



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

KENDRA CORRÊA BARÃO HOEPERS

**A LEGÍTIMA PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO  
PROCESSO CIVIL SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL**

---

Londrina  
2010

KENDRA CORRÊA BARÃO HOEPERS

A LEGÍTIMA PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO  
PROCESSO SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO  
FEDERAL E O ESTUDO DE TÓPICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti.

Londrina  
2010

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da  
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

H694L Hoepers, Kendra Corrêa Barão  
A legítima participação dos litigantes no processo sob o enfoque da  
constituição federal e o estudo de tópicos. / Kendra Corrêa Barão Hoepers –  
Londrina, 2011.  
148 f.

Orientador: Francisco Emilio Baleotti  
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de  
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação  
em Direito Negocial, 2011.

1. Partes – Teses. 2. Direito – Teses. 3. Legitimidade – Teses. 4.  
Constituição Federal – Teses. I. Hoepers, Kendra Corrêa Barão. II.  
Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado.  
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.022

# **A LEGÍTIMA PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO PROCESSO SOB O ENFOQUE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ESTUDO DE TÓPICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.  
Dr. Francisco Emilio Baleotti  
Universidade Estadual de Londrina

---

Prof. Dr. Sérgio Alves Gomes  
Universidade Estadual de Londrina

---

Prof. Dr. Cláudio Ladeira  
Universidade Federal de Juiz de Fora

Londrina, 05 de Novembro de 2011.

**Aos meus amados Pais**

**Ao meu querido Marido**

**Ao meu filho**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos Professores Doutores Francisco Emilio Baleotti e Cláudio Ladeira pela generosidade na orientação, presteza no conhecimento e incentivo em todas as horas.

Ao Professor Doutor Sérgio Alves Gomes pela generosidade em aceitar o convite e pela presença respeitada.

Aos Professores do Mestrado que contribuíram e estimularam o saber acerca do Direito.

Ao Francisco pelo companheirismo, humanidade e apoio.

**“O conhecimento é o único bem que se adquire por toda eternidade.”**

Dilson de Oliveira Nunes

HOEPERS, Kendra Corrêa Barão. **A legítima participação dos litigantes no processo sob o enfoque da constituição federal e o estudo de tópicos**. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

## RESUMO

Com o desenvolvimento da sociedade, surge a necessidade da legislação processual civil atualizar-se aos novos anseios sociais, procurando dinamizar-se e adequar-se à realidade em que vivemos. Neste sentido, para se compreender o processo civil, nada mais salutar que compreender termos como a “ação”, “jurisdição” e “processo”, analisando-se seus conceitos, suas origens e características primordiais. Além do mais, estudar o conteúdo proposto sobre o enfoque da Carta Magna, bem como acerca de elementos imprescindíveis do sistema jurídico, tornam-se inexoráveis. A busca pela função social do processo, com apoio a um efetivo acesso à justiça e a maior eficiência na prestação das tutelas jurisdicionais, bem como satisfação e concretude dos direitos materiais, tem possibilitado uma aliança harmônica do Direito Processual Civil à Constituição Federal, transformando, inclusive, o processo num instrumento de efetivação das tutelas de direito fundamental. Sendo assim, as partes são os sujeitos na relação processual que nela diretamente controverte, ou seja, são as pessoas que pedem ou em relação a quem se pede a tutela jurisdicional. Por oportuno, sabe-se que a legitimação pela participação decorrerá da efetiva participação das partes na formação da decisão processual. Neste sentido, mister uma análise acerca da titularidade participativa dos litigantes do processo, a fim de alcançar os principais apontamentos que envolvem esta temática, tendo em vista que o processo de cooperação entre as partes, numa legitimação de participação diante do processo é escopo imprescindível ao exercício da Jurisdição, eis que envolvem interesses de várias pessoas a fim de se buscar a solução mais adequada e a busca pelo acesso à justiça.

**Palavra-chaves:** Partes. Direito. Legitimidade. Constituição Federal.

HOEPERS, Kendra Corrêa Barão. **The litigant's legitimate participation in the process from the standpoint of the federal constitution and the study of topics.** 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

### **ABSTRACT**

With the development of society, the need arises to upgrade the civil procedural Law to new social concerns, seeking to streamline and adapt to the reality in which we live. In this sense, to understand the civil case, nothing more salutary to understand terms like "action", jurisdiction" and "process" by analyzing their concepts, their origins and primordial characteristics. Moreover, the study focused on the proposed contents of the Magna Carta, as well as about essential elements of the legal system, they become relentless. The search for the social function of the process, with support for an effective access to justice and greater efficiency in the provision of guardianship tribunals, as well as satisfaction and concreteness of the material rights, has allowed a harmonious alliance of civil procedural law to the Federal Constitution, turning, including the process into an instrument for effecting the fundamental right of guardianship. The parties are the subjects in the procedural relationships that it is directly at issue, ie, they are people who ask for or against whoever is seeking the judicial review. By appropriate, it is known that legitimation by participation derives from effective participation of stakeholders in shaping the procedural decision. In this sense, mister a review about the ownership of the participatory process to litigants in order to achieve the main notes surrounding this issue, bearing in mind that the process of cooperation between the parties, a legitimation of participation before the process is essential to the scope exercise of jurisdiction, here involving people of various interests in order to seek the most appropriate solution and the search for access to justice.

**WordKey:** Parties. Law. Legitimacy. Federal Constitution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	12
1.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS ACERCA DE AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO.....	12
1.1.1 Ação .....	13
1.1.2 Jurisdição .....	14
1.1.3 Processo.....	20
1.2 REFORMAS RECENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, A COGNIÇÃO ADEQUADA E A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL .....	30
<b>2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROCESSO CIVIL</b> .....	42
2.1 BREVE RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PROCESSO CIVIL .....	42
2.2 A SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	45
2.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DENOMINAÇÃO, “MULTIFUNCIONALIDADE”, EFETIVIDADE, INTERPRETAÇÃO E RELATIVIDADE .....	51
<b>3 A PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO PROCESSO, O DIREITO DE DEFESA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b> .....	62
3.1 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO .....	62
3.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO PROCESSO E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	79
3.2.1 Importância dos Princípios no Ordenamento Jurídico .....	79
3.2.2 Princípios Jurídicos Informativos .....	80
3.2.3 Princípios Constitucionais do Processo .....	81
3.2.4 Princípio do Devido Processo Legal .....	82
3.2.5 Princípio da Isonomia .....	85
3.2.6 Princípio da Ampla defesa e do Contraditório .....	87
3.2.7 Princípio da Publicidade .....	91
3.2.8 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais .....	91
3.2.9 Demais Princípios .....	92
3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO E PARTICIPAÇÃO DAS PARTES .....	92

3.4 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO LEGÍTIMA DO RÉU NO PROCESSO .....	100
3.5 A LEGITIMAÇÃO DO RÉU COMO PARTICIPANTE DO PROCESSO.....	103
3.6 Os AVANÇOS TECNOLÓGICOS E A BUSCA PELO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL PARA AS PARTES .....	108
<b>4 ESTUDO DE TÓPICOS.....</b>	<b>114</b>
4.1 A CONCESSÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO DE TUTELA <i>INAUDITA ALTERA</i> PARTE E A OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO .....	114
4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O DIREITO LEGÍTIMO DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES (SEGURANÇA JURÍDICA).....	125
4.3 BREVE ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL X PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	134
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

A cada dia que passa, surge a necessidade da legislação processual civil atualizar-se aos novos anseios sociais, procurando dinamizar-se e adequar-se à realidade em que vivemos. Neste sentido, para se compreender o processo civil, nada mais salutar que compreender termos como a “ação”, “jurisdição” e “processo”, analisando-se seus conceitos, suas origens e características primordiais. Além do mais, estudar o conteúdo proposto sobre o enfoque da Carta Magna, bem como acerca de elementos imprescindíveis do sistema jurídico, tornam-se inexoráveis.

A busca pela função social do processo, com apoio à um efetivo acesso à justiça e a maior eficiência na prestação das tutelas jurisdicionais, bem como satisfação e concretude dos direitos materiais, tem possibilitado uma aliança harmônica do Direito Processual Civil à Constituição Federal, transformando, inclusive, o processo num instrumento de efetivação das tutelas de direito fundamental.

Neste sentido, o amadurecimento do processo civil, reconhecido pela Constituição Federal, bem como por seu caráter público, foram primordiais para se tornar o mesmo um instrumento de atuação e obtenção ao acesso à justiça. Ademais, o Estado Democrático de Direito foi testemunha das inovações pelas quais passou o Direito processual civil

Por isso, através de uma pesquisa acadêmica, busca-se analisar as principais implicações processualísticas no Ordenamento Jurídico com enfoque ao direito legítimo de participação das partes no processo civil brasileiro, a fim de colaborar para que novas discussões afluam a seara jurídica, contribuindo de forma significativa para a ciência do Direito, tendo em vista ser um tema de grande repercussão atual.

Afinal, a presença ativa e participante das partes serve também como instrumento ao magistrado na tradução do fato social, favorecendo o processo dialógico, a democracia de atuação no desenvolvimento dos atos processuais, bem como acerca do êxito da controvérsia, dando importância não apenas para o fato de qual o resultado que será obtido, mas também de como este fato será alcançado.

Apesar de o presente estudo não ter a pretensão de esgotar o tema, tampouco criar um tratado longo ou analítico, mas sim colaborar para uma clara

compreensão acerca dos novos reflexos, sabe-se que, devido à grande importância das alterações, ao longo dos tempos, introduzidas ao Código de Processo Civil, notadamente ao que diz respeito ao direito legítimo de participação das partes no processo, é que se faz necessário o mesmo, que tem por objetivo descrever esta nova sistemática processual em relação ao ordenamento jurídico em si, e obviamente, às suas implicações ao próprio Direito Processual Civil Brasileiro.

## 1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS ACERCA DE AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO

A diversidade de significados oferecida aos termos “Ação”, “Jurisdição” e “Processo Civil” levam o jurista a compreender a impossibilidade de exaurimento do tema, tendo em vista a complexidade e variação de elementos que os compõem<sup>1</sup>, bem como a ausência de consenso entre o mundo acadêmico sobre os mesmos.

Neste sentido, na busca de um ambiente favorável ao desenvolvimento da presente pesquisa e embora a divergência acima citada, a investigação acerca de considerações sobre esses termos universais denotam-se imprescindíveis ao crescimento do trabalho em exame, pelo qual se justifica, neste momento, o início de suas breves análises.

Ainda, faz-se necessária tal investigação pela impossibilidade de isolamento do sistema jurídico, senão vejamos:

a mencionada autonomia do sistema jurídico não há de ser entendida no sentido de um isolamento deste em face dos demais sistemas sociais, o da moral, religião, economia, política, ciência, etc., funcionalmente diferenciados em sociedades complexas como as que se têm na atualidade. Essa autonomia significa, na verdade, que o sistema jurídico funciona com um código próprio, sem necessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum daqueles outros sistemas, aos quais, no entanto, o sistema jurídico se acopla, através de procedimentos desenvolvidos em seu seio, procedimentos de reprodução jurídica, de natureza legislativa, administrativa, contratual e, principalmente, judicial.<sup>2</sup>

Acerca da indagação sobre Ação, Jurisdição e Processo Civil, não seria possível deixar de comentar, *à priori*, um elemento essencial ao Ordenamento Jurídico Brasileiro como a respeito da Lide. Francesco Carnelutti, grande inspirador

---

<sup>1</sup> “Divergem juristas, filósofos e sociólogos quanto ao modo de conceituar o direito. Diversas são as causas dessa divergência, podendo ser mencionada, dentre outras, a existência de várias escolas, cada qual com teoria própria sobre a origem do direito e o papel que ele representa no meio social.” (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 1).

<sup>2</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.185.

do tema na doutrina brasileira, aborda o mesmo como o ‘conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita’<sup>3</sup>.

Neste sentido, percebe-se que a sociedade sempre vive momentos por vezes conflituosos e que função primordial do Estado Democrático de Direito é possibilitar a harmonização desses desentendimentos, seja qual for sua origem, natureza ou gravidade desses conflitos. Sendo assim, é justamente através da Ação, Jurisdição e do Processo, onde as partes lesionadas poderão encontrar amparo e condições de fazerem valer suas pretensões.

### 1.1.1. Ação

Sabe-se que a ação é um instituto desenvolvido através da história e dadas as diferentes concepções que obteve durante o percorrer dos tempos, a mesma propicia-se como garantia ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como ao processo civil na busca do acesso à justiça e efetivação da tutela jurisdicional de Direito, conforme prevê o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Portanto, a ação é um direito previsto constitucionalmente e que garante ao cidadão obter uma resposta satisfatória do Órgão Jurisdicional.

Segundo Moacyr Amaral Santos, designa-se a ação<sup>4</sup>:

Como um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, nesse sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.

Neste sentido, ao longo dos anos a ação foi adquirindo contornos dos mais variados possíveis, sendo admitida em visões mais restritas ou amplas, conforme o sentido que lhe fosse oferecido. Exemplo disso é que no passado dizia-

---

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v.1. p. 78.

<sup>4</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 167.

se que a ação era o próprio direito em movimento (teoria imanentista). Posteriormente surgiu a teoria concretista, com o fundamento de que apenas tinha ação aquele que fosse titular efetivo do direito postulado. Todavia, a aquisição de autonomia ao processo fez com que a ação adquirisse a característica abstratista, isto é, ganhasse um desligamento em relação ao direito material, surgindo como um direito de exigir uma resposta do Poder Judiciário, independentemente daquele, ou seja, indiferente à procedência ou improcedência do pedido pleiteado<sup>5</sup>.

A ação, como um direito a uma resposta do Poder Judiciário necessita respeitar algumas condições, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade '*ad causam*' e o interesse de agir. Ademais, é possível identificar alguns elementos que ajudam na averiguação de preenchimento e identidade entre as ações, bem como de análise para a cognição do juiz que são as partes (sujeito passivo e ativo), tendo em vista que a partir de suas indicações, identifica-se a ação quanto aos seus elementos subjetivos, possibilitando ao magistrado que analise se a legitimidade processual está caracterizada, bem como a causa de pedir, também conhecida como o resultado da soma entre os fatos e os fundamentos jurídicos e o pedido, que nada mais é do que a prestação pleiteada ao Poder Jurisdicional.

### 1.1.2 Jurisdição

Observa-se que a atuação do Direito sem o exercício da Jurisdição é totalmente impossível, eis que, de antemão, é de rigor verificar que a tutela jurisdicional tem como institutos fundamentais a jurisdição, a ação, a defesa e o processo. Sendo assim, vê-se preliminarmente que o direito de defesa engloba o direito de proteção instrumental do indivíduo.

A esse respeito, Graziela Santos Cunha, reafirma com clareza<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. teoria geral e processo de conhecimento. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pt.1. p. 87.

<sup>6</sup> CUNHA, Graziela Santos da; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 135, maio 2006. p. 132/133.

O legislador de nosso sistema processual civil tem primado por constantes inovações, no propósito claro de reforçar a eficiência e efetividade da jurisdição. Nenhuma justiça efetiva cumpre-se sem a realização concreta da alteração fática da situação das pessoas que procuram o judiciário para dirimir seus conflitos....

Acerca da definição de Jurisdição, tem-se como elemento básico a existência de um conflito de interesses, a intervenção do Estado para solucioná-lo, aplicando a lei, e o restabelecimento da ordem jurídica pela reposição do *statu quo ante*<sup>7</sup>.

Segundo Maria da Glória Colucci<sup>8</sup>,

Jurisdição é função, poder e atividade, reflexo do Estado e de sua soberania, estendendo-se a todas as esferas da vida do particular, ampliando-se cada vez mais em benefício da ordem jurídica e, sobretudo, da segurança social. Não resta a menor dúvida de que a jurisdição é uma das funções do Estado... [...]. É função precípua do Poder Judiciário, e pressupõe a legislativa. Trata-se de poder, porque é o Estado, na pessoa do juiz, que, investido de autoridade, diz o direito aplicável ao caso concreto. [...]. Tanto as partes quanto o juiz desenvolvem no processo uma série de atividades, porque a jurisdição, uma vez provocada, se caracteriza pela dinamicidade.

Ou seja, pensar na jurisdição, nos dias atuais, apenas como a atividade de “dizer o direito” é atividade por demais limitada, eis que quando pensamos em sentença, sabemos hoje que a mesma não é mais capaz de expressar uma prestação jurisdicional efetiva, uma vez que não é suficiente para satisfazê-la, necessitando-se ir além, ou seja, na busca da atividade executiva que será aquela que ira aperfeiçoar a atividade jurisdicional de direito<sup>9</sup>.

Nas palavras de Antônio Carlos de Araújo Cintra<sup>10</sup>, jurisdição seria uma das funções do Estado, pela qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, de forma imparcial, buscar a pacificação de um conflito que os envolve. Neste sentido é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade (complexo dos atos do juiz no processo), caracterizando-se pela imparcialidade e substitutividade, a medida que o

<sup>7</sup> COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. **Lições de teoria geral do processo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 71.

<sup>8</sup> COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. **Lições de teoria geral do processo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 72.

<sup>9</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

<sup>10</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, p. 131-132.

Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação.

É função do Estado porque busca o tempo todo atenuar os conflitos entre as partes, do modo mais imparcial e idôneo possível. Sem ela, as partes estariam acorrentadas a métodos arcaicos de solução de conflitos, tais como a autotutela e a autocomposição, métodos estes que já fizeram parte de nossa história, sem esquecer outros meios alternativos tais como a arbitragem e a mediação.

Para Enrico Tullio Liebman:

Muitas são as definições que têm sido dadas à jurisdição, mas lembremos apenas duas delas, as mais importantes, que constituíram o tecido dialético do debate científico na Itália por muitas décadas. A primeira delas define a jurisdição como a atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). [...] Já a segunda prefere ver na jurisdição a justa composição das lides (Carnelutti)<sup>11</sup>.

Assim, o conceito de Jurisdição evoluiu com o conceito de sociedade. Mister verificar que, com o tecnicismo adotado e a despeito da pretensa confusão de institutos quanto à plenitude, jurisdição está contida como instituto fundamental da tutela jurisdicional, com conceito e espécies próprios.

