cuando se trate de empleados o dependientes.

Faz jus, nesse sentido, a testemunha técnica a uma remuneração em virtude do próprio exercício da atividade profissional, materializado em juízo, bem como a uma indenização face aos prejuízos suportados, tendo em vista o dever de prestar declarações em um processo.

Obviamente, tal remuneração deverá pautar-se em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, utilizando-se o magistrado de elementos circunstanciais com fins de estabelecer o montante devido a título de remuneração ou indenização, levando em consideração, inclusive, os aspectos socioeconômicos, tanto da testemunha técnica, quanto daquele sobre o qual recairá a obrigação de arcar com as referidas despesas.

Consoante determinação contida no parágrafo 4º da proposta legislativa apresentada no item precedente, “a remuneração da testemunha técnica, que será arbitrada previamente pelo juízo, será adiantada pela parte que a houver arrolado, ou será rateada pelas duas partes quando indicada por ambas ou pelo juízo”.

A referida previsão acerca da remuneração devida à testemunha técnica mostra-se perfeitamente coerente com a necessidade de se remunerar o referido

¹⁴⁸ ECHANDIA, op. cit., p. 55.

profissional, estabelecendo, inclusive, a quem caberá tal ônus.

Entretanto, custas processuais verificam-se, por vezes, como verdadeiro óbice ao princípio do acesso à justiça, fator este que se evidencia de forma ainda mais contundente em se tratando de juizados especiais cíveis, levando, inclusive, o legislador a abolir tais despesas no curso do procedimento especial mencionado, em sua primeira instância.

Nesse contexto, posicionam-se Mauro Cappelletti e Bryanth Garth¹⁴⁹:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

Por vezes, as partes buscam o procedimento especializado em função da impossibilidade de arcar com custas processuais, que ensejariam, possivelmente, a inviabilidade de buscar a tutela judicial de seus direitos subjetivos violados ou ameaçados de violação.

Visando conciliar tais interesses conflitantes, configurados pela necessidade de se arrolar testemunha técnica diante da impossibilidade de custear as despesas originadas de tal arrolamento, pugna-se, *de lege ferenda*, pela criação de um fundo especial, que teria com objetivo primordial custear a remuneração da testemunha técnica quando da impossibilidade de custeio efetivado pelas partes componentes da relação processual.

A criação do respectivo fundo proporcionaria a quaisquer jurisdicionados a possibilidade de arrolar testemunha técnica com fins de ratificar seus argumentos, tendo em vista formular o necessário convencimento do magistrado, sem suportar ônus desnecessário em virtude de impossibilidade socioeconômica de arcar com tal encargo.

Permitir-se-ia, assim, o acesso à justiça em sentido amplo, para que todos os jurisdicionados pudessem dispor de uma prestação jurisdicional adequada, útil e justa, promovendo a satisfação de seus direitos subjetivos de forma aprimorada, em um lapso temporal razoável, efetivando a dignidade dos mesmos.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 15, 16.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio prevê a consecução de determinados valores. Este conteúdo axiológico se manifesta através dos princípios constitucionais, que, a partir da segunda metade do século XX, adquiriram *status* de norma jurídica, decorrente do fenômeno da força normativa das constituições, uma das características do neoconstitucionalismo.

A Constituição da República Federativa do Brasil está assentada em um conjunto de princípios basilares. Ao assumir o *status* de princípio fundamental do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana torna-se essencial à manutenção da democracia na ordem jurídica pátria, sendo ponto cardeal, impondo, ao Estado e à Sociedade, o reconhecimento do ser humano e seu bem-estar como objetivo primordial a ser atingido.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impõe parâmetros a serem observados com fins de promover a proteção contra tratamentos degradantes ou desumanos a todo ser humano, trazendo, também, uma condição de respeitabilidade entre Estado e sociedade civil. Respectiva proteção se efetiva através da realização dos direitos fundamentais insculpidos neste texto constitucional.

Dessa forma, os direitos fundamentais surgem como um verdadeiro sistema, que expressa o conteúdo da dignidade da pessoa humana, de tal forma que a interpretação de todos os preceitos constitucionais e infraconstitucionais deve ser realizada sob a ótica que consagra a dignidade da pessoa humana, ou seja, sob a ótica das normas que consagram todos os direitos fundamentais, além de conferir uma fundamentação material e formal para a elaboração das normas componentes da ordem jurídica pátria.

Os direitos fundamentais, representados pelos princípios e regras constitucionais, realizam o valor fundamental da proteção à dignidade humana, impondo prestações positivas e negativas, ao Estado e à sociedade, com o fim de proteger o ser humano contra qualquer tipo de tratamento desumano e degradante.

Ocorre que o fenômeno da juridificação trouxe importantes alterações no catálogo de direitos fundamentais, ampliando o rol de direitos subjetivos públicos estendidos a todo ser humano.