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco define Tutela Jurisdicional como “a proteção que por meio do processo e pelo exercício da jurisdição, o Estado dá amparo ao sujeito que tiver razão no litígio”<sup>12</sup>.

Desta forma, importante considerar, pois, que a tutela jurisdicional é a tutela do indivíduo, ou seja, o direito que ele possui de invocar o judiciário, utilizando-se do processo como instrumento, sem excessivos formalismos. Este tema será refletido novamente adiante.

É justamente neste contexto que, pelo avanço da concepção de supremacia da lei preconizada pelo Estado Liberal, agora superada pelo advento do Estado Contemporâneo de Direito, ou ainda, Estado Constitucional de Direito, onde

<sup>11</sup> Enrico Tullio Liebman apud BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: Perspectivas Conceituais No Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 70.

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 40.

se garante ao cidadão a possibilidade de se pensar numa Jurisdição que busca aperfeiçoar ao máximo a atividade da prestação jurisdicional e material de direito.

A jurisdição sofreu forte influência das concepções e valores do Estado liberal de Direito e do positivismo jurídico, no século XIX, sendo, neste sentido, viável afirmar que a reparação do dano limitava-se a questão (idéia) da supremacia da lei<sup>13</sup>.

Desta forma, Luiz Guilherme Marinoni<sup>14</sup> ensina:

“Mais precisamente, a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar antes de uma ação humana ter violado o ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela poderia violar a lei. Na verdade, qualquer ingerência do juiz, sem que houvesse sido violada uma lei, seria vista como um atentado à liberdade individual.”

Sabe-se, oportunamente, que tais alcances privatísticos e publicistas ocasionaram à Jurisdição influências imprescindíveis para que se chegasse então, de forma determinante, ao surgimento da idéia de função social do processo.

Ademais, o Estado contemporâneo tem demonstrado a importância da atuação da Jurisdição às conformações das regras jurídicas e sua aplicação, bem como e não menos favorecidamente, à utilização e interpretação de princípios constitucionais.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso complementa<sup>15</sup>:

“Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* da norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica, ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Antes de uma

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33.

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33.

<sup>15</sup> BARROSO, Luis Roberto (Org.); BERCELLOS, Ana Paula de; **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. Revista: A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: RENOVAR, 2006. p. 336.

elaboração mais sofisticada da teoria dos princípios, a distinção entre eles fundava-se, sobretudo, no critério da generalidade. Normalmente, as regras contém relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento [...]”

Sendo assim, apesar das teorias que acreditam que o Juiz atua a vontade concreta da lei (segundo Chiovenda) ou que sustenta que o juiz cria a norma individual que dá solução ao caso concreto (segundo Carnelutti), o juiz deverá exercer papel relevantíssimo, tendo em vista que os avanços tecnológicos e culturais não conseguem ser captados pela produção legislativa presente, transferindo ao Poder Judiciário a tarefa de atribuir um sentido à norma jurídica de modo a garantir a efetividade do caso concreto, satisfazendo as partes, bem como reconstruindo novos casos a partir dos significados já existentes e propostos perante cada situação<sup>16</sup>.

Neste sentido, agora o magistrado não mais se conforma com a lei, mas pelo contrário, a partir de sua interpretação e aplicação, faz valer os direitos fundamentais na busca da melhor definição dos litígios<sup>17</sup>.

Tendo em vista que a Jurisdição é uma atividade, afirma o ilustre doutor Luiz Fernando Bellinetti<sup>18</sup>,

A atividade jurisdicional é constitutiva de direito eficaz, declarando, nos casos concretos, o conteúdo de direito preexistente, ou criando direito novo, quando, embasado na sua ideologia pessoal, o aplicador contrariasse os outros parâmetros indicados.

Isso nos faz concluir que de nada adiantaria ser a Jurisdição uma atividade caso também não fosse efetiva. A necessidade de um acesso à justiça nos tempos atuais reclama por uma instrumentalidade e eficiência capazes de concretizar a função social do Direito a fim de aproximá-lo ao máximo das primeiras necessidades de cada cidadão.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99.

<sup>18</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 66.

Segundo Marinoni, “não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico”<sup>19</sup>.

Complementa o jurista:<sup>20</sup>,

Dizer que a jurisdição objetiva apenas atribuir significado aos valores constitucionais (ou simplesmente declará-los) não permite abarcar toda a complexidade da função jurisdicional. [...] A importância da perspectiva de direito material fica ainda mais nítida quando se percebe que a função do juiz não é apenas a de editar a norma jurídica, mas sim a de tutelar concretamente o direito material, se necessário mediante meios de execução.[...] Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Isto não quer dizer, como é óbvio, que a jurisdição não se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional é uma consequência natural do dever ser estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. A jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgata dos valores substanciais neles contidos. [...] Ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição.

Posto isto, pode-se concluir que a Jurisdição é uma atividade estatal por excelência, sendo impossível olvidar que a mesma seja prestada pelo Poder Judiciário através do processo. Seu principal fim, conforme já proposto, é garantir a realização da tutela que está sendo reclamada, com escopo de impor que o Direito seja identificado e cumprido, caso contrário, “se o juiz não atua com o intuito de materializar esta aspiração, presta, quando muito, jurisdição na forma, mas não no conteúdo”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1. p. 132.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1. p. 133-138

<sup>21</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 40.

### 1.1.3 Processo

Por sua vez, antes de iniciar o estudo acerca do processo, faz-se indispensável uma breve análise sobre o seu desenvolvimento na história, eis que “assim como a jurisdição, a ação e a defesa, o processo obviamente se compromete com os valores do seu momento histórico”<sup>22</sup>. Ademais, sabe-se que a sua história demonstra que o desenvolvimento das teorias desencadeou-se no sentido de buscar soluções para a devida função jurisdicional, qual seja, a busca pela concretização dos direitos humanos e individuais.

A primeira conotação relacionada àquele foi privatística, eis que naquela época o Estado não se impunha sobre os particulares e também não influenciava os litigantes a uma decisão. Portanto, no período das *legis actiones*, as partes submetiam-se voluntariamente a uma solução, o que também levou a atribuir ao processo, neste momento, uma natureza contratual<sup>23</sup>.

A concepção do processo como contrato parte do pressuposto de que as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados, através de um verdadeiro negócio-jurídico de direito privado. Na realidade, a sujeição das partes é o exato contraposto do poder estatal (jurisdição), que o juiz impõe inevitavelmente às pessoas independentemente da voluntária aceitação<sup>24</sup>.

Embora toda essa transição, sobretudo em tempos posteriores, em uma natureza de quase-contrato, a relação de processo ao consenso entre os litigantes estaria com seus dias contados, tendo em vista a aceitação do mesmo ao direito público, isto é, os particulares estariam sujeitos a uma jurisdição expressa pelo poder estatal, alterando a sua natureza privatística para pública, a partir de então.

A concepção do processo como quase-contrato trata o processo como tal, a partir do erro metodológico fundamental consistente na crença da necessidade de enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias de direito privado<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 399-402.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 387-388.

<sup>24</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 279.

<sup>25</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 280.

A importância dessa transição foi suficiente para transformar o que antes era um simples procedimento (série de atos), totalmente dependente do direito material vigente em um instrumento autônomo e de natureza pública que estaria à disposição das partes, sobretudo, agora, submetido a um poder Jurisdicional<sup>26</sup>.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni<sup>27</sup>:

Tudo isso, como era de se esperar, levou à percepção de que o processo não mais poderia ser pensado como uma mera sequência de atos destinada à aplicação judicial do direito material violado. [...] De qualquer forma, antes de se falar na obra de Bulow, responsável pela teoria que viu no processo uma relação jurídica processual, é preciso destacar que o processo, ao ser relacionado com a função estatal, foi enfocado em uma perspectiva teleológica.

Foi a partir desta perspectiva teleológica que o processo ganharia contornos importantíssimos e que influenciariam, mais tarde, toda a doutrina brasileira.<sup>28</sup>

A sua concepção como relação jurídica partia do fato de que nele há uma relação jurídica entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida. O grande mérito foi a sistematização, prevendo que a relação jurídica processual se distingue da de direito material por três aspectos: a) pelos seus sujeitos, b) pelo seu objeto (prestação jurisdicional); d) pelos seus pressupostos processuais. A concepção foi alvo de diversas críticas<sup>29</sup>.

Neste sentido, fatalmente, anos depois, surgiram críticas à teoria da relação jurídica processual, no sentido de que a simples existência desta relação ainda significaria muito pouco ao processo. Este necessitaria sim de diversos aspectos, todos imprescindíveis à sua concretização perante o Estado contemporâneo, tal como a legitimação pela participação das partes; a adequação

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 388-389.

<sup>27</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 391.

<sup>28</sup> "A importância da obra de Bulow foi a de sistematizar, com base nas premissas de autonomia do processo em relação ao direito material e público, formada entre as partes e o Estado, evidenciando os seus pressupostos e os seus princípios disciplinadores. É interessante que Bulow, para chegar à sua conclusão, enfrentou a questão das chamadas exceções dilatórias. Tais exceções, vistas como alegações através das quais o réu denunciava a existência de vícios atinentes ao processo, deixariam clara a existência de uma relação jurídica que nada teria a ver com a relação jurídica material. Enquanto essa última estaria inserida na lide ou constituiria a base do pedido endereçado ao juiz, a relação processual se formaria a partir da instauração do processo". MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do processo**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 391-392; 393.

<sup>29</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª Ed, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 280-281.

do procedimento às necessidades do direito material; a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais e, por fim, a legitimidade da própria decisão. Neste sentido, não poderia o processo ser compreendido apenas nos limites da relação jurídica, mas sim através da legitimação de diversas perspectivas que o tornam instrumento para a concretização da democracia em nosso país<sup>30</sup>.

O processo também foi encarado como uma situação jurídica, embora a concepção fora rejeitada pela maioria dos processualistas, onde afirma que o direito assume uma condição dinâmica, cheio de possibilidades, perspectivas, expectativas e ônus<sup>31</sup>.

Resumindo, neste sentido, dentre as variadas teorias que existem sobre a natureza jurídica do processo, elas revelam, em caráter geral, a visão publicista ou privatista assumida por seus formuladores. As principais seriam aquelas que apontam o processo com a natureza de: a) contrato; b) quase contrato; c) relação jurídica processual; d) situação jurídica; e) procedimento informado pelo contraditório<sup>32</sup>.

A despeito de todas as correntes que se criaram com o desenvolvimento do processo, hoje é compatível o entendimento de que o mesmo não sirva apenas e exclusivamente como função acessória ao Direito material, tendo em vista que é através dele em que se realizam os direitos subjetivos, ou seja, de nada valeria a previsão de um direito subjetivo sem que houvesse um procedimento adequado à sua concretização. Um direito previsto e irrealizável e impossível de ser concretizado não deixa de ser um direito “em potencial” ou abstrato, ou porque não, um direito inexistente e teórico<sup>33</sup>.

Cumprido observar, segundo Paulo Cesar Conrado que:

o direito processual e o material guardam entre si relação de instrumentalidade e de interdependência: ao direito material cabe a disciplina das relações havidas fora do processo, e, desde que tornadas litigiosas em decorrência do descumprimento dos deveres que lhe são ínsitos, vem à luz o direito processual, regulando a

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do processo**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 399-401.

<sup>31</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 281.

<sup>32</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 279.

<sup>33</sup> Ada Pellegrini Grinover em As Garantias constitucionais do direito de ação, n. 7, p. 15 apud MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. v.1 p. 32.

atividade estatal por meio da qual são solucionados os conflitos então configurados, impondo-se o cumprimento forçado daqueles sobreditos deveres<sup>34</sup>.

De tal modo, ressalta-se o processo como mecanismo pelo qual se vale o poder jurisdicional para efetivar a pacificação social desencadeada através dos chamados “litígios”. Devido sua importante função, é imperioso que o processo possua características mínimas necessárias para o cumprimento do fim a que se destina. Isto é, não é possível àquele alcançar seu escopo, se estiver recheado de mecanismos burocráticos que o torne moroso, lento e dispendioso. “Em geral, todos os ordenamentos jurídicos do mundo necessitam de mecanismos processuais mais céleres, efetivos e menos custosos”.<sup>35</sup> Essa é a tendência do processo civil moderno.

Segundo Bellinetti<sup>36</sup>:

O processo é o elemento que dá dinamismo ao ordenamento jurídico, que lhe permite a atividade dialética de constante construção (através da concretização das normas concretas e criação das normas abstratas complementares das preexistentes) e reconstrução (através das modificações das normas abstratas do ordenamento, bem como através da modificação da interpretação dessas normas abstratas, gerando normas concretas diferentes para casos similares). Creio que o processo pode ser definido como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico é construído, modificado e aplicado. É toda atividade que cria, modifica e aplica o ordenamento jurídico, seja criando ou modificando normas abstratas ou concretas, seja materializando estas normas no mundo fático.

Neste sentido, ponto incontroverso se dá pela relação de instrumentalidade que alcança o processo, ou seja, este se caracteriza por uma atividade indispensável à construção e desenvolvimento do ordenamento jurídico como um todo. A despeito do processo deixar de ser um instrumento exclusivo voltado à atuação da lei, denota-se o mesmo como um instrumento preocupado com

<sup>34</sup> CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 34 – 36.

<sup>35</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis nºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006. p. 88.

<sup>36</sup> O autor ainda complementa: “Assim, em síntese, creio poder definir o processo como elemento instrumental (dinâmico) do ordenamento jurídico, que se manifesta concretamente através de um procedimento que se estabelece e desenvolve tendo em vista uma relação jurídica. [...] Evidente, pois, que o processo, como instrumento do poder, deve ser visto como um dos elementos fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa”. BELLINETTI, Luiz Fernando. **Direito e processo**. Publicado em “Processo e Constituição”. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.17; 19-20.

a proteção dos direitos, “na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais”<sup>37</sup>.

Segundo Alexandre Mário Pessoa Vaz<sup>38</sup>:

Um Código de Processo Civil que pretenda ser atual deve reger-se, dentre outros, pelos princípios da publicidade, oralidade com documentação da prova colhida, duplo grau de jurisdição em matéria de direito e de fato, além de numerosos poderes-deveres do juiz, tais como o dever de motivação dos atos decisórios, do dever de leal cooperação do juiz com as partes na clarificação e completação do material de fato da causa e o dever de buscar uma justiça de equidade, pacificadora e persuasiva.

O processo, como substância por excelência do direito processual, traduz uma qualidade funcional ao Estado atual em que vivemos como fundamento principal a resolução das controvérsias e não se prende ou não se pode prender mais exclusivamente aos formalismos e preceitos que engessam muitas vezes e burocratizam as inúmeras demandas que existem. A roupagem atual do processo relaciona-se mais com funcionalidade e fenômeno social do que com mera procedimentalidade e formalidade.

Neste sentido, aos olhos da Constituição Federal, conforme já referido anteriormente, o processo “é a estrada que deverá permitir o reconhecimento no processo, não somente de um instrumento de justiça, mas também um instrumento ou – se se preferir – uma garantia de liberdade”<sup>39</sup>.

Marinoni complementa<sup>40</sup>:

Antes de a doutrina delinear a autonomia do direito processual, o processo nada mais era do que um procedimento ou um rito, visto como mera sequência de atos, destinado a permitir a aplicação do direito material violado. O processo constituía uma série de atos que deveriam ser praticados como consequência da litigiosidade da relação jurídica de direito privado. [...] Mas, não demorou muito para o processo ser inserido no âmbito do direito público. [...] O processo,

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 405.

<sup>38</sup> VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil: do antigo ao novo código**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 38.

<sup>39</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo e costituzione**: estudios de derecho procesal em honor de Hugo Alsina, Buenos Aires: Ediar, 1946. p. 329. apud ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição**. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba v.1, jan/abr. 1996, p. 257.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2006. v.1. p. 387-448.

diante dessa mudança de rota, tem a sua natureza particularizada por servir à jurisdição, já que através dele o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico. [...] O processo é importante não apenas para envolver, em uma relação jurídica, o juiz e as partes. Aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer absolutamente nada. O processo, como instrumento através do qual o Estado se desincumbe do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve ser focalizado sob diversos ângulos, todos eles imprescindíveis à concretização do processo adequado ao Estado contemporâneo.

Outro ponto seguro a ser afirmado, ao menos sob um ponto de vista superficial, é a possibilidade dessa atuação processual se limitar ao caráter estatal ou alçar novos degraus, tais como a esfera privada, bem como transbordar ramos que não digam respeito exclusivo ao direito processual.

O ponto proposto anteriormente poderia ser exemplificado no caso das partes que de modo contratual e usando as premissas do direito material, criam, extinguem e modificam direitos por meio de simples contratos civis e suas cláusulas, a exemplo da eleição de foro.

Ademais, sabe-se que com o passar dos tempos o processo tornou-se presente em instâncias que não apenas jurisdicionais, como é o caso da Administração Pública, a exemplo das licitações. Permite a seara administrativa ainda, a revisão de seus resultados procedimentais pelo judiciário, graças ao Controle Jurisdicional dos atos da Administração Pública, adotado pelo ordenamento jurídico, conforme CF/88<sup>41</sup> que embasa e recepciona a Súmula 473 do STF.

Neste sentido, é totalmente pertinente admitir que o processo seja um instrumento capaz de transcender a própria esfera do direito processual e alçar esferas mais amplas, tais como a esfera administrativa, particular, legislativa e até a política. Afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>42</sup>:

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processo das sociedades mercantis para aumento de capital etc).

<sup>41</sup> Art. 5º, XXXV, da CF/88: “ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

<sup>42</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 278.

Arremata, pois, Bellinetti<sup>43</sup>, para fins de entendimento à questão:

Assim, quando as normas abstratas são criadas (função legislativa) ou aplicadas (função administrativa) há processo; da mesma forma tanto quando o juiz (função jurisdicional) resolve o litígio constituindo uma norma concreta, como quando as partes transacionam – ou simplesmente contratam, ou praticam um ato unilateral (um testamento por exemplo) - , também estabelecendo uma norma concreta, há processo. Nos três primeiros casos, através de uma atividade estatal. No último caso, através de uma atividade não estatal. Porém, mesmo nesta hipótese, há regras que devem ser observadas para que, à luz da Constituição, tal processo tenha validade.

Por sua vez, ainda que exista a possibilidade de transcendência do processo em comparação ao Direito, é justamente no sistema jurídico onde aquele se realiza por excelência, eis que permitirá aos litigantes a capacitação e realização do exercício dos seus direitos fundamentais, sem esquecer, também, do fato de que o processo é o palco de apresentação das partes, seja para a formação dos atos constitutivos do autor, ou quem sabe a investidura de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pelo réu (Artigo 303 do Código de Processo Civil Brasileiro).

Com escopo de buscar uma ótica finalística sobre o determinado tema, Dinamarco<sup>44</sup> traz a seguinte definição:

Como método de trabalho, processo é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo abrange o de procedimento e o de relação jurídica processual.

Sendo assim, encarar o processo apenas como palco de realização de pretensões da parte autora e ré caracteriza-se subestimar a amplitude de finalidades e realizações que possui aquele, eis que sem este instrumento, o magistrado torna-se incapaz de seguir adiante. Eis a dificuldade de conceituação do termo, tendo em vista o intercâmbio de relações que o mesmo envolve.

Apesar da dificuldade em se encontrar um conceito, Paulo Cesar Conrado auxilia<sup>45</sup>:

<sup>43</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. **Direito e processo**. publicado em processo e constituição. estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Editora Malheiros, v.1. p.299.

Processo, [...] é relação, desenvolvida mediante a combinação de uma série de outras relações (lineares), havidas em torno de três termos, autor, réu e juiz. Mais do que isso, podemos afirmar que a relação processual pode ser tomada como um plexo de atos, logicamente concatenados, tudo com vistas à eliminação de um conflito de interesses decalcado em uma relação jurídica de direito material (também denominada relação de fundo ou relação base).

Tendo em vista a importância na conceituação de processo, não menos importante que diferenciá-lo de procedimento. Segundo Maria da Glória Colucci<sup>46</sup>, “por procedimento se entende a sequência de atos dos órgãos jurisdicionais, dos sujeitos da lide ou de terceiros, que se interligam e têm por objetivo o provimento final (a decisão).

Por sua vez, Wambier<sup>47</sup> complementa:

O procedimento é o mecanismo pelo qual se desenvolvem os processos diante da jurisdição. Processo e procedimento, na verdade, segundo expressiva doutrina compõem, somando-se um ao outro, a relação jurídica processual, o primeiro como dado substancial e o segundo como aspecto formal, de ordem estrutural ... (omissis)”.

Desta forma, percebe-se que o procedimento seria a exteriorização do processo. Nas palavras de Luiz Fernando Bellinetti<sup>48</sup>, “são, pois, os procedimentos, os ritos específicos através dos quais o processo se materializa concretamente”.

Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>49</sup>:

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio

---

<sup>45</sup> CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p. 219.

<sup>46</sup> COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. **Lições de teoria geral do processo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 126.

<sup>47</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1. p.147.

<sup>48</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. **Direito e processo**. Publicado em “Processo e Constituição”. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.18.

<sup>49</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 277.

pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.

Sendo assim, pode-se afirmar que existe uma distinção ontológica entre processo e procedimento. Sobretudo, encarar o procedimento apenas como uma sequência de atos, sem finalidades é engano certo. Sabe-se que o procedimento tem evidente compromisso com os fins da jurisdição e com os direitos dos cidadãos e, sem dúvida, um correto uso da jurisdição depende do modo como o procedimento é fixado em abstrato e aplicado no caso concreto. É, justamente neste sentido, possível admitir que o procedimento possui fim e conteúdo<sup>50</sup>.

Neste sentido, segundo Marinoni<sup>51</sup>:

O procedimento, ao contrário do que se pensava em outra época, tem fim e conteúdo, e o processo não pode se desligar de um procedimento com essas qualidades. Ou melhor, o processo necessita de um procedimento que seja, além de adequado à tutela dos direitos, idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão a qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional.

Resta dizer, neste sentido, que a relação existente entre processo e procedimento capacita a máquina do Poder Judiciário a fazer a Jurisdição, aos olhos do Estado. A utilização de um, se o outro, assim, torna-se incompatível com os verdadeiros fins da concretização do Direito.

Por sua vez, Bacchelli<sup>52</sup>:

Em linhas gerais, o processo é a atividade desenvolvida pelo Estado com o escopo de satisfazer a pretensão de uma das partes, seja o autor, seja o réu. A relação do processo se perfaz entre as figuras que o compõem: o autor, o réu e o juiz enquanto que a relação de atos do processo é característica do procedimento. O procedimento é a forma, o modo, o meio pelo qual o Estado alcançará este fim. O procedimento é ainda, a maneira como a atividade desenvolvida pelo Estado em aplicar a lei se realizará e se desenvolverá. Para que o Poder Judiciário possa, por exemplo, "produzir" uma sentença,

<sup>50</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 401.

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 404.

<sup>52</sup> BACCHELLI, Professor. **Do processo e do procedimento**. Disponível em: <<http://professorbacchelli.spaceblog.com.br/210224/Procedimento-no-Direito-Processual-Civil/>>. 4 nov. 2008.

"produzir" uma execução, "produzir" uma medida cautelar, é necessário que o próprio Judiciário desenvolva a prática de uma série de atos que sejam necessários à produção destes objetos. É a esta série de atos a que chamamos processo.

Conforme dito, a relação é de continente (processo) para conteúdo (procedimento), uma vez que este compõe e materializa o instituto do processo, em premissas teleológicas e epistemologicamente, segundo a doutrina.

Há alguns entendimentos acerca do fato de que processo, como meio de criação de direitos e da norma concreta possa ser desprovido de procedimento, nos exemplos de declarações unilaterais de vontade, do processo privado, não estatal (testamento, doação, confissão de dívida), ou mesmo dos atos administrativos praticados de forma simples, quando não culminam de procedimentos, a exemplo da multa de trânsito.

Já, sobretudo, a recíproca não parece muito verdadeira, tendo em vista que todo procedimento instaurado necessite de uma relação processual para subsistir e materialize-se.

Por sua vez, em cada tipo de processo há uma variedade de procedimentos, desde que estejam adequados a atender as suas respectivas finalidades, tanto no esquema legal quanto prático. Destarte, para que um procedimento seja satisfatório do ponto de vista prático, deve-se dedicar uma maior atenção à simplificação dos atos no que tange ao aspecto quantitativo, diminuindo a quantidade de formas sem que prejudique a sua estrutura legal.

Por fim, acerca da discussão que envolve se a lei processual poderia ser encarada como uma norma jurídica, pode-se afirmar que as leis processuais "são as normas que regulam o exercício da jurisdição e disciplinam meios para a aplicação da lei material ao caso concreto, atribuindo poderes ao juiz para decidir, bem como às partes, para a eficaz defesa de seus interesses"<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> DIAS, Iberê de Castro. **Teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Millenium, 2004. p. 17.

## 1.2 REFORMAS RECENTES NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, A COGNIÇÃO ADEQUADA E A ADEQUADA TUTELA JURISDICIONAL

A necessidade de tornar o processo mais célere, e reflexamente, prestar uma tutela jurisdicional mais efetiva, motivou o legislador processual a buscar soluções que alterassem a realidade do processo civil. Tal solução teve início com as reformas do processo civil, desencadeadas principalmente no âmbito do processo de execução.

A esse respeito, Graziela Santos Cunha, reafirma com clareza:

O legislador de nosso sistema processual civil tem primado por constantes inovações, no propósito claro de reforçar a eficiência e efetividade da jurisdição. Nenhuma justiça efetiva cumpre-se sem a realização concreta da alteração fática da situação das pessoas que procuram o judiciário para dirimir seus conflitos, daí porque constituir o processo de execução importante mecanismo para o alcance do resultado prático da tutela jurisdicional.<sup>54</sup>

A efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo do processo, nos dizeres de Graziela Santos Cunha,<sup>55</sup> “é um tema recorrente nas discussões jurídicas”. Segundo a emérita autora, “no plano processual, a questão da efetividade ganha corpo a partir do início do século XX, quando começa a despertar a consciência do caráter público do processo e a necessidade de se prestar uma jurisdição com efetividade e rapidez”. O modelo que se buscou através das reformas do processo civil, para se alcançar a efetividade da prestação jurisdicional, foi o chamado “sincretismo de tutelas”. Nesse sentido:

Talvez o grande marco diferenciador destas reformas seja a adoção do modelo sincretista de tutelas. Nosso processo civil sempre foi marcado pela clássica divisão de tutelas. Levada uma questão para ser resolvido perante o Poder Judiciário, iniciava-se a *via crucis*

---

<sup>54</sup> CUNHA, Graziela Santos da; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 135, maio 2006. p. 132/133.

<sup>55</sup> CUNHA, Graziela Santos da; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 135, maio 2006. p. 134.

processual mediante a lide de accertamento, ao encargo do processo de conhecimento.<sup>56</sup>

O Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, completou no início desse ano trinta e sete anos de vigência. Desde sua publicação no Diário Oficial da União (17 de janeiro de 1973), o CPC vem sofrendo significativas mudanças, que culminaram na alteração de diversos institutos do processo civil.

Diferentemente do Código Civil onde o legislador optou por modificar todo o texto legislativo, substituindo o antigo diploma civil (Código Civil de 1916 – Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916) por outro (Código Civil de 2002 – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o legislador processual, preferiu optar pelo que a doutrina convencionou chamar de “reforma em fatias”<sup>57</sup>, alterando sucessivamente determinados institutos do processo civil, sem, contudo, derrogar todo o Código vigente.

Segundo a opinião de Daniel Carnio Costa:

A chamada “reforma em fatias” foi uma opção legislativa inteligente, na medida em que projetos menores e pontuais têm uma tramitação mais ágil nas casas do Congresso Nacional e são menos suscetíveis a alterações e emendas que os deformem e os tornem inaptos ao cumprimento de suas finalidades originais. Basta ver o tempo de tramitação do projeto de alteração do Código Civil (décadas) e o número de emendas recebidas, para se chegar à conclusão de que uma reforma completa e de uma única vez do CPC seguiria o mesmo caminho.<sup>58</sup>

Esta é, na opinião do referido autor, a justificativa que motivou o legislador processual a alterar o Código de Processo Civil em parcelas, evitando assim, que um projeto de reforma de todo o Código se estendesse por vários anos ou até mesmo décadas como aconteceu com o Código Civil.

O único inconveniente desse sistema é que sucessivas alterações de partes significativas do texto legislativo, podem transformá-lo numa verdadeira “colcha de retalhos”, o que importa dizer, que, com o tempo, as seguidas alterações

<sup>56</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis n.ºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006. p. 90.

<sup>57</sup> COSTA, Carnio Costa. O novo processo de execução de sentença, à luz das alterações promovidas pela lei n.º 11.232/2005. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 7, n. 41, maio./jun. 2006. p. 98.

<sup>58</sup> COSTA, loc. cit.

introduzidas podem se chocar na ordem prática com as já existentes, dificultando, com isso, o trabalho dos operadores do direito, que de alguma forma terão que encontrar uma solução jurídico-interpretativa para aplicarem as normas consubstanciadas pelas diversas inserções legislativas.

Segundo o histórico legislativo da norma processual civil e o estudo desenvolvido pela doutrina sobre o assunto, podemos dividir o processo de alteração do Código de Processo Civil em três grandes fases ou etapas reformistas.

A primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil se deu principalmente nos anos de 1994 e 1995,<sup>59</sup> através de diversas leis editadas nesse período que introduziram valiosíssimas alterações ao processo de execução brasileiro.<sup>60</sup> Segundo Maria Beatriz Martinez, “A disciplina do processo de execução foi remodelada internamente mediante reformas voltadas ao aumento da praticidade, da agilidade processual e de um melhor entendimento das normas contidas na lei”.<sup>61</sup> Na verdade, essa sempre foi o ideal buscado as reformas ao Código de Processo Civil – agilidade na prestação jurisdicional, sobretudo em relação ao processo de execução.

Compreenderam esta primeira fase da reforma as leis: 8.950/94, que alterou a sistemática recursal, principalmente no que diz respeito aos recursos de apelação, agravo, embargos de declaração e infringentes e recursos destinados aos Tribunais superiores; 8.951/94, que criou a consignação em pagamento extrajudicial, visando a busca de solução para alguns litígios fora do judiciário; 8.952/94, que introduziu em nosso sistema processual as tutelas antecipada e específica; 8.953/94, primeira lei a modificar substancialmente o processo de execução; e, por último, a Lei 9.079/95 que inseriu no processo civil pátrio a ação monitória.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, pondera que “O nosso sistema processual civil, representado sobre tudo pelo (Código de Processo Civil (lei nº 5.869, de 11.01.1973), era constantemente achincalhado, acusado de – e com razão – moroso, paternalista, custoso, e principalmente preocupado com as tutelas patrimoniais em detrimento das tutelas protetivas dos direitos da personalidade”, e mais adiante acrescenta: “visando dar maior credibilidade ao processo, em busca de uma “efetividade na prestação jurisdicional”, sobrevém no final do ano de 1994, a primeira onda reformista do Código de Processo Civil. (A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis nºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006. p. 89-90).

<sup>60</sup> MARTINEZ, Maria Beatriz. O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 30, n. 128, out. 2005. p. 131.

<sup>61</sup> MARTINEZ, loc. cit.

<sup>62</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis nºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006. p. 90-91.

Incontestavelmente benéficas às novas alterações, porém, incapazes por si só de solucionar todas as mazelas do processo civil brasileiro, surge então a segunda fase de reformas ao CPC, inaugurada pela Lei n.º 10.352/2001, que além de disciplinar o art. 475 do CPC, o qual trata do reexame necessário, introduziu importantes regramentos atinentes aos recursos. No mesmo contexto, surgiram também as Leis n.º 10.358/2001 e 10.444/2002, esta, sem dúvida, foi um marco para o processo civil, pois modificou significativamente o processo de execução.<sup>63</sup>

Finalmente chegamos à terceira fase da reforma ao processo civil. Iniciada pela Lei 11.187, de 19.10.2005, mais conhecida como lei do agravo, por ter alterado a disciplina desse recurso no Código de Processo Civil. O objetivo da Lei 1.187/2005 foi “desafogar” os tribunais da imensa maré de recursos, buscando com isso mais celeridade nos julgamentos realizados pelas instâncias superiores. O objetivo foi prever o agravo retido como regra, admitindo o agravo de instrumento apenas quando puder causar a parte lesão grave ou de difícil reparação ou no caso de inadmissibilidade do recurso de apelação. Com isso, o número de agravos de instrumento diminuiu significativamente, atingindo assim o escopo da lei.

Na seqüência, mais precisamente em 22.12.2005 surge a tão aclamada lei 11.232, que conforme orienta José Rubens de Moraes:

Cuidou de revogar, em suas grandes linhas, a sistemática até então vigente do tradicional processo de execução, fundada em título judicial, introduzindo em seu lugar uma nova fase processual, inserida no bojo do processo de conhecimento, que já chega com nomenclatura peculiar: o cumprimento de sentença...<sup>64</sup>

A Lei 11.232/2005 modificou profundamente o processo de execução, criando novo procedimento para a execução de sentença fundada em título executivo judicial através da chamada “fase de cumprimento de sentença”. Como se vê, a Lei 11.232/2005 ao criar tal fase de cumprimento de sentença, afastou a idéia

<sup>63</sup> “Com a edição da Lei 10.444, de 07.05.2002, conclui-se a segunda etapa das reformas implementadas ao CPC, tendo sido introduzidas importantes inovações em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário das Leis 10.352, de 26.12.2001, e 10.358, de 27.12.2001, que também integram a reforma da reforma, a Lei 10.444/2002 alterou o CPC de forma difusa, modificando artigos fundamentais relativos ao processo de execução” (MARTINEZ, Maria Beatriz. O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 128, out. 2005. p. 137).

<sup>64</sup> MORAES, José Rubens de. **Cumprimento de sentença e execução – uma breve abordagem histórica**. *Revista Jurídica Notadez*, São Paulo, v. 54, n. 345, jul. 2006. p. 33.

de execução autônoma, trazendo a execução para dentro do processo de conhecimento.<sup>65</sup>

Ainda, fazem parte dessa 3ª fase de reformas ao CPC, as Leis 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. A primeira trouxe mudanças significativas aos recursos previstos no Código de Processo Civil e, a segunda, acrescentou ao CPC o art. 285-A,<sup>66</sup> que prevê a possibilidade de o juiz dispensar a citação da parte e proferir sentença desde logo quando já houver julgado totalmente improcedente outros casos idênticos, desde que se trate de questão apenas de direito.<sup>67</sup> Já a lei 11.280/2006 previu o reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa e da prescrição.<sup>68</sup>

Finalizando essa 3ª fase de reformas, foi editada no final de 2006 a Lei 11.382, alterando mais uma vez o processo de execução, sobretudo no que tange aos títulos executivos extrajudiciais. A nova lei, fruto do mesmo ideário da Lei 11.232/2005 nasceu da necessidade de se alcançar um processo civil mais célere e efetivo, tendente à satisfação do credor. A propósito, celeridade e efetividade sempre foram a preocupação do legislador processual reformista, que procurou trazer nas modificações ao CPC dispositivos que pudessem alcançar esse propósito, para isso, foi necessária inúmeras alterações ao Código de Processo Civil.

Desse modo, interessante observarmos que a reestruturação pela qual passou o processo civil, em cada uma de suas três etapas contribuiu para a sua modernização, na busca pela efetividade do processo. Neste sentido, as constantes reformas serviram para contribuir com uma melhor prestação jurisdicional aos cidadãos.

<sup>65</sup> Nesse sentido, Jesualdo Eduardo de Almeida Junior afirma que: “A lei 11.232/2005 modificou significativamente a execução de título judicial, agora denominada de cumprimento de sentença. De efeito, não há mais se falar em execução de título judicial autônoma, haja vista que o cumprimento de sentença passa a fazer parte do processo cognitivo” (A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis nºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006. p. 102).

<sup>66</sup> “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.”

<sup>67</sup> ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis nºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006. p. 110.

<sup>68</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. **Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 39.