Com o surgimento de uma nova roupagem legislativa, introduzida pelo Estado social, que vem promover uma proteção a novos direitos, oriundos de relações sociais inéditas até então (relações consumeristas, trabalhistas, de inquilinato, dentre outras), o judiciário se vê diante de um número inusitado de demandas submetidas à sua apreciação.

Somando-se a estes fatores a ineficiência do aparato judiciário, que tem como principal causa a ausência de uma estrutura adequada para lidar com esse incremento no número de demandas levadas a este poder, o fenômeno da morosidade processual, a tempos existente na dinâmica jurídica, toma proporções inimagináveis, trazendo prejuízos não passíveis de contabilização para todos aqueles que necessitam recorrer ao estado para a tutela de seus direitos subjetivos.

Tais fenômenos, diretamente, comprometem o que preconiza o direito fundamental do acesso à justiça, eis que impedem a consecução de uma tutela jurisdicional adequada, útil e justa, tolhendo os direitos dos jurisdicionados de efetivamente usufruir de suas prerrogativas asseguradas pela norma, na forma de direitos subjetivos, de maneira eficiente.

Frente à ineficiência estatal, este ente, por meio de alterações em sua forma, como o ocorrido através da reforma do judiciário, introduzida pela emenda constitucional nº 45 de 2004, estabelece modificações nos procedimentos, com a finalidade de aperfeiçoar o provimento jurisdicional, além da previsão de procedimentos extrajudiciais.

Com o advento dos meios extrajudiciais para solução de controvérsias, o Estado acaba por transferir aos particulares uma parcela da tarefa que lhe era inerente, estreitando ainda mais as particularidades imanentes aos ideais trazidos pela clássica dicotomia direito público-privado, procurando isentar-se da responsabilidade decorrente na falha da prestação jurisdicional em tempo razoável, ante sua ineficiência.

Junte-se a tal modificação a criação de procedimentos especializados, como ocorre com o procedimento sumaríssimo instituído pela Lei 9.099 de 1995 que estabeleceu a criação dos Juizados Especiais Cíveis, calcados nas máximas da oralidade, celeridade, informalidade e economia processual.

No entanto, tais medidas não se mostram eficazes, na prática. A realidade espelha bem que o fenômeno da morosidade processual, ainda evidente, é a grande mazela que coloca em xeque a execução de uma tutela jurisdicional adequada,

impossibilitando, em muitos casos, a inacessibilidade à justiça.

Dentre os direitos fundamentais explicitados na Carta Magna de 1988, determinadas prerrogativas se aplicam diretamente à relação jurídica processual, em especial os princípios do devido processo legal e seus corolários, estabelecendo a necessidade de se observar procedimentos específicos para a composição da relação processual, e da razoável duração do processo, impondo a obrigatória observância a parâmetros objetivos, isentos de argumentos ideológicos e políticos que justifiquem o tempo demandado para o exercício da atividade jurisdicional.

Nessa seara, o princípio da ampla defesa, como direito fundamental e corolário do princípio do devido processo legal, confere às partes, a possibilidade de uma determinada amplitude quanto à produção de meios probatórios, respeitando-se, necessariamente, a licitude das provas produzidas.

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e seu procedimento sumaríssimo especial, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil sofre determinadas mitigações, ou seja, verdadeiras restrições aos atos processuais que não se coadunam com os mandamentos impostos pelo respectivo procedimento.

Destarte, há uma relativização do direito fundamental à ampla defesa no âmbito do procedimento preconizado pela Lei 9.099 de 1995, tendo em vista a vedação à produção de meios de prova incompatíveis com os princípios norteadores do rito acima mencionado, em face das limitações impostas pelo princípio da oralidade, tendo em vista a necessidade de se preservar um procedimento no qual a produção probatória transcorra, integralmente, no curso da audiência de instrução e julgamento.

A coexistência de direitos fundamentais importa na ocorrência de eventuais tensões ocorridas entre estes, implicando na necessidade de se estabelecer parâmetros para a solução destas controvérsias.

As considerações acima estipuladas evidenciam o caráter relativo dos direitos fundamentais, sendo que os conflitos mencionados alhures seriam solucionados com a aplicação do princípio constitucional, implícito, da proporcionalidade, a partir da verificação dos pressupostos insculpidos nos subprincípios que compõem aquele maior.

Apesar de se atender aos requisitos propostos pelos subprincípios da adequação e da necessidade, quando da admissibilidade de todos os tipos de provas, típicos e atípicos, nos moldes do Código de Processo Civil, restaria violado o

subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quando, *v.g.*, se admitir-se a produção de prova pericial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, o que tornaria o referido procedimento moroso e dispendioso - não atendendo aos ideais preconizados no texto constitucional e evidenciados na legislação em comento - para as partes, além de violar, também, um dos subprincípios da oralidade, que impõe a realização de toda produção probatória no âmbito da audiência de instrução e julgamento.