A esse respeito, Graziela Santos Cunha, reafirma com clareza:

O legislador de nosso sistema processual civil tem primado por constantes inovações, no propósito claro de reforçar a eficiência e efetividade da jurisdição. Nenhuma justiça efetiva cumpre-se sem a realização concreta da alteração fática da situação das pessoas que procuram o judiciário para dirimir seus conflitos, daí porque constituir o processo de execução importante mecanismo para o alcance do resultado prático da tutela jurisdicional.<sup>69</sup>

Todas as diversas reformas processuais culminaram na alteração de diversos artigos do processo civil em geral, tendo como norte a busca da efetividade do processo, inclusive no que diz respeito ao sincretismo das tutelas.

De modo singular, num simples juízo primário e sem grandes pretensões, as modificações recentes ocorridas no processo civil têm levado a interessantes debates acerca do futuro, bem como do presente, deste tão debatido ramo jurídico, notadamente o que diz respeito acerca da cognição adequada e a adequada tutela jurisdicional, já referida em capítulos anteriores.

Por cognição adequada, entende-se o necessário e efetivo entendimento, pelo juiz da causa, a respeito não só do prisma processual em que esta se desenvolveu e técnico-jurídico que a envolva, mas de seus aspectos meta jurídicos (político, social, específicos quanto à natureza - econômica, médica, societária, industrial), como pressuposto de regular entendimento e para fins de julgamento.

Segundo Rafael Augusto Paes de Almeida<sup>70</sup>:

Finalmente, cabe lembrar, que o sustentáculo constitucional dessas tutelas encontra-se no artigo 5.º , XXXV da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Sabemos que existe implícito neste artigo o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, na medida em que o Estado é obrigado a garantir ao jurisdicionado a adequada tutela jurisdicional a cada caso concreto. É certo que a adequada prestação jurisdicional deve se somar a efetividade processual com o escopo de realizar a cognição da lide em um menor espaço de tempo possível, proporcionando desta forma, o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual. Essas regras são importantes balizas

<sup>69</sup> CUNHA, Graziela Santos da; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 135, maio 2006. p. 132/133.

<sup>70</sup> AMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **A cognição nas tutelas de urgência do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=868>>. Acesso em: 12 fev, 2010.

que o Estado Democrático de Direito deve garantir ao cidadão procurando assegurar o máximo de estabilidade social nas relações jurídicas.

Desta forma, será garantido a todo cidadão a possibilidade de em caso de lesão ou ameaça de direito, possuírem uma apreciação do Poder Judiciário, apreciação esta que seguirá os princípios fundamentais de escopo de atuação do Direito, inércia, investidura, imparcialidade, legalidade, substitutividade e definitividade.

Tal princípio é respaldado ainda pela redação do Art. 93, II, c, da CF/88 disciplinada pela EC/45 que determina “aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento”.

Seguindo o prisma conforme Cássio Scarpinella Bueno aduz que<sup>71</sup>:

Tendo presente que o processo é método de atuação do Estado-Juiz, é o mecanismo pelo qual o direito material controvertido tende a ser realizado e concretizado, a tutela jurisdicional só pode ser entendida como esta realização concreta do direito que foi lesado ou ameaçado, seja para o autor, quando ele tem razão; seja para o réu quando ele, o réu, tem razão. É insuficiente a idéia de declaração judicial de uma situação substancial em prol do autor ou do réu. É fundamental, para bem realizar o modelo constitucional do processo civil que, além da declaração jurisdicional sobre a quem pertence um bem jurídico, que a prestação jurisdicional efetivamente entregue, conserve e guarde este bem jurídico junto a seu titular, a seu proprietário. Ao lado da declaração jurisdicional dos “direitos”, pois, deve ser levada em conta, também, como fenômeno da jurisdição, ínsita à prestação jurisdicional, a atuação concreta desta declaração.

Por sua vez, entende-se, por adequada tutela jurisdicional, aquela que se dá em forma (quanto ao processo), substância (direito em litígio), tempo (interregno da marcha) e modo (definido em lei), regulares, devidos.

A tutela constitucional do processo, ou seja, pode-se dizer, as garantias processuais insculpidas pela Constituição Federal, permitem que o processo consiga exercer a sua função social de modo mais viável e preponderante, tendo em vista

---

<sup>71</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 260-261.

que a Constituição Federal é uma carta política e social de grande responsabilidade para toda a nação.

Sobre a tutela constitucional do processo, assevera Dinamarco<sup>72</sup>:

O direito processual constitucional exterioriza-se mediante (a) a tutela constitucional do processo, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, da exigência de motivação dos atos judiciais etc.) ...omissis...; e (b) a chamada jurisdição constitucional das liberdades, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais, como o mandado de segurança individual e o coletivo, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência de juizados especiais etc.

Neste caso, a tutela jurisdicional encontra respaldo na Constituição Federal sim, tendo em vista os direitos e garantias individuais distribuídos pelo texto referido, havendo efetiva previsão e proteção àquela tutela, a exemplo da proteção à regular jurisdição (Art. 5º, LIII, da CF/88); do devido processo legal, que engloba os demais segundo parte da doutrina (Art. 5º, LIV, da CF/88); contraditório e ampla defesa (Art. 5º, LV, da CF/88); motivação das decisões judiciais e administrativas (Art. 93, IX e X, da CF/88); inafastabilidade do judiciário, diante da facilitação do acesso e proibição do non liquet (Art. 5º, XXXIV, a); XXXV, e LXXIV da CF/88); razoável duração do processo (Art. 5º, LXXVIII, da CF/88); além da possibilidade de meios de controle de ilegalidades, por meio de remédios constitucionais (Art. 5º, LXVIII, LXIX, LXXII e LXXIII, da CF/88).

Nesse íterim, Nelson Nery Junior<sup>73</sup>, ensina:

A Constituição Federal no Art. 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Bastaria que fosse acolhido o *due process of law* para que estivessem asseguradas aos litigantes todas as garantias e o direito a um processo e a uma sentença justa. “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

Sendo assim, a necessidade da observância dos princípios processuais constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla

<sup>72</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1. p. 53.

<sup>73</sup> NERY, Nelson Junior. apud GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1. p. 35-36.

defesa, em todo e qualquer procedimento judicial, como forma de assegurar a segurança jurídica nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, o que, aliás, merecem ser louvados como uma das maiores conquistas do Direito são de fundamental importância para os indivíduos e para a sociedade em geral, conforme atesta Divanir Marcelo de Pieri<sup>74</sup>:

[...] o princípio do devido processo legal, constante do art. 5.º, LIV, da CF, consubstanciado nos princípios do contraditório, da ampla defesa e da efetividade processual, constitui-se na materialização e concretização da luta social que percorreu vários séculos objetivando a transposição do Estado despótico, totalitário e arbitrário para um estado democrático, livre e baseado na vontade comum do povo, em que os direitos mais simples e óbvios do cidadão sejam respeitados em sua integralidade, ou seja, um Estado sem a imposição de medidas sancionatórias ou penas que venham a aviltar a presunção de culpabilidade e certeza de inocência de toda e qualquer pessoa, até que, por meios legais, seja provado o contrário.

Como é sabido, um dos objetivos do Poder Judiciário na prestação jurisdicional é, exatamente, prestá-la da forma mais justa e equânime<sup>75</sup> possível para ambas as partes, o que somente se consegue, mediante a análise das alegações do autor e do réu da ação, bem como do rol de provas produzidas durante o processo, o que, por sua vez, demanda tempo. Por oportuno, a razoável duração do processo será tratada com enfoque, em futuro capítulo.

Por sua vez, processo efetivo é aquele que assegura ao demandante uma tutela jurisdicional capaz de realizar o direito afirmado pelo autor, enfim, uma tutela jurisdicional adequada ao plano dos fatos, o que acaba exigindo por parte do Poder Judiciário uma atuação, extremamente, ágil e rápida, com vistas a proteger o direito do requerente da medida.

Deveras, hodiernamente, a efetividade do processo constitui um dos pilares da modernização do processo civil, de maneira que, é dever do Poder Judiciário prestar aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional que tenha a máxima

<sup>74</sup> PIERI, Divanir Marcelo de. Concessão da tutela antecipada inaudita altera parte. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 773, n.89, p. 140, mar. 2000. p. 140.

<sup>75</sup> Com estas palavras, a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa e Proteção do Consumidor), em seu art. 6.º “O juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum”.

eficácia prática possível. Dentre estes, o jurista Cândido Rangel Dinamarco<sup>76</sup> destaca os seguintes:

a) adequação (ao justo que as técnicas processuais sejam capazes de produzir resultados legítimos perante o sentimento ético da sociedade); b) efetividade (que o processo produza realmente seus efeitos na vida das pessoas, dando tutela jurisdicional útil a quem tiver razão); c) celeridade (que seja capaz de produzi-los logo); d) universalidade (que o menor número possível de pessoas e de causas sejam alijadas do controle jurisdicional).

Verdadeiramente, não é possível conciliar todas essas garantias em um mesmo processo e, muito menos, optar somente pela segurança jurídica ou somente pela efetividade, sem que isso provoque um prejuízo para a parte que sucumbir.

Disto decorre, o conflito entre a efetividade dos direitos e a tutela jurisdicional segura; enquanto a primeira exige do Poder Judiciário uma atuação, extremamente, ágil e rápida, a segunda requer cautela, cuidado e, principalmente, tempo. Infelizmente, no atual contexto jurídico, é muito difícil conciliar a segurança jurídica e a tempestividade da tutela jurisdicional.

Entende-se que o magistrado não deve e nem pode priorizar nenhuma situação, sob pena de atuar, parcialmente. Obviamente que, a demora na prestação jurisdicional, atualmente, constitui um dos graves problemas a serem solucionados pelo Poder Judiciário, contudo, ainda assim, não é de se admitir, conforme já se salientou, uma sumarização generalizada do processo, quando não se configurar os pressupostos para tanto, ou o direito do autor não a exigir.

Em verdade, deve o magistrado analisar os interesses da causa e os problemas que a envolvem e decidir de acordo com a necessidade de cada caso, particularmente, ainda que, tenha de relegar uma das garantias (efetividade do processo ou segurança jurídica) em detrimento da outra.

Portanto, a solução mais adequada para o vertente caso, em “que está em jogo a atuação de um direito *versus* delimitação do campo de atuação do mesmo direito”<sup>77</sup> é, sem dúvida, aplicar o princípio da proporcionalidade observando sempre,

---

<sup>76</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. v.2. p. 877.

<sup>77</sup> MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Execução civil: princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002, p. 305, nota 42.

a relevância da tutela pleiteada, a sua urgência e necessidade e os interesses que envolvem o litígio, como muito bem assevera Babyton Pasetti<sup>78</sup>, comentando acerca do princípio da proporcionalidade<sup>79</sup>:

Quanto à necessidade, tal ponderação assume caráter indiscutível, posto que com as agruras que sofre o Judiciário hodiernamente há que se buscar saídas para que se possa ter um processo mais ágil e eficaz, o que se consegue, evitando-se desta maneira inúmeros percalços e diferenças existentes entre as partes durante uma demanda. E tal diferenciação entre as partes, que acaba por consagrar o princípio da igualdade, conforme visto acima, há que ser feita pelo magistrado, pesando quais são os bens da vida em jogo em cada processo e por cada uma das partes, pois na grande maioria das vezes um deles terá de ser privilegiado, para que se atinja a efetiva prestação jurisdicional em um prazo de tempo que não venha a prejudicar o autor que tem razão.

Em outras palavras, porém, com muita propriedade ensina Karl Larenz<sup>80</sup>:

...o juiz deverá utilizar-se de um critério de valoração dos interesses, principalmente quando se tratar de casos em que seja preciso verificar em que medida um interesse deve ceder perante outro de valor superior (superior em geral, ou só nas circunstâncias do caso), ou seja, quando o problema consista em determinar onde se situa o limite de satisfação lícita de um interesse à custa de outro interesse também digno de tutela.

Enfim, todos os cidadãos e os próprios operadores do direito, como os magistrados, os promotores e os advogados clamam pela adoção de um procedimento, que seja mais eficiente, longe da estrita subsunção do fato à norma, mas, principalmente, que possa resolver os problemas a partir de premissas estabelecidas pelo intérprete que o conduza à defensabilidade da solução adotada<sup>81</sup>. O sistema de subsunção do fato à norma abrange muitos casos, mas, certamente,

<sup>78</sup> PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 39.

<sup>79</sup> O princípio da proporcionalidade, já foi objeto de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça: “Assim, ambas as partes poderão sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação. Cabe ao magistrado, com base no princípio da proporcionalidade, estabelecer os limites em que a proteção a ser concedida lhe pareça mais urgente e de maior relevância, mesmo que a custa de outro interesse tutelado” (STJ – AgRg na MC 3.332-SP (2000/0131327-4) – rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro).

<sup>80</sup> apud AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória: enfoque em ações declaratórias e constitutivas**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 18.

<sup>81</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelares e antecipadas**. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 311.

não é o suficiente para solucionar todos os problemas que emanam na sociedade atual

## 2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E PROCESSO CIVIL

### 2.1 BREVE RELAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988, indubitavelmente, norteia-se como uma ordem jurídica fundamental para o Estado Democrático de Direito. Aliada ao Direito Processual Civil, proporcionam condições de garantir uma maior efetividade e garantia à todo o Ordenamento Jurídico e à sociedade como um todo.

Nas palavras de Nelson Nery Junior<sup>82</sup>:

Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um Direito Constitucional Processual, para significar o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um Direito Processual Constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual.

Atualmente, a busca pela função social do processo, com apoio à um efetivo acesso à justiça e a maior eficiência na prestação das tutelas jurisdicionais, bem como satisfação e concretude dos direitos materiais, tem possibilitado uma aliança harmônica do Direito Processual Civil à Constituição Federal, transformando, inclusive, o processo num instrumento de efetivação das tutelas de direito fundamental.

Sem esquecer que a função social do processo mostra-se imprescindível, é importante destacar que o amadurecimento do processo civil, reconhecido pela Constituição Federal, bem como por seu caráter público, foi primordial para se tornar o mesmo um instrumento de atuação e obtenção ao acesso

---

<sup>82</sup> “Exemplos de normas de Direito Constitucional Processual podemos encontrar no art. 5º, n. XXXV, art. 8º, n. III etc. De outra parte, são institutos de Direito Processual Constitucional o mandado de segurança, o *habeas data*, a ação direta de inconstitucionalidade etc”. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p. 20-21.

à justiça. Neste sentido, o Estado Democrático de Direito foi testemunha das inovações pelas quais passou o Direito processual civil, conforme abaixo<sup>83</sup>:

“Foi no relacionamento com o direito constitucional que o processo mais se distinguiu em seu eminente caráter publicístico. Mas não foi somente na publicização que se notabilizou o processo moderno. Além de ter sido, desde logo, reconhecido como instrumento de atuação de soberania estatal, aos poucos o caráter mais marcante do instituto foi se deslocando para a sua qualidade cívica, até que a generalidade das Constituições democráticas passasse a incluir o devido processo legal como um dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Mais do que um meio de atuação da soberania do Estado, o processo assumiu a categoria de garantia de acesso do cidadão à tutela jurídica declarada e assegurada pelas Constituições”.

O Processo Civil assume um papel de destaque nas Constituições modernas, tendo em vista que os seus pressupostos, quais sejam, a ação, a jurisdição e o processo são como “monômios do alicerce tridimensional da processualística moderna que se assenta na Constituição”<sup>84</sup>.

Ademais, ao incluir diversos princípios de Direito Processual que não estavam anteriormente expressos em seu corpo (tais como o devido processo legal e o contraditório), a Constituição Federal de 1988 assumiu expressamente uma postura garantista. Neste sentido, comprometeu-se pela necessidade de realização efetiva destes direitos fundamentais, ‘potencializando’ instrumentos processuais à disposição de sua nova realidade<sup>85</sup>.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco<sup>86</sup>:

A Constituição Federal brasileira de 1988 não se limita a garantia do devido processo legal como preceito organizatório do sistema. [...] Alinhada às tendências garantísticas modernas, inerentes ao modelo internacional do processo civil (Comoglio), a Constituição brasileira empenha-se na tutela constitucional do processo - ... – antes não explícito e tendo por finalidade a segurança de um processo justo e

<sup>83</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 21, jul. 1999.

<sup>84</sup> J. Ramiro Podetti, “Trilogia Estructural de la Ciencia Del Proceso Civil” apud ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, v. 1, jan/abril, 1996. p. 262.

<sup>85</sup> **ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo** Constitucional: relações entre processo e constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v.1, jan/abril, 1996. p. 265.

<sup>86</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 199-200.

équo. A própria cláusula *due process*, agora também explícita (art. 5º, inc. LIV), prossegue sendo o repositório sintético de todas as garantias em particular, de modo que não será legítimo, por violação a ela, o processo que não atenda a qualquer uma delas.

A justificativa para a potencialização de garantias processuais pode advir, certamente, da afirmativa de que o processo seja o “ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social”<sup>87</sup>. Ou seja, o principal objeto de preocupação deste ramo jurídico diz respeito a satisfação dos seres humanos, auxiliando-os no bem estar da vida e social. A Constituição Federal de 1988, justamente, veio de encontro com a preocupação com o social (a exemplo dos próprios direitos fundamentais), ou seja, inevitavelmente haveria uma união harmônica entre a Carta Magna e o Processo Civil.

Tal idéia é preconizada por Galeno Lacerda quando afirma que “estamos diante de uma Constituição consagradora de liberdades democráticas, ampla, aberta para o social”<sup>88</sup>. E nada mais conveniente do que reportarmo-nos ao início deste estudo, quando nos referimos ao processo como um fato social, ou seja, um esforço de determinados indivíduos perante um órgão do Estado, com dois fins apropriadamente: “obter a solução de um conflito de interesses mediante a definição do direito e, em conseqüência, restabelecer-se a harmonia social”<sup>89</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, Dinaura Gomes afirma que “os textos constitucionais, de grande parte de países do Ocidente<sup>90</sup> passaram a tratar como direitos fundamentais tanto a categoria de direitos civis e políticos quanto a dos direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>91</sup>

<sup>87</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista Da. Processo e Ideologia. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 8, n. 29, p. 347, 1996.

<sup>88</sup> LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 258.

<sup>89</sup> LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

<sup>90</sup> Há uma crítica ao pensamento de que os direitos humanos, por terem se originado a partir de um pensamento ocidental, teriam dificuldade em se universalizar e constituir imperativos éticos que protegeriam todo e qualquer ser humano, independente do país e cultura. Boaventura de Sousa Santos defende que “culturas não ocidentais, como a islâmica e a hindu, têm certas interpretações que também favorecem a idéia de dignidade humana. Assim, ao invés de impor a sua visão individualista, latente no conceito corrente de direitos humanos, os ocidentais deveriam estabelecer um diálogo aberto com esta outras culturas, de modo que cada uma delas se deixasse influenciar positivamente pela outra, em processo denominado de ‘hermenêutica diatópica’. Com isso, seria possível desenvolver uma concepção multiculturalista e não eurocêntrica dos direitos humanos, que acabaria enriquecendo também o conceito ocidental hoje dominante”. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 20.

<sup>91</sup> GOMES, Dinaura Godinho Pimental. **Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, ano 13, v. 53, p. 42, outubro-dezembro, 2005.

De tal modo, o fortalecimento de laços entre o conteúdo processualístico juntamente ao constitucional possibilitaram a aquisição de uma nova etapa para a concretização de direitos e sucesso no acesso à justiça.

Segundo Galeno Lacerda<sup>92</sup>:

Sendo o processo um produto do homem, há de receber a marca trágica da antinomia que a este caracteriza. Somos seres simultaneamente individuais e sociais. Tão importante é este antagonismo radicado em nossa natureza, que Aristóteles nele fundou a sua imperecível classificação da justiça, em comutativa, a reger as relações individuais; legal, a regular os direitos do Estado contra o indivíduo, e distributiva, a disciplinar os direitos deste em face da comunidade. Mas acentuou o filósofo que a justiça perfeita não reside em nenhuma destas em particular, senão no equilíbrio e na harmonia de todas elas. [...] Antagônica é também a função do processo – fazer justiça às partes e restabelecer a paz social.

Neste sentido, o processo moderno ganharia contornos constitucionais e, ao mesmo tempo, a Constituição Federal adotaria institutos processuais a fim de potencializá-los, ou melhor, transformar os elementos processuais em institutos capazes de tornarem-se garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. Eis, deste modo, a dinâmica temporal transformadora acerca da mentalidade do processo.

### 3.2A SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Federal, tendo em vista ser uma unidade e diploma supremo comparado aos demais ramos do Direito, é encarada como corolário indispensável à todo o Ordenamento Jurídico e, conforme já referido anteriormente, ordem jurídica fundamental de todo o Estado Democrático de Direito. Pode-se dizer que é a lei suprema de uma nação, tanto pela sua superioridade, como pelo tratamento que ela recebe por todas as demais fontes jurídicas existentes.

Ademais, conforme também repisado, a Carta Magna alcança forte influência e magnitude sobre o Direito Processual Civil, dada a preocupação deste

---

<sup>92</sup> LACERDA, Galeno. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 04.

em tornar-se a cada dia mais efetivo e possibilitar o acesso à justiça. É uma ordem, hierarquicamente elevada, torneada de valores, princípios e regras que estabelece um acompanhamento perfeito de todo o direito infraconstitucional, a fim de torná-lo mais equânime e coerente.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

Emerge, nítida, a supremacia da Constituição como ponto de apoio e condição de validade de todas as normas jurídicas, na medida em que é a partir dela, como dado de realidade, que se desencadeia o processo de produção normativa, a chamada nomogênese jurídica, que, em nosso direito positivo, por exemplo, está disciplinada, sob o título do processo legislativo, nos arts. 58 a 69 da Constituição de 1988. Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional formal e material, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto -, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição<sup>93</sup>.

Por oportuno, é possível afirmar, graças à sua imprescindibilidade, que “todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais”<sup>94</sup>. Neste sentido, conclui-se que a Constituição de cada Estado apenas não tem o escopo de descrever suas instituições principais, mas sim influenciar sua ordenação, notadamente através de um texto escrito.

Dizer que a Constituição é hierarquicamente superior significa dizer que, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, “não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição”<sup>95</sup>. É neste sentido que se desenvolve a sua preeminência.

A função da Constituição, por conseguinte, é criar ou reconstruir o próprio Estado, organizando e limitando o poder político, dispendo acerca de direitos

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15.

<sup>94</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73.

<sup>95</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Isto é, de acordo com a sua formulação, a Constituição de uma nação é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade<sup>96</sup>.

A supremacia da Constituição revela-se como postulado sobre o qual se assenta o próprio Direito Constitucional contemporâneo. Sua superioridade jurídica é justificada pelo fato de que nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível<sup>97</sup>. Vários são os meios de controle para que a Carta Magna possa assegurar sua hegemonia, tal como através do controle da constitucionalidade, instrumento este que protege, invalida e paralisa quaisquer atos normativos que sejam contraditórios à ela.

Nas palavras de Renzo Provinciali<sup>98</sup>:

O Direito Constitucional regula a formação das leis e é dele que todas as normas adquirem a sua juridicidade (sentido formal). E também regula nos seus aspectos fundamentais, as posições das pessoas individuais e as posições coletivas, decorrentes das relações dos grupos sociais e dos poderes públicos com indivíduos e sociedade. Desta forma o Direito Constitucional se revela a matriz onde os diversos ramos do Direito buscam a orientação e a fonte que serão especificadas nas normas ordinárias (sentido material). Assim, também o direito processual (como ciência) depende desta matriz.

Como guardião dos Direitos Fundamentais, a Constituição assume papel de relevante valor social em nosso ordenamento jurídico. Neste contexto, Konrad Hesse “ ...indica como objetivos inescusáveis de toda Constituição criar e manter a ordem jurídica e a unidade política, o que aponta para a necessidade de visualizá-la como norma suprema...”<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74-78.

<sup>97</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 84.

<sup>98</sup> PROVINCIALI, Renzo. Norme di Diritto Processuale nella Costituzione. Milano: Guifré, 1959 apud ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: relações entre processo e constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v.1, jan/abril, 1996. p. 257.

<sup>99</sup> Konrad Hesse apud COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional e política. **Revista Direito Público**, n. 10, p. 05-15, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/viewFile/181/214>. Acesso em: 10 fev. 2010

Nas palavras do próprio doutrinador acima citado, cujo excerto se transcreve, tem-se que:<sup>100</sup>

O objetivo a perseguir es la *unidad política* del Estado. Porque Estado y poder estatal no pueden ser dados por supuesto, com algo preexistente. Ellos solo adquieren realidad em la medida em que se consigue reducir a uma unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes em la realidad de la vida humana, em la medida em que se consigue producir unidad política. Esta reducción a la unidad de la multiplicidad nunca queda definitivamente concluída [...]. Es um objetivo que viene ya impuesto em el sentido de que la convivencia humana sólo es posible em el Estado y a través del Estado. [...] la unidad política que debe ser constantemente perseguida y conseguida em el sentido aqui adoptado es una *unidad de actuación* posibilitada y realizada mediante el acuerdo o el compromiso, mediante el asentimiento tácito o la simple aceptación y respeto, llegado el caso, incluso, mediante la coerción realizada com resultado positivo; em una palabra, una unidad de tipo *funcional*. La cual es condición para el que dentro de um determinado territorio se puedan adoptar y se cumplan decisiones vinculantes, para que, em definitiva, exista “Estado” y no anarquía o guerra civil.

Neste sentido, observa-se que Konrad Hesse vê na unidade política o pressuposto de existência do próprio Estado, pois a unidade resulta em organização para a consecução dos fins que o caracterizam. Ademais, tem-se que o alcance dos fins do Estado – contidos na Lei, especificamente na Constituição, como norma fundamental – pressupõe o exercício do poder.

Sendo assim, a unidade política de Konrad Hesse tem os seguintes contornos<sup>101</sup>:

“A Formación de unidad política” no significa la producción de um armónico estado de coincidência general y em cualquier caso no la eliminación de las diferencias sociales, políticas o de tipo institucional y organizativo a través de la nivelación total. Dicha unidad resulta imaginable sin la presencia y relevância de conflictos em la humana convivencia. Los conflictos preservan de la rigidez, dès estancamiento em formas superadas; son – si bem no unicamente – la fuerza motriz sin la cual el cambio histórico no se produciría. La ausencia o la represión de los mismos puede conducir al

<sup>100</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**, 2.ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 8.

<sup>101</sup> HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2.ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 9.

inmovilismo que supone la estabilización de lo existente, así como la incapacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes y a producir nuevas formas: llega entonces un día en que la ruptura con lo existente se hace entonces inevitable, y la conmoción tanto más profunda. Ahora bien, no solo importa que haya conflictos sino también que éstos vengan regulados y resueltos. No es el conflicto como tal el que contiene la nueva forma, sino el resultado al que aquél conduce. Y, por sí solo, el conflicto no posibilita el vivir y convivir humanos.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 é um estatuto fundamental que impõe-se diante daqueles conflitos que são inevitáveis na comunidade. Resolvê-los dando a última palavra é escopo para aprimorar a unidade política de todo um Estado Democrático de Direito.

A relevância deste diploma legal é tão enfatizada, que se pode afirmar que a partir do momento em que um princípio passa a ser positivado pelo texto constitucional, passam estes a uma nova forma de compreensão, bem como interpretação e aplicação das normas do sistema jurídico.

Segundo Ferrajoli<sup>102</sup>,

[...] se as constituições são o conjunto de regras do jogo que garantem a correção do jogo, estes pactos têm que garantir a todos os jogadores, começando pelos mais frágeis. Se as constituições têm como destinatários os poderes constituídos, aqueles não podem ser modificados, derogados ou debilitados por estes mesmos, senão somente ampliados e reforçados. Finalmente, se as normas constitucionais substanciais não são mais que direitos fundamentais, estes pertencem a todos que somos, precisamente, os titulares destes direitos fundamentais. É nesta titularidade comum que reside o sentido da democracia e da soberania popular.

Neste sentido, nossa Carta Magna exerce um papel de destaque no último século, já que é vista como norma de direitos fundamentais intrínsecas ao Estado Democrático de Direito.

Importante destacar o fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, fenômeno este iniciado no século XIX e inspirado nas declarações de constituições contemporâneas, buscando erigir fórmulas e métodos na busca pela efetividade das garantias. Sabe-se que a partir do momento que um

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. Jueces y Política. In: Derechos y Libertades. *Revista del Instituto Bortolomé de las Casas*. Madrid: Universidad Carlos III, Año 4, n. 7., 1999 apud STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2 (anual), 2002. p. 31.

direito passa a fazer parte do corpo da Carta Magna, torna-se tutela legítima para as aspirações do homem.<sup>103</sup>

Sabe-se que as últimas décadas assistiram a um momento decisivo, qual seja, a do reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. De tal modo, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta tanto da supremacia formal, que sempre gozou, como também uma supremacia material, axiológica<sup>104</sup>.

Para Luzia Marques da Silva Cabral Pinto<sup>105</sup>,

A constituição justa' pode ser utópica, mas, como muito bem observa MUGUERZA, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser. Por nosso lado, não hesitaremos em subscrever a 'profecia' de Macpherson: 'Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.

Dentre os bens jurídicos que a nossa Constituição atual protege, temos, como já referido, o direito à vida, à segurança física, ao sossego, ao lazer, à liberdade física, à integridade intelectual, à liberdade de pensamento; à honra; à liberdade civil, política e religiosa, dentre muitos outros direitos.

Todavia, pode-se concluir que cada Constituição é resultado do contexto social de cada povo que a possui. Ela é a mais simplesmente carta política num sistema jurídico, e nem um catálogo de promessas e intenções, mas é sim norma jurídica, ou melhor, arcabouço jurídico e fundamental do Estado e também da Sociedade.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 104.

<sup>104</sup> BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

<sup>105</sup> CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 218-219 apud STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, p.31 (anual), 2002.

<sup>106</sup> DESZUTA, Joe Ernando. Um direito do trabalho mínimo ou um mínimo de direito do trabalho? Bases para um novo direito do trabalho. **Revista de Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, v. 22, n. 255, p. 44-45, mar. 2005.

Senão vejamos<sup>107</sup>:

Faceta importante a ressaltar é a que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamental.

Neste sentido, sem embargo de todas as garantias já mencionadas e respaldadas pela Constituição Federal, sabe-se que o processo é encarado também como um direito fundamental. Outra afirmação relevante é acerca da participação no processo, que será abordada mais a frente, mas que inevitavelmente é englobada pela faceta dos direitos fundamentais.

### 3.3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DENOMINAÇÃO, “MULTIFUNCIONALIDADE”, EFETIVIDADE, INTERPRETAÇÃO E RELATIVIDADE

Algumas questões controversas afloram quando o assunto refere-se a direitos fundamentais, a começar por seu próprio vocabulário, eis que não há uma uniformidade na seara jurídica sobre seu nome e conceito, carecendo, por conseguinte, um próprio rigor terminológico, a começar pela própria Constituição Federal que se utiliza das expressões: “direitos humanos”, “direitos e garantias fundamentais”, “direitos e liberdades constitucionais”, “direitos e garantias individuais”, “direitos naturais”, “direitos de personalidade”, “direitos públicos subjetivos” e “liberdades fundamentais”, dentre outros. Ocorre que, por tratar-se de tema demasiadamente amplo no campo jurídico, impossível delimitá-lo a uma simples circunstância, eis que torna-se praticamente impossível sintetizar sua larga substância.

Sobretudo, alguns juristas, assim como Paulo Bonavides, indagam a respeito da utilização indiferenciada de direitos humanos e fundamentais, alegando um “uso promíscuo” por parte de nossa literatura jurídica ao lidar com tais

---

<sup>107</sup> DE OLIVEIRA, CARLOS ALVARO. O Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, p. 267 apud ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1, jan/abril, 1996. p. 258.

assuntos<sup>108</sup>. Por sua vez, o doutrinador Willis Santiago Guerra Filho refuta tal idéia afirmando que “do ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, os direitos fundamentais são, originalmente, direitos humanos.”<sup>109</sup>

A expressão ‘Direitos Naturais’ justifica-se pelo fato de que é inerente a natureza humana. Tais direitos são aqueles inatos, pré-oriundos, originários por si só, pré-estatais, isto é, anteriores ao próprio Estado. O homem é aqui titular por sua própria condição. Mas tal guarida encontra-se ultrapassada, porque sua fundamentação encontra-se reservada exclusivamente à razão ou a natureza das coisas, além de serem direitos que não derivam da vontade do Estado, mas encontram fundamento na soberania do povo.<sup>110</sup>

Outra denominação pouco aceitável é a expressão ‘direitos individuais’, eis que remete a uma fase histórica do individualismo jurídico, oriundo com a Revolução Francesa de 1789, no caso, direitos do indivíduo isolado, incompatível, portanto, com a sociabilidade humana. Porém, tal expressão é utilizada pela atual Carta Magna, no artigo 5º, caput. Também a expressão ‘direitos subjetivos públicos’ nos remete a uma noção individualista do homem e encontra-se superada.<sup>111</sup>

Já os Direitos de Personalidade seriam aqueles equivalentes aos direitos do homem. Direitos estes inatos, anteriores ao Estado, impostergáveis. Porém, segundo Arion Sayão Romita, os Direitos Fundamentais são caracterizados por sua historicidade e, portanto, impossível caracterizá-los ao homem pelo simples fato de ser homem ou pessoa.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> Conclui o mesmo que as expressões “direitos humanos” e “direitos do homem” são mais utilizadas por autores anglo-americanos e latinos, enquanto que os alemães se simpatizam mais pela expressão “direitos fundamentais”. SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, v. 69, n. 11, p. 1287, nov. 2005. apud BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**, 13.ed., São Paulo: MALHEIROS, 2003. p. 514.

<sup>109</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 38 apud GOMES, Dinaura Godinho Pimental. O processo de afirmação dos Direitos Fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 11, n. 24, p. 122, out.-dez. 2003, apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 38.

<sup>110</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 41.

<sup>111</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 44.

<sup>112</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 45.

Apesar da evidente divergência em distinguir tais conceitos e discorrendo a respeito das expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais, Canotilho<sup>113</sup> propõe os seguintes conceitos<sup>114</sup>:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Ademais, apesar da divergência de entendimentos sobre os direitos fundamentais, sabe-se que tal expressão ainda é a mais aceita, eis que justifica-se por diversas razões. À priori porque parece compreender toda a integralidade de seu conteúdo, além de ser mais precisa que todas as outras denominações, sem revelar qualquer tipo de expressão contraditória ou ambígua; abarcando as duas dimensões contidas na expressão de direitos humanos, ou seja, tanto a jusnaturalista e positivista, sem ocorrer em reducionismos. Ainda, porque próxima aos direitos humanos, mostra-se sensível a dimensão ética e moral.<sup>115</sup>

Os Direitos Fundamentais surgiram com a necessidade de se fazer valer a proteção de direitos individuais e coletivos do ser humano e diversos grupos frente a possíveis atitudes abusivas ou ilegítimas, buscando, através dos tempos e diante da onipotência estatal, um resultado cada vez mais equilibrado nos conflitos de interesses.

<sup>113</sup> CANOTILHO, J.J.G. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 391 apud SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1287, nov. 2005.

<sup>114</sup> Na mesma linha de raciocínio temos José Carlos da Andrade, citado por Uadi Lammêgo Bulos que entende ser possível detectar três dimensões para os direitos fundamentais. A primeira seria que podem ser vistos como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares – concepção filosófica ou jusnaturalista; segunda é que seriam considerados direitos de todos os homens, em todos os lugares, num certo tempo – concepção universalista ou internacionalista e a terceira seria direitos de todos os homens, num determinado tempo e lugar – concepção estadual ou constitucional. (DE ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, Livr. Almedina, 1987, p. 11 apud BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 101).

<sup>115</sup> ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 45.

Segundo Rodrigo de Lacerda Carelli: “são aqueles direitos do homem que determinada sociedade escolheu por bem inseri-los em seu direito positivo, sendo resguardados a Constituição.”<sup>116</sup>

Nas palavras de Paulo Bonavides são<sup>117</sup>:

direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

De acordo com José Afonso da Silva são "situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.<sup>118</sup> Sabe-se que a origem<sup>119</sup> dessas garantias remonta ao antigo Egito e Mesopotâmia, aproximadamente há três milênios antes de Cristo onde já começavam a se preocupar com questões de proteção individual frente ao Estado. Exemplo é o próprio Código de Hamurabi, criado em 1690 (A.C.) do qual consagrava um elenco de direitos como a propriedade, a honra, a dignidade, etc...