Desta forma, seria imensamente desproporcional, *strictu sensu*, e, por conseqüência, *lato sensu*, admitir a produção de provas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, ao se aplicar, sem restrições, o princípio constitucional da ampla defesa, ignorando-se, completamente, a devida observação aos valores constitucionais que estabeleceram a criação destes órgãos jurisdicionais, o que impossibilitaria a efetivação de uma tutela jurisdicional adequada, útil e justa.

Entretanto, afigura-se o processo como instrumento apto a proporcionar a efetivação dos valores insculpidos na Constituição Federal, promovendo, através de mecanismos próprios, a satisfação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de lesão, impondo a observância de um procedimento caracterizado por possuir certa carga de flexibilidade, permitindo a inclusão de novos institutos que, em sua essência, visem à promoção dos ideais contidos no mandamento do acesso à justiça, respeitando-se, necessariamente, os ditames da razoabilidade e proporcionalidade.

É nesse sentido que surge o instituto da testemunha técnica, derivado do ordenamento jurídico norte-americano, caracterizado pelas declarações de um terceiro que, apesar de não ter contato direto com as circunstâncias fáticas, traz a juízo elementos necessários à formação do convencimento do magistrado, fundamentados em conhecimento técnico-científico.

Como fora apresentado acima, trata-se de instituto pertencente a categoria própria, com elementos e características singulares, não se confundindo com demais institutos similares aparentemente.

A admissibilidade do referido instituto no âmbito do procedimento especializado que trata a Lei 9.099 de 1995 mostra-se em perfeita coadunação com os preceitos que informam o procedimento, em especial com o teor do princípio da oralidade, posto que preservaria toda a produção probatória em um momento único, no bojo da audiência de instrução e julgamento.

A ponderação de valores envolvendo os conflitantes princípios da oralidade e da ampla defesa demonstra o perfeito cabimento de tal instituto como meio de prova hábil a figurar no bojo do procedimento especializado que rege os juizados especiais cíveis, o que não restaria possibilitado em se tratando de prova pericial.

Tal incremento somente traria aspectos positivos em se tratando de matéria probatória, visto que possibilitaria às partes um espectro mais abrangente em termos de meios de prova atípicos colocados à disposição dos jurisdicionados, materializando, indubitavelmente, o direito fundamental do acesso à justiça, e consequentemente, a proteção maior da dignidade da pessoa humana, nos termos preceituados pelo fundamento da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume 1. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO CAMARGO (Org.), **Leituras complementares de Direito Constitucional**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Fábio Túlio. **Extrajudicialização dos Conflitos de Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/7547](http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547)>. Acesso em: 1 ago. 2008.
- BERNARDINI, Marcos Maurício. **Juizados Especiais Cíveis**. Provas Técnicas e Perspectivas Gerais (Federais, Criminais e de Família). São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001.
- BOMFIM, Thiago. **Os Princípios Constitucionais e sua força normativa**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BRASIL. Código de Ética Profissional da Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geografia, Geologia e Meteorologia. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, São Paulo. Disponível em: http://www.creasp.org.br/arquivos/publicacoes/codigo_de_etica.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

BRASIL. Projeto do Novo Código de Processo Civil. Senado, Brasília. Disponível em: <[HTTP://www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)>. Acesso em: 12 jan. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Quatro Perguntas e Quatro Respostas Sobre o Amicus Curiae**. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAVALCANTE, Marcos André Lopes. **Saiba Mais Sobre o Amicus Curiae**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/marciocavalcante/2013/03/28/96/>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Volumes 1 e 2. 5. ed., Salvador: Juspodivm, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2010, volume 5. 2010

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de la Prueba Judicial**. Tomo II. 5. ed., Bogotá: Editorial Temis, 2002.

EHRHARDT JÚNIOR., Marcos. **Direito Civil**. LINDB e Parte Geral. Volume I. 2. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Evidence**. *Federal Evidence Review*. Disponível em: <<http://www.federalevvidence.com>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. Volume I. 13. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GARNER, Brian A. **Black's Law Dictionary**. 8. ed., Thomsom Reuters, 2004.

HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editores, 1991.

JOHNSON, Molly Treadway, KRAFKA Carol e CECIL, Joe S. **Expert Testimony in Federal Civil Trials**. A Preliminary Analysis. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ExpTesti.pdf/\\$file/ExpTesti.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/ExpTesti.pdf/$file/ExpTesti.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2011.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A Razoável Duração do Processo**. Salvador: Juspodivm, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Álvaro dos Santos. **A dignidade da pessoa humana como fonte garantidora do progresso social**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 259. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1925>> Acesso em: 22 jul. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da Existência. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Civil**. Tomo 1. 2. ed., Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora. 2000

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO CAMARGO, Marcelo. O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana. In: NOVELINO CAMARGO (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed., São Paulo; Editora Saraiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7. ed., Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 22 jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. 4. ed., Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SORJ, Bernardo. **A Nova Sociedade Brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.