A Constituição Federal de 1988 arrola a começar em seu art. 5º, caput, os direitos mínimos, individuais, garantidos estes a qualquer cidadão e coletivos.

Sobre a Carta de 1988, lembra Flávia Piovesan<sup>120</sup>:

A Carta de 1988 é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos em nosso país. Eis um de seus maiores deságios for a forma de promessa. Após 21 anos de regime autoritário, objetivou-se, por meio da Constituição, resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz da restauração da dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 revela a ânsia de refletir o que somo enquanto sociedade e acima de tudo o que pretendemos ser.

<sup>116</sup> CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, v. 42, p. 252, jan.-mar. 2003.

<sup>117</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 73.

<sup>118</sup> SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 183.

<sup>119</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho: título executivo constitucional – tutela jurisdicional. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 22, n. 258, p. 22, jun. 2005.

<sup>120</sup> PIOVESAN, Flávia; FREITAS JR, Antônio Rodrigues. Direitos humanos na era da globalização: o papel do 3º setor. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 28, v. 105, p. 79, jan.-mar. 2002.

Embora a inspiração de Constituições alemã, portuguesa e espanhola e com fulcro no art. 5º, § 1º, nossa Carta Magna garantiu aplicabilidade imediata às garantias fundamentais, bem como caráter de imutabilidade como condição de cláusula pétrea, segundo o artigo 60, § 4º, tornando nula de pronto qualquer emenda com escopo de abolir tais direitos.

Significa dizer, portanto, que todas as normas fundamentais citadas pela Constituição Federal serão fundamento e base para todas as demais normas do Ordenamento Jurídico. A sua aplicação poderá ser feita de modo direto pelo aplicador da lei, através da interpretação.

Ainda, no artigo 5º, § 2º, tem-se a não exaustividade daqueles direitos. Nessa linha de raciocínio, Gustavo Filipe Barbosa Garcia leciona: “[...] sua eventual enumeração (em Declaração de Direitos, Tratado, Convenção, Constituição ou outro instrumento jurídico ou normativo) não é exaustiva. Na Constituição da República Federativa do Brasil, esta assertiva é claramente verificada no art. 5º, § 2º.”<sup>121</sup>

Por este parágrafo, conclui-se que abertura dos direitos fundamentais, ou seja, não poderão ser considerados como taxativos pela lei, tendo em vista a sua imprescindibilidade para a formação do Estado e da sociedade. Neste sentido, a Constituição Federal não esgota o rol dos Direitos Fundamentais.

Em seu artigo 3º propõe como fins do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização das desigualdades sociais regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tendo em vista a natureza que os direitos fundamentais possuem, nada mais justo que chamá-los de multifuncionais. As classificações funcionais mais conhecidas são as de Alexy e Canotilho, sem olvidar que, no Brasil, também merece referência o ilustre jurista Ingo Wolfgang Sarlet. Estas três classificações dividem os direitos fundamentais em dois grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. O Futuro dos direitos humanos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 10, n. 232, p. 61, set. 2006.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 29, 1996. p. 301.

Ademais, os Direitos Fundamentais exercem várias e diversificadas funções na ordem jurídica, o que deflui tanto das conseqüências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quanto da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram assim a denominada perspectiva subjetiva. Essa constatação da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não constitui, por outro lado, nenhuma novidade, eis que encontra fundamento na doutrina de G. Jellinek, utilizada como referencial para a sua vertente<sup>123</sup>.

A preocupação, muitas vezes que ocorre tornea-se acerca da efetividade ou não desses direitos fundamentais. Preocupado com a efetividade dos Direitos Fundamentais, Norberto Bobbio, por sua vez, argumenta: “se os direitos humanos atualmente são reconhecidos virtualmente por todos os povos, com poucas exceções, o problema é torná-lo efetivos”<sup>124</sup>.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes, seguindo a mesma linha de raciocínio, afirma que é essencial que o Direito, através de princípios ético-morais e com o apoio da solidariedade social dos juristas preserve o homem “garantindo-lhe condições mínimas de existência digna, não só em ‘uma folha de papel’ (expressão historicamente utilizada por Lassale), mas de forma concreta e efetiva.”<sup>125</sup>

A jurista supra referida, em outra obra intelectual, volta a afirmar:

Urge, portanto, fazer valer a Constituição Brasileira – para que não seja vista como mera folha de papel, no dizer de LASSALLE – através da tomada de urgentes medidas, norteadas pela idéia de justiça, no sentido de efetivar a promoção e proteção dos direitos à vida, à saúde, e à dignidade da pessoa humana, tendo como vertente de correspondência a igualdade de oportunidades para todos os indivíduos, em oposição às graves e crescentes desigualdades sociais geradas pela globalização econômica.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 157.

<sup>124</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25 apud SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos humanos e meio ambiente do Trabalho – título executivo constitucional – tutela jurisdicional. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre, v. 22, n. 2258, p. 29, jun. 2005.

<sup>125</sup> GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 11, n. 24, p. 110, out.-dez. 2003.

<sup>126</sup> GOMES, Dinaura Doginho Pimentel. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 40, out.-dez. 2005.

Vê-se, desta maneira, que maior problema não é a ausência de preceitos e normas a respeito das garantias fundamentais do cidadão, mas sim a falta de compatibilidade entre a teoria e a prática, visto que nem sempre os preceitos passam a existir no mundo dos fatos. Assim, de nada adianta a teoria prever direitos, se eles não saem do papel, ficando sem efetividade e conseqüentemente inúteis.

Acerca da interpretação dos Direitos Fundamentais, conforme já referido anteriormente, a partir do momento em que um princípio (direito) passa a ser positivado pelo texto constitucional, passa este a uma nova forma de compreensão, bem como interpretação e aplicação das normas do sistema jurídico, eis que a Constituição Federal caracteriza-se por ser um dos diplomas legislativos que conferem os aspectos políticos, sociais, coletivos e individuais mais importantes do cidadão em cada Estado.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>127</sup>, a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir um sentido a textos ou outros elementos normativos, tais como princípios implícitos, costumes, etc., notadamente para o fim de solucionar problemas. Nada mais é do que uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe dignidade, legitimidade, racionalidade e controlabilidade.

Todavia, não é pelo fato de tratarem-se de direitos e garantias supremos de uma sociedade democrática, como ocorre em nosso ordenamento jurídico com os direitos e garantias fundamentais descritos na Constituição Federal, que podem estes princípios se tornarem absolutos ou massacrarem ideais propostas pela própria ordem social a fim de trazer bem estar à sociedade, conforme será tratado no próximo sub-capítulo.

Sabe-se que os princípios possuem uma característica ímpar no ordenamento jurídico, qual seja, a de plasticidade. Isto ocorre porque esses não necessitam ser precisos e possuir limites precisos assim como as normas, não passando apenas de valores que auxiliam o campo do direito. Daí percebe-se que diante dos eventuais confrontos, caberá ao intérprete buscar o equilíbrio entre tais colisões, com a maior lucidez possível.

---

<sup>127</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 269.

É o que defende Humberto Theodoro Junior, a seguir<sup>128</sup>:

Dada a plasticidade dos princípios, dentro de qualquer ramo do direito, inevitáveis são os confrontos, as colisões e as superposições entre eles. Daí a formulação de novos princípios ou critérios especialmente concebidos para administrar e solucionar a convivência entre os diversos valores axiológicos, nas crises oriundas de concorrência entre eles. É a partir das idéias de proporcionalidade e razoabilidade que se logra a harmonização entre os princípios quando se colocam em linha de colisão. Não se trata simplesmente de desprezar um princípio e dar total supremacia ao outro. O que o intérprete deve procurar é o equilíbrio entre eles, demarcando, diante das circunstâncias do caso, até que ponto deve ir a força de cada um dos princípios cortejados. Na maioria das situações será possível aplicar, por parte ou etapas, ambos os princípios concorrentes, tornando mais aparente que real o conflito. Em outras, a natureza dos interesses a tutela está, na realidade, sob o domínio específico de apenas um dos princípios, de maneira que o outro, que se pretendeu também aplicar deveria ser afastado de cogitação.

Sobre a unidade e harmonia dos direitos fundamentais, sabe-se que, diante delas não resta outra alternativa senão a possibilidade de o juiz colocar a lei na sua devida perspectiva, fato este inevitável perante as normas constitucionais, eis que vinculam a interpretação das leis. O mesmo ocorre com as regras processuais que, sendo lidas a partir dos direitos fundamentais, pressupõem uma interpretação da lei segundo métodos clássicos e interpretações viáveis que irão conduzir a uma hermenêutica que outorgue a máxima efetividade ao conteúdo da norma constitucional<sup>129</sup>.

Por fim, há o entendimento de que os direitos e garantias fundamentais não podem ser utilizados como um “verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos”<sup>130</sup>, sob pena de neste caso termos por violados os princípios gerais do Estado Democrático de Direito.

Apesar de preencherem espaço de grande responsabilidade no corpo constitucional e serem tidos como importantes fundamentos para a base de todo o

---

<sup>128</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 49, jun. 2006.

<sup>129</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 10.ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008. p. 292-293.

<sup>130</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 62.

ordenamento jurídico, não podem aqueles ser assinalados como direitos supremos e absolutos.

Como argumento de reforço, interessante observar que nenhum princípio, pela necessidade de convivência das liberdades públicas, pode ser visto de forma absoluta, sobretudo quando há conteúdo instrumental, o que exige a citação da máxima do mestre Dinamarco, a respeito da interpretação destes<sup>131</sup> .:

Mas o próprio valor democrático do contraditório, que não é um fim em si mesmo mas um dos meios de construção do processo justo e equo, há de ceder ante as exigências substanciais de promover o acesso à justiça, em vez de figurar como empecilho à efetividade desta. Os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual

Nas palavras de Sandro Nahmias Melo, compreendemos que "ao partir-se da premissa que os direitos, ainda que fundamentais, não são absolutos, é que temos que admitir a limitação dos mesmos, até para possibilitar o seu exercício."<sup>132</sup> Neste sentido, percebe-se que por mais garantias e conforto que o Estado Democrático de Direito necessite respaldar aos seus indivíduos, é impossível conferir a aplicação de algo que seja absoluto, por mais almejado que isto seja, como é o que ocorre no caso presente.

Em doutrina, Humberto Theodoro explica<sup>133</sup>:

Nenhum princípio no campo do direito, nem mesmo nos domínios constitucionais, pode ser visto e aplicado como absoluto. A segurança jurídica, ainda que mereça a qualificação de elemento natural e necessário do Estado de Direito Democrático, não escapa à relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito. É que os princípios, na sua essência não traduzem preceitos, mas, sim, valores, os quais, por natureza, são elásticos, sem contornos e limites precisos, e exercem muito mais sua função no terreno da hermenêutica do que no campo das normas, estas, sim, encarregadas de traçar regras claras e precisas sobre o comportamento dos sujeitos de direito.

<sup>131</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 251.

<sup>132</sup> MELO, Sandro Nahmias. A Garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 85, abr.-jun. 2003.

<sup>133</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, jun. 2006. p. 48.

A existência de conflitos entre os membros da sociedade e a impossibilidade de os próprios envolvidos tomarem conta da sua resolução obriga o Estado a manifestar o seu poder de “aplicação de justiça” ou poder jurisdicional, a fim de trazer estabilidade à vida social. Neste sentido, casos os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou se a solução do juiz pudesse ser negada, de nada adiantaria a Jurisdição. É por este motivo que a decisão jurisdicional deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível<sup>134</sup>.

A preocupação com a segurança no ordenamento jurídico é tão elevada que tem trazido a discussão casos específicos onde trazem grande repercussão jurídica e medo social. Um exemplo pertinente para isto seria a relativização da própria coisa julgada material, que será tratada logo mais na presente dissertação.

Daniel Sarmiento<sup>135</sup>, ilustre doutrinador, traz um contraponto na idéia de Direitos Fundamentais sem Fundamentalismos, já que a primeira dimensão que temos de direitos fundamentais é que são nessas garantias que estão constituídos os valores mais importantes de uma comunidade política e, de certo modo, acabam por modelar e influenciar por todo o ordenamento jurídico, adequando suas normas e institutos e exigindo do Estado um modelo de dever de proteção.

Acredita aquele que a incidência dos mesmos não deve chegar a amputar todo o espaço de liberdade das instâncias sociais, limitando por demais esse caminho, numa sociedade pluralista e democrática. Entende o jurista que quanto mais a Constituição se estende, menos sobra para o poder decisório das majorias, tendo em vista que quando limita a expressão da liberdade de decisão da vontade popular, mais vai contra o princípio democrático.

Defende o mesmo que a hipertrofia constitucional transforma a Lei Maior num instrumento totalitário, que asfixia as forças sociais e subtrai-lhes o espaço vital de atuação, valendo-se isso não apenas para o legislador, mas também ao intérprete. Isso porque por mais que uma Constituição almejar buscar, um resultado inevitável da realidade social é a dimensão utópica, pois há certos limites impossíveis de se superar.

---

<sup>134</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 60-61.

<sup>135</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 170-172.

Nesse sentido, Daniel Sarmento<sup>136</sup> opina sobre uma Constituição aberta, que possua uma Lei Fundamental de plasticidade material suficiente para abrigar ideologias diferentes, sem atrofiar de modo algum qualquer delas. Os Direitos Fundamentais, por sua vez, não significariam o engessamento da sociedade, cabendo, ao contrário, ampliar o debate entre idéias e debates divergentes, dando ensejo a um pluralismo de concepções.

---

<sup>136</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 173-174.

### 3 A PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO PROCESSO, O DIREITO DE DEFESA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### 3.1 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO

Um tema de grande repercussão atual diz respeito acerca da participação dos litigantes na atividade jurisdicional como um direito de legitimação conferido pelo Estado Democrático de Direito, sem, contudo, esquecer, de matérias atinentes ao acesso à justiça e a importância que exerce a função social do processo.

Segundo Lúcio Grassi de Gouveia<sup>137</sup>:

O processo deverá orientar-se pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais, privilegiando tais aspectos em detrimento de um enfoque estratégico ou duelístico. Tal aspecto, acrescido pela oralidade, do aumento da atividade do juiz que deixa de ser um mero expectador de uma disputa das partes, da possibilidade de adequação das regras processuais quando inadequadas para a justa composição do litígio, da atenuação da preclusão na alegação de fatos (apesar de o processo civil brasileiro ser dotado de forte carga de preclusividade) e na prevalência do mérito sobre a forma demonstram uma completa modificação de paradigmas, que afasta uma concepção de processo civil nos termos de um liberalismo clássico burguês, criando uma legislação sintonizada com idéia de um Estado Social de Direito. Prestigia-se a idéia de instrumentalidade do processo, evitando a supervalorização das regras técnicas em detrimento dos princípios fundamentais do direito processual, buscando uma humanização do processo, de modo a que este consiga ser para todos os membros da sociedade um eficiente meio ético e técnico de pacificação social, dotado de efetividade, que é obtida através da cooperação entre os sujeitos processuais para a busca do que se convencionou chamar de verdade real, se bem que entendamos que nenhum processo garante a descoberta da referida verdade.

Antes do início acerca do estudo sobre participação, mister fazer uma introdução sobre aspectos gerais atinentes ao próprio assunto, como se faz a seguir.

---

<sup>137</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 36-37, jun. 2009.

Pela expressão “sujeitos do processo” entendem-se, de regra, aqueles que formam a relação mínima necessária à instauração do processo, angular segundo a maioria da doutrina. Classicamente apontam-se o autor e o réu como sujeitos parciais, e como sujeito imparcial, o juiz.

Segundo Maria da Glória Colucci<sup>138</sup>:

São pelo menos três os sujeitos do processo: o autor, o réu e o juiz. Autor e réu são sujeitos principais parciais, pois o que pretendem em juízo é que prevaleçam seus respectivos interesses, ao passo que o juiz, como representante do Estado, é sujeito principal imparcial. No processo, porém, não há apenas juiz e partes, pois dele participam vários outros sujeitos secundários, tais como auxiliares do juízo; a vítima, na ação penal; o terceiro interveniente, etc.

Neste sentido, percebe-se que além do autor, réu e juiz, tornam-se também indispensáveis os órgãos auxiliares da Justiça; os respectivos advogados, e também, em alguns casos, aqueles sujeitos representados pelo litisconsórcio ativo, passivo, misto ou recíproco.

Em relação ao Juiz, Grinover, Cintra e Dinamarco aduzem<sup>139</sup>:

Como sujeito imparcial do processo, investido de autoridade para dirimir a lide, o juiz se coloca *super et inter partes*. Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionais destinados a resguardá-la, é a imparcialidade. A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é essencial à condição de juiz.

Já em relação às partes, Grinover, Cintra e Dinamarco afirmam<sup>140</sup>:

Autor e réu são os principais sujeitos parciais do processo, sem os quais não se completa a relação jurídica processual. Se todo processo se destina a produzir um resultado (provimento jurisdicional) influente na esfera jurídica de pelo menos duas pessoas (partes), é indispensável que a preparação desse resultado seja feita na autoria; denúncia da lide; chamamento ao processo; oposição; embargos de terceiro; recurso de terceiro prejudicado.

<sup>138</sup> Colucci, Maria da Glória Lins da Silva. **Lições de teoria geral do processo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1996. p. 129.

<sup>139</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.294.

<sup>140</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.295.

“As partes na relação processual são os sujeitos ativos e passivos da relação de direito substancial que nela se controvertem.”<sup>141</sup> Num sentido processual, são as pessoas que pedem ou em relação a quem se pedem a tutela jurisdicional. Segundo Chiovenda: “parte litigante é aquela que pede em seu próprio nome, ou em cujo nome é pedida, a atuação da vontade da lei, e aquela em face de quem essa atuação é pedida”<sup>142</sup>. Num sentido mais amplo, é possível definir a parte como um sujeito do processo, ou seja, toda a pessoa que de certa forma participa do procedimento em contraditório, tal como o assistente ou o Ministério Público, dentre outros<sup>143</sup>.

Para Paulo Cesar Conrado<sup>144</sup>:

As partes são os sujeitos de direito que configuravam, já antes e de ordinário, na relação jurídica de direito material que se tornara controvertida. Falamos, de um lado, em parte ativa, que coincide com a figura do pretense titular do direito de ação (ou seja, o autor, aquele que pede a prestação da tutela jurisdicional); e, de outro, em parte passiva, que diz com a figura do réu, aquele perante quem é pedida a prestação da tutela jurisdicional.

É de fundamental importância que as partes preencham as condições da ação, no plano da ação, e os pressupostos processuais, no plano do processo, para que sejam validamente consideradas como tal e seus atos sejam reconhecidos, sob pena de prejuízos (art. 13 do CPC) como a extinção do feito, revelia, exclusão de terceiro, dentre outras situações.

Os pressupostos processuais referentes aos litigantes são: a capacidade de ser parte (capacidade jurídica, artigo 1º do Código Civil Brasileiro), a capacidade de estar em juízo (exercer os direitos e deveres processuais) e a capacidade postulatória (direito de agir e falar em nome das partes no processo)<sup>145</sup>.

A capacidade de ser parte relaciona-se com a aptidão para adquirir direitos e obrigações (Art. 1º, Código Civil). A regra ainda é a de que, ninguém pode

<sup>141</sup> SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 355.

<sup>142</sup> CHIOVENDA apud SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 357.

<sup>143</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 143.

<sup>144</sup> CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 165.

<sup>145</sup> SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 361- 370.

buscar, em nome próprio, direito alheio, exceto se autorizado por lei. De modo diverso, a capacidade de estar em juízo, ou seja, de exercício dos direitos que postula, por ser titular destes, difere, sobretudo quanto ao prisma, da capacidade de ser parte, podendo ser exigido complemento a esta. Assim, há capacidade plena quando se reúnem a capacidade de direito e de exercício na pessoa, o que não ocorre, a título de exemplo, com os incapazes na ordem civil, devendo ser assistidos ou representados a depender do grau.

Por fim, a capacidade postulatória tem relação com a necessária representação por advogados, privados, públicos, ou mesmo do Ministério Público, a depender da natureza da demanda.

Sendo o processo um meio de resolução de conflitos pelas partes, pelo qual devem participar ativa e racionalmente, juntamente com o órgão jurisdicional, deve aquele oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos, e ser, também, espaço de democracia e exercício entre tais direitos<sup>146</sup>.

A capacidade de interação que possui o processo leva alguns doutrinadores a classificá-lo como um 'sistema interacional'<sup>147</sup>, eis que se desenvolve através de uma influência entre as partes e o órgão jurisdicional. Por sua vez, outros doutrinadores classificam o processo, dada a obviedade desse intercâmbio mútuo, como uma 'estrutura dialética'<sup>148</sup>.

Na doutrina, José Miguel Garcia Medina assevera<sup>149</sup>:

O Direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional (direito de ação) corresponde ao denominado *status* positivo (ou *status civitatis*). No *status* passivo (ou *status subjectionis*) leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no negativo (*status libertatis*), a liberdade frente ao Estado. Assim, o *status libertatis* tem a ver com a faculdade de agir em juízo, que condiciona o início da atividade jurisdicional (art. 2º do CPC); sob outra face, ao exercer o direito de ação a parte reclama do órgão a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (*status positivo*); mas o pedido apresentado pelo autor pode ser ou não julgado procedente, e a este

<sup>146</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 36.

<sup>147</sup> Paul Watzlawick, Janet Helmick Beavin e Don D. Jackson. **Pragmática da comunicação humana**, p. 109 apud MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. v.1. p. 45.

<sup>148</sup> Elio Fazzalari. **Instituições de direito processual civil**, p. 119-120 apud MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 38.

<sup>149</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 38.

resultado se submeterão as partes, o que é manifestação do *status subiectionis*. Além destas formas de *status*, reconhece-se que as partes têm *status activus processualis*, isto é, o direito de participar “no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos”. Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo. [...] Devem, pois, todos os atos e fases do processo propiciar a participação procedimental destas, a fim de que estas tenham condições de, ao pleitearem a proteção jurídica adequada a um determinado direito material, poderem influir no processo de formação da solução jurídica apropriada ao caso.

Conclui-se, neste momento que, a legitimação pela participação decorrerá da efetiva participação das partes na formação da decisão. Tal legitimação encontra respaldo no fato de que no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição<sup>150</sup>.

Ademais, a presença de princípios fundamentais ligados a participação dos litigantes, tais como a ampla defesa e o contraditório, transforma a interação entre os mesmos num importante instrumento de consolidação do processo e motivação das decisões judiciais.

Desta forma, é possível exigir um poder de cooperação advindo pelos participantes, bem como de terceiros, no sentido de colaborarem entre si para que o processo atinja seus fins através de um modo e tempo razoável. Tal imposição não deve ser considerada mera faculdade ou ônus, mas sim como um dever de cooperação, com intuito de se chegar ao fim do processo do modo mais pertinente possível. Por óbvio, essa cooperação também pode ser exigida do órgão jurisdicional<sup>151</sup>. (artigo 14 do Código de Processo Civil).

Ademais, espera-se que as partes também contribuam para o acesso ao descobrimento da verdade no processo. É o que defende Carlos Augusto de Assis<sup>152</sup>, quando afirma que embora se espere que as partes procurem o seu próprio sucesso no processo, devem atuar colaborando na descoberta da verdade. Há uma

<sup>150</sup> HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

<sup>151</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 50.

<sup>152</sup> ASSIS, Carlos Augusto De. O dever de falar a verdade e o processo civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 11, n. 61, set.-out. 2009. p. 92.

esperança de que as partes ajam a fim de corroborar com a administração da Justiça, tendo em vista o próprio caráter dialético do processo, eis que se tornam colaboradores necessários e através de suas ações combinadas auxiliarão na eliminação do conflito ou na controvérsia que os envolvem.

Observa-se a importância, neste contexto, sobre normas gerais do Processo Civil Brasileiro, tais como acerca do artigo 339 que afirma: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

Nas lições de Moacyr Amaral Santos<sup>153</sup>, em comentário ao dever de verdade exigido pelas partes:

[...] exporem as partes os fatos em juízo conforme a verdade, isto é, “fazer as suas comunicações de fato com inteireza e veracidade”. De tal modo, a exposição dos fatos, na inicial ou na contestação, bem como no andamento do processo, terá que guiar-se segundo a verdade que deles tenham as partes. O interesse destas não pode sobrepor-se à verdade, que comunicam ao juiz e que querem ver reconhecida pela sentença. Tal a situação a que se sujeitam as partes como sujeitos da relação processual. [...] Se a parte tenta defender-se com a mentira, arrisca-se, em face da arma que tem o juiz de “desumir argumentos de prova” do seu comportamento, prejudicar-se mais do que se dissesse a verdade.

Importante lembrar, todavia, que não é exigível que as partes produzam espontaneamente provas contra si mesmas. Apenas é esperado que não apresentem provas intencionalmente falsas, mentirosas ou inidôneas.

Tendo em vista que todos os sujeitos que dependem ou vivem sob o contexto de uma norma, passam a ser, diretas ou indiretamente, intérpretes dela, então, os destinatários das normas são, também, seus participantes ativos.

Alexandre Freitas Câmara define<sup>154</sup>:

Assim como nas outras duas funções estatais, também no exercício da função jurisdicional deve ser assegurado aos interessados o direito de participar dos procedimentos que têm por fim a elaboração dos provimentos. Tal participação se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim, ser compreendido como o direito de participação no processo que tem por fim legitimar

---

<sup>153</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4. p. 60-61.

<sup>154</sup> Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 52-53.

o procedimento estatal que nele se forma. Em outras palavras, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

Neste caso, o processo necessitará de um legítimo exercício da jurisdição e de uma efetiva participação das partes, mas nem sempre tal participação será suficiente para garantir o efetivo exercício da jurisdição, pois de nada adiantará se a tutela de direito material não for alcançada<sup>155</sup>.

Diferentemente do que ocorre no processo legislativo, onde o ato de positivação de poder – a lei – é fruto da participação de membros eleitos, significando participação indireta, e do que ocorre através das formas de participação direta (tal como o referendo popular, plebiscito, iniciativa popular, ação popular, etc.), o exercício do poder no processo jurisdicional não depende da técnica representativa e não se assenta nos fundamentos da democracia participativa, ou melhor, nas idéias voltadas a permitir a participação direta do cidadão no poder<sup>156</sup>.

Ou seja, em muitos casos, quando há a referência aos princípios estruturais do Estado Democrático de Direito, percebe-se que o atendimento e uso excessivo a um dos Poderes como o do Legislativo não é suficiente para garantir a democracia na sociedade caso não haja um equilíbrio na interação e desenvolvimento de todos os demais Poderes existentes em nosso Ordenamento Jurídico, tal como o Judiciário e Executivo, eis que necessita-se de um equilíbrio nessa interação para que a participação popular esteja presente em todos os meios de concretização de força presentes.

No processo jurisdicional, por exemplo, o juiz profere atos de positivação de poder, no sentido de que suas decisões são impostas ao particular, dado a inevitabilidade da jurisdição, pouco importando a opinião deste. A participação dos litigantes nesta modalidade processual não deriva do fato de que eles estão aí preocupados em participarem diretamente do poder.

---

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 399.

<sup>156</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 407.

Tendo em vista que o magistrado é um constante intérprete, sabe-se que inobstante acerca de normas constitucionais ou infraconstitucionais, a concretização desta atividade apenas se realizará no caso trazido ao seu conhecimento, através de fatos específicos e na perspectiva dos direitos fundamentais. Isto é, em princípio, a interpretação pelo juiz deve pautar-se conforme à Constituição, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei. Paulo Bonavides explana: “o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional”<sup>157</sup>.

Além do mais, sabe-se que não só em nosso país, assim como em inúmeros outros, grande desafio é o de tornar efetivo o acesso à justiça, eis que aliado ao processo de globalização atual, não existe uma previsão de atuação de políticas públicas sustentáveis que sejam satisfatórias para um efetivo cumprimento das tutelas jurisdicionais, ou, mesmo que ocorra tal previsão, não são suficientes para estabelecer instrumentos com o objetivo de fazer com que este fenômeno atue ou alavanque e implemente alguns dos direitos humanos fundamentais enunciados pela Carta Magna de 1988.

Neste sentido, Robert Alexy<sup>158</sup>:

“[...] É inevitável colocar no centro da discussão a relação entre os direitos fundamentais e a democracia. Como a lei deve ser compreendida à luz dos direitos fundamentais, o que significa que o juiz também controla a constitucionalidade das leis a partir daí, é evidente que esses direitos podem se sobrepor à maioria parlamentar. Daí se falar em uma verdadeira luta pela interpretação dos direitos fundamentais e se advertir que o árbitro dessa luta não é o povo, de onde emana o poder, mas sim o juiz, perguntando-se se isso não colocaria em risco o princípio democrático. Alexy lembra que existem três formas de contemplar a relação entre direitos fundamentais e democracia: uma ingênua, outra idealista e uma última realista.”

Confrontando esta idéia, Peter Haberle faz referência ao fato de que o juiz, longe de um livre arbítrio, deve permanecer em constante comunicação com as partes, bem como com o mundo jurídico em si, senão vejamos<sup>159</sup>:

---

<sup>157</sup> Paulo Bonavides, **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 473-480.

<sup>158</sup> Robert Alexy, Los Derechos fundamentales apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 89.

A vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotar o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade [...] O juiz não se deve deixar influenciar em um caso concreto pela opinião pública. Ele está, porém, em permanente comunicação ou em um diálogo duradouro com as partes, com os colegas do próprio tribunal, com os tribunais do mesmo nível, com os tribunais superiores ou inferiores, bem como o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e a própria opinião pública.

É justamente neste sentido onde se torna o juiz partícipe também da relação jurídica processual, a medida que ocupa uma posição central de órgão público interessado a fornecer justiça de modo melhor e mais rápido. Esta idéia de dialeticidade no processo retira qualquer característica de inquisitividade para transformá-lo num processo dispositivo, onde as partes passam a ter oportunidade de participar de modo crítico e construtivo, interferindo diretamente no andamento do processo e participando na elaboração da decisão final. Ou seja, o método dialético amplia as possibilidades, apesar de obrigar ao confronto, mas atenua o perigo de opiniões preconceituosas, eis que favorece a formação de um julgamento mais aberto e ponderado<sup>160</sup>.

Ademais, segundo Enrique Dussel, tendo em vista ser o processo um mecanismo de comunicação entre as partes, é necessário que estes sujeitos estejam em condições de compreenderem e de serem compreendidos, no sentido de serem identificados pela relação jurídica processual como seres concretos e não abstratos. Neste sentido, o juiz, ao proferir a sentença, deve ter consciência da vida e do contexto sócio-econômico completo em que as partes estão inseridas.<sup>161</sup>

Neste contexto, a função que o magistrado exerce, como intérprete da lei, faz com que o mesmo viva a norma, eis que quem “vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”<sup>162</sup>.

Esta responsabilidade trazida à pessoa do magistrado vem conferir ao mesmo uma função de julgador diferente da função exercida pelo legislador, eis que

<sup>159</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 31.

<sup>160</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, jun. 2009. p. 39.

<sup>161</sup> Enrique Dussel. Ética da libertação, p. 437 e ss apud MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento.** São Paulo: RT, 2009. p. 46.

<sup>162</sup> HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

o juiz necessita preencher certas condições e critérios que o tornarão apto ao processo de decisão do Direito, tais como a submissão a certos princípios constitucionais/processuais, a análise de casos até então ainda não resolvidos e uma necessidade de olhar crítico sobre todos os tempos existentes no processo, quais sejam, o passado, o presente e o futuro. É neste momento em que se encontra uma ampla liberdade conferida à pessoa do magistrado, tendo em vista que, sem ela, o mesmo não pode atuar, eis que encontra-se ‘engessado’.

Não obstante o direito de participação<sup>163</sup> conferir às partes os efeitos das decisões proferidas no processo, sabe-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o do contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental, conforme já referido em capítulos anteriores (Art. 5º, LV, CF)<sup>164</sup>.

Porém, segundo Luiz Guilherme Marinoni, o princípio do contraditório não é suficiente para expressar este direito, senão vejamos<sup>165</sup>:

[...] o contraditório, como mecanismo que garante a possibilidade de participação das partes, ainda que mediante alegações, provas, etc., não é suficiente para garantir a legitimidade do processo jurisdicional. Para tanto, além da imprescindibilidade da publicidade dos atos do juiz, tem vital importância a fundamentação das suas decisões, particularmente em razão de uma circunstância ainda não considerada pela doutrina processual. [...] Como a interpretação dos direitos fundamentais não é do povo, de onde emana o poder, mas sim do juiz, pergunta-se se aí não estaria sendo colocado em risco o princípio democrático, já que o juiz, não legitimado pelas urnas, estaria se colocando acima do legislador, por elas legitimado. Diante disso, constata-se que a legitimação da jurisdição, no Estado constitucional, é mais complexa, exigindo bem mais do que a simples e tradicional participação em contraditório. A questão do contraste da lei com os direitos fundamentais, ao contrário de uma afirmação fática ou de uma prova – por exemplo –, requerer um contraditório diferenciado, diante da natureza especial da questão sobre a qual incide.

<sup>163</sup> Segundo Luhmann, “participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções...” apud HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 31.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 407

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 407–408.

Ademais, é imprescindível observar que o resultado de uma decisão legislativa difere da decisão jurisdicional pelo fato da segunda ser tomada pela exclusiva e sozinha pessoa do juiz, apesar de nada impedir que tal determinação seja reapreciada através de recurso e formação jurisprudencial. É por este motivo que o magistrado tem a função de motivar suas decisões<sup>166</sup>, demonstrando, de modo pertinente e racional, o caminho que alcançou para chegar a tal resolução.

É o que ensina o autor supra referido<sup>167</sup>:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificara racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.

Esta possibilidade que os litigantes detêm de “reagirem” em face da própria atividade jurisdicional traduz uma característica bem peculiar dos atos processuais, qual seja, a de que eles não são lineares, nem unidirecionais, ou seja, não se esgotam com a publicação da decisão judicial, mas são, sim, circulares e bidirecionais, eis que podem sofrer intervenções contrárias de ambas as partes, pela exigência de novos atos judiciais. Resta concluir, neste caso, que os pronunciamentos judiciais repercutirão positivamente ou negativamente na sociedade, dependendo da relação com o meio social e econômico onde estiverem preenchidos<sup>168</sup>.

Nesta conjuntura, percebe-se que a participação das partes no processo não pode deduzir-se apenas nas interferências diretas que os litigantes

---

<sup>166</sup> DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. MOTIVAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. FALTA DE REQUISITOS. 1. A decisão, para ser válida, não precisa ser prolixa, mas deve ser precisa, clara, apontando os motivos que formaram o convencimento do Magistrado. 2. Tutela antecipada poderá ser deferida desde que, existindo prova inequívoca, o juiz se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. ( TJPR., Agravo de Instrumento 294245-6, Décima Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Habith, data do julgamento 10 de agosto de 2005. ).

<sup>167</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 108.

<sup>168</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 43.

assim o fazem, como através das petições e produções probatórias, por exemplo, mas também na fiscalização e acompanhamento da própria atitude daquele de quem mais se espera a imparcialidade nesse mecanismo jurisdicional – *o juiz*<sup>169</sup>.

Daí surgem dois aspectos: o dever das partes em cooperar com o juízo ou tribunal e o dever do juízo ou tribunal cooperar com as partes. Conforme já referido, as partes têm o dever de agir através dos princípios da boa-fé, ou seja, em hipótese alguma devem se utilizar de artifícios tais como a litigância de má-fé ou o abuso de direito. Já na relação inversa, seriam quatro os aspectos que deveriam ser estabelecidos: o dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio<sup>170</sup>.

Todos estes deveres servirão de amparo as partes e porque não, para proporcionarem um melhor relacionamento entre elas e o magistrado. Por isso, todos os esclarecimentos necessários deverão ser carreados aos autos, bem como quaisquer deficiências de pedidos ou alegações, necessariamente, devem ser sanadas e supridas. Em muitos casos, as partes encontram-se com dificuldades de compreensão sobre determinado elemento e neste sentido deve o juiz satisfazer todos estes anseios e expectativas a fim de efetivar a tutela jurisdicional adequada.

Embora a ação seja um direito abstrato, entendimento este que ganhou respaldo com o tempo, sabe-se que os indivíduos em litígio são seres humanos em expectativas e embora exista uma busca incansável pela satisfação da tutela material de direito, não podemos esquecer que antes de serem litigantes, são pessoas comuns com limitações, anseios, inseguranças e dúvidas.

É justamente neste sentido que, “a decisão judicial legitima-se pela efetiva oportunidade dos agentes processuais participarem ativamente de sua construção. Agentes que interagem, dialogam, participam e cooperam”<sup>171</sup>.

Neste sentido, o magistrado, ao aplicar o instrumento para atuação do poder jurisdicional, deve ater-se a idéia de necessidade da tutela jurídica de direito

<sup>169</sup> Segundo Peter Haberle: “o juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente. HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor., 1997. p. 41.

<sup>170</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 33, jun. 2009.

<sup>171</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 35, jun. 2009.

material ser satisfeita<sup>172</sup>, e quem melhor poderia fiscalizar a satisfação destas necessidades, senão as próprias partes interessadas em questão.

Sobretudo, a fiscalização da tarefa de elaborar leis, bem como a de aplicá-las é tarefa que merece ser apreciada com cautela. À priori, conclui-se que exigir que o Poder Legislativo seja capaz de prever todos os acontecimentos e necessidades de uma sociedade, legitimando tais condutas num ordenamento jurídico, de modo taxativo ou em “*numerus clausus*”, é tarefa utópica demais para ser admitida, ainda mais quando nos referimos ao contexto sócio-cultural de hoje.

Com efeito, “para que a sociedade possa se conservar é mister delimitar a atividade das pessoas que a compõem mediante normas jurídicas.”<sup>173</sup> Os grupos sociais são fontes inexauríveis de normas, porém, é o Estado<sup>174</sup> que condiciona a criação dessas normas, dentro da sociedade política.

Neste caso e na sociedade pluralista atual, a existência de uma norma processual aberta outorga ao juiz o poder de identificar<sup>175</sup>, dentro desta moldura, quais os instrumentos necessários a serem utilizados, mas também aos próprios litigantes, no sentido de capacitá-los a usufruir de institutos até então preenchidos por conceitos indeterminados, como o caso da tutela antecipatória, fundada em “abuso de direito de defesa” (art. 273, II CPC)<sup>176</sup>.

Por conseguinte, Luiz Guilherme Marinoni argumenta<sup>177</sup>:

<sup>172</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 112.

<sup>173</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: teoria geral do direito civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 6.

<sup>174</sup> “Não é somente o Estado a fonte exclusiva de normas de direito, mas ele é uma organização territorial capaz de exercer o seu poder sobre as associações e pessoas, regulando-as, dando assim uma expressão integrada às atividades sociais. Donde se conclui que o Estado é uma instituição maior, que dispõe de amplos poderes e que dá efetividade à disciplina normativa das instituições menores. De modo que uma norma só será jurídica se estiver conforme a ordenação da sociedade política; logo, o Estado é o fator de unidade normativa da nação.” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: teoria geral do direito civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 7).

<sup>175</sup> Como podemos visualizar no seguinte exemplo: “EMENTA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ART. 527, INC. II, DO CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO INDEFERIDO. AUSÊNCIA DE VERSOSSIMI-LHANÇA. AGRAVO CONVERTIDO EM RETIDO. (Processo: 0596493-6, 09/07/2009, Relator: José Sebastião Fagundes Cunha, 8ª Câmara Cível, decisão monocrática, Foro Central da Comarca da Região de Curitiba).

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 121.

<sup>177</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 121-122.

[...] Essas regras decorrem da aceitação da idéia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional de direitos. Lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que essas não apenas se transforma diariamente, mas igualmente assumem contornos variados conforme os casos concretos. [...] Se antes o controle do poder jurisdicional era feito a partir do princípio da tipicidade, ou da definição dos instrumentos que podiam ser utilizados, hoje esse controle é mais complexo e sofisticado. A legitimidade do uso dos instrumentos processuais do art. 46, que abre aos cidadãos e ao juiz um leque de instrumentos processuais destinados a viabilizar a denominada “tutela específica”, depende da identificação da espécie de tutela específica (tutela inibitória, etc), objeto do caso concreto, da consideração do direito de defesa e, obviamente, da racionalidade da argumentação expressa na fundamentação da decisão ou sentença.

Infelizmente ou não, o Ordenamento jurídico não tem condições de prever todas as hipóteses de casos concretos que lhe são apresentados. O Legislador proporciona, neste caso, que o juiz atue conforme a necessidade de cada caso, propiciando ao magistrado mecanismos de atuação jurisdicional, mas dando liberdade àquele para trabalhar com tais mecanismos da forma que mais lhe parecer necessária, idônea e satisfatória.

É neste sentido que as transformações da evolução da sociedade têm interferido na atividade de atuação do magistrado. Com a evolução do tempo, tende o sistema jurídico a ser formado por normas que não mais se apresentam, explicitamente, em si mesmas, e nem conferem a solução aos problemas que ocorrem na sociedade. Diante dos problemas sociais que, por suas vezes, encontram-se cada vez mais sofisticados e variados, ao juiz impõem-se não apenas a compreensão dos novos métodos observados na elaboração das leis, sobretudo, também a inserção na realidade social em que presta o serviço jurisdicional<sup>178</sup>.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior<sup>179</sup>,

A legislação processual, é sem dúvida, um sistema de técnica de realizar a composição dos litígios, mas não é um sistema completo e exaustivo, pois pressupõe organismos oficiais por meio dos quais irá atuar. Os métodos e recursos de trabalho desses organismos são

<sup>178</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 36.

<sup>179</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de direito civil e processo civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 32, jul. 1999.

vitais para que o propósito sistemático da lei processual seja corretamente alcançado. Para manter uma sincronia entre a norma legal e sua operacionalidade administrativa, é preciso conhecer, cientificamente, as causas que, *in concreto*, frustram o desiderato normativo. E isto, obviamente, será intangível, pelo menos com seriedade e segurança, se a organização dos serviços judiciários não contar com órgãos especiais de estatística e planejamento.

Esta necessidade pela busca de medidas que proporcionem ao Poder Judiciário mais liberdade de atuação é visível nas jurisprudências atuais, sob os mais diversos temas, a começar, pela própria possibilidade de fungibilidade das tutelas, tudo com escopo de trazer maior efetividade ao processo<sup>180</sup>

Nesta esteira, Kazuo Watanabe pontifica<sup>181</sup>:

A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o direito à cognição adequada faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural. Quando no sistema anglo-saxão, nos primórdios do constitucionalismo, se insistiu no direito ao julgamento “pelos seus pares”, pelos “homens honestos da vizinhança”, já se intuía o direito à cognição e julgamento pelos juízes que, inseridos na mesma realidade social, tivessem a sensibilidade necessária para avaliar em toda a dimensão a conduta do acusado.

Não se pode olvidar, todavia, que toda esta liberdade conferida ao magistrado também sirva de preocupação ao demandado, tendo em vista que o uso de técnicas de satisfação da tutela material deverá seguir um rígido controle, bem

<sup>180</sup> PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TUTELAS DE URGÊNCIA - FUNGIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 7º, CPC - MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMO MEIO ADEQUADO - INTERESSE DE AGIR - RECONHECIMENTO. Acerca do tema, doutrina Eduardo de Avelar Lamy que *“tal fungibilidade constitui a possibilidade de concessão de uma técnica de urgência diversa daquela requerida, tanto no sentido da técnica antecipatória requerida como cautelar, como também no sentido da técnica assecuratória requerida como antecipatória, desde que estejam presentes os requisitos legais necessários ao provimento de urgência, seja para o mais antecipatório, seja para o menos cautelar”* (cf. “Flexibilização da Tutela de Urgência”, 1. ed., 2ª Tiragem, Curitiba: Juriá, 2005, p. 107). Em harmonia com a doutrina, a jurisprudência do STJ patenteou o entendimento segundo o qual o art. 273, § 7º, do CPC, abarca o princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias da tutela e reconhece o interesse processual para se postular providência de caráter cautelar, a título de antecipação de tutela. STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.011.061 - BA (2007/0255575-3)

<sup>181</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 74-75.

como o preenchimento de certas condições trazidas pela norma jurídica, sob pena de possuírem um efeito diverso do pretendido, qual seja, a falta de credibilidade pelo uso indevido ou excessivo de medidas até então urgentes. Assim, “a atividade jurisdicional deve orientar-se de acordo com o princípio da proteção da confiança do cidadão”<sup>182</sup>.

Sobretudo, não podemos esquecer que, apesar de o legislador, muitas vezes e propositalmente, deixar uma certa margem de livre apreciação para o aplicador do Direito, muitos casos que serão apresentados conterão semelhanças marcantes com outros casos no passado já resolvidos e embora exista uma pequena minoria de casos em que a decisão dependa única e exclusivamente da valoração do magistrado, nestes casos, deverá o mesmo tomá-la, mas motivá-la através de uma ponderação esperada. Neste último caso, o processo decisório dependerá de opções valorativas em que o aplicador deverá utilizar de sua carga de conhecimentos, ideologia, emoções, personalidade e formação<sup>183</sup>.

Segundo Lúcio Grassi de Gouveia<sup>184</sup>:

O julgador deve empregar sua inteligência para averiguar qual seja o âmbito material de validade, a extensão e alcance do comando normativo, observando as valorações em que a própria lei se inspirou, atualizando-se de acordo com o momento da aplicação e os valores sociais vigentes. Fala-se em equidade, mas esta não visaria apenas corrigir a lei, mas interpretá-la razoavelmente, de acordo com uma realidade social, versátil e mutante. O sentido da norma jurídica pode e deve variar conforme a evolução social e as novas normas inseridas pelo legislador atual na ordem jurídica, podem introduzir nesta um novo sentido capaz de influir no sentido das normas anteriores, visto que o ordenamento jurídico deve ser encarado como uma unidade sistêmica. Ao juiz cabe trabalhar com a estrutura aberta da linguagem natural utilizada pelo legislador para resolver, dentro do próprio ordenamento jurídico, o caso concreto de forma adequada e justa.

Em contrapartida, entende-se que nem sempre foi assim através dos tempos. Sabe-se que, há tempos atrás, “o juiz do direito liberal estava proibido de assumir uma postura ativa no processo. Em nome da liberdade do indivíduo,

<sup>182</sup> MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 48.

<sup>183</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 43-44, jun. 2009. p. 43-44.

<sup>184</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 44-45, jun. 2009.

chegou-se a proibi-lo de interpretar a lei.<sup>185</sup> Ou seja, cabia ao juiz apenas a figura da neutralidade, sem qualquer poder de criatividade ou de império, eis que era visto muitas vezes como um espelho da lei ou despido de vontades diante da preponderância de interesses particulares.

Com o passar dos tempos, sabe-se que a própria sociedade democrática em que vivemos criou condições de exigir um ativismo maior por parte do magistrado, tudo com o escopo de se atingir um melhor desenvolvimento do processo e obtenção da satisfação da tutela material de direito. É por esta razão que o juiz participa do processo a fim de garantir que a participação das partes seja a mais igualitária possível ou para que eventual falha seja suprida, isto é, a participação “do juiz se dá em nome da participação das partes e, por decorrência, para legitimar a sua própria atuação”<sup>186</sup>.

Neste sentido, Marinoni<sup>187</sup>:

Com a democracia social intensificou-se a participação do Estado na sociedade e, por conseqüência, a atuação do juiz no processo, que não deve mais estar apenas preocupado com o cumprimento das “regras do jogo”, cabendo-lhe agora zelar por um processo justo, capaz de permitir: i) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real, ii) a justa aplicação das normas de direito material, e iii) a efetividade da tutela dos direitos, já que a inércia do juiz, ou o abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, tornou-se incompatível com a evolução do Estado e do direito.

É totalmente pertinente, portanto, a liberdade que possui o magistrado na fase instrutória de qualquer processo, de requerer a produção de alguma prova que considere fundamental à solução do litígio, mesmo que as partes não a tenham pleiteado anteriormente, pois do contrário, o prejuízo caberia às próprias partes.

Por fim, cabe ressaltar que o processo de cooperação entre as partes, numa legitimação de participação diante do processo é escopo imprescindível ao exercício da Jurisdição, eis que envolvem interesses de várias pessoas a fim de se buscar a solução mais adequada. A investigação racional sobre as convicções normativas de cada participante, bem como as suas respectivas interpretações de

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 414.

<sup>186</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 415.

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 414.

interesses, desempenham um papel decisivo na concretização da tutela jurisdicional<sup>188</sup>.

A presença ativa e participante das partes serve também como instrumento ao magistrado na tradução do fato social, favorecendo o processo dialógico, a democracia de atuação no desenvolvimento dos atos processuais, bem como acerca do êxito da controvérsia, dando importância não apenas para o fato de qual o resultado que será obtido, mas também de como este fato será alcançado.

### 3.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PARTICIPAÇÃO DOS LITIGANTES NO PROCESSO E À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### 3.2.1 Importância dos Princípios no Ordenamento Jurídico

De início, é imprescindível ressaltar a importância que opera o princípio em nosso Ordenamento Jurídico, eis que se denota como a causa primária, cuja terminologia em latim se dá por *principium*, nada mais sendo do que o ponto de partida de alguma coisa, ou seja, sua origem, característica fundamental e determinante para a concepção de algo.

Os princípios são tão importantes em nosso ordenamento jurídico que não serão excluídos em decorrência dos direitos e garantias expressos na Constituição, graças ao artigo 5º, § 2º do texto constitucional.

Para Miguel Reale: “os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.”<sup>189</sup>

Neste caso, a função dos princípios não se restringe tão somente a função de suprir as lacunas da lei, possuindo, deste modo, um escopo muito mais

<sup>188</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 34, n. 172, p. 52, jun. 2009.

<sup>189</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303.

amplo, de modo que servem para a elucidação de elaboração de novas normas. Enfim, toda a seara jurídica necessita a presença de tais elementos, dada sua dinamicidade.

### 3.2.2 Princípios Jurídicos Informativos

Mesmo havendo princípios constitucionais e processuais civis relacionados à participação dos litigantes, sabe-se que nesta seara jurídica há alguns princípios jurídicos informativos indispensáveis para a compreensão de todo o trâmite processual.

Cintra, Grinover e Dinamarco explicam quais são<sup>190</sup>:

A doutrina distingue os princípios gerais do direito processual daquelas normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual; por esse ângulo, quatro regras foram apontadas, sob o nome de “princípios informativos” do processo: **a) o princípio lógico** (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); **b) o princípio jurídico** (igualdade no processo e justiça na decisão); **c) o princípio político** (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); **d) o princípio econômico** (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração). Apesar de distintas dos princípios gerais, contudo, tais normas ideais os influenciam, embora indiretamente – de modo que os princípios gerais, apesar do forte conteúdo ético de que dotados, não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo. (grifo nosso)

Neste sentido, os princípios constitutivos auxiliariam nas finalidades primordiais do ordenamento, relacionando-se a meios e aparatos que devem ser buscados para a efetivação do processo. Assim, são princípios informativos, ou formativos do processo, o lógico, o jurídico, o político e o econômico.

Segundo Arruda Alvim, dois princípios informativos do processo refletem-se profundamente no tempo e nos prazos, sendo os princípios da paridade de tratamento e da brevidade, que vão ao encontro do princípio da economia

<sup>190</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel et al. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1. p.51.

processual. Além deles, o autor afirma que os princípios da utilidade, continuidade, peremptoriedade e preclusão também são informativos do prazo processual<sup>191</sup>.

Complementa o doutrinador<sup>192</sup>:

O princípio da paridade de tratamento inspira-se em princípio político-jurídico fundamental do Direito moderno: o da igualdade de todos perante a lei. [...] O princípio da brevidade, porém, parte de perspectiva diversa. [...] O princípio da brevidade encontra sua inspiração política precisamente nessa observação da realidade.

### 3.2.3 Princípios Constitucionais do Processo

Além disso, é possível encontrar na Constituição um subsistema que guarda relação direta com a matéria processual, razão porque é denominado de subsistema das normas constitucionais de natureza processual. É neste âmbito que são encontrados os princípios constitucionais do processo.

Segundo Paulo Cesar Conrado, os princípios constitucionais do processo em espécie podem ser divididos em sentido estrito ou em sentido amplo. Em sentido genérico, são aqueles aplicáveis a todas as relações jurídicas, e não apenas às processuais. São eles: o princípio da eficiência, segurança jurídica, isonomia, legalidade, certeza do direito, irretroatividade e da razoabilidade<sup>193</sup>.

Dinamarco acrescenta:

A Constituição impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não). (...) A constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese e é o acesso à justiça. Com esse conjunto de disposições, ela quer afeiçoar o processo a si mesma, e modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado de Direito. Ela quer um processo pluralista,

<sup>191</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribnais, 2005. v.1. p. 411-412.

<sup>192</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribnais, 2005. v.1. p. 411.

<sup>193</sup> CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. p. 57-58.

universal, participativo... [...] e assim é o modelo político da democracia.<sup>194</sup>

Numa classificação proposta por Cássio Scarpinella Bueno<sup>195</sup>, tem-se:

**Princípio do acesso à justiça:** (Art. 5º, incs. XXXIV, a) e XXXV da CF/88); **Devido Processo Legal:** (Art. 5º, LIV, da CF/88); **Contraditório:** (Art. 5º, LV, primeira parte, da CF/88); **Ampla defesa:** (Art. 5º, LV, segunda parte, da CF/88); **Juiz Natural**, inserindo-se o princípio da **imparcialidade:** (Art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CF/88); **Adequada Cognição**, conforme lições de Kazuo Watanabe: (Art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CF/88); **Duplo Grau de Jurisdição**, inserindo-se a colegialidade nos Tribunais: (Art. 5º, LXXV, da CF/88); **Reserva de Plenário para declarar a inconstitucionalidade** de lei ou de ato normativo: (Art. 97, da CF/88); **Isonomia:** (Art. 5º, I, e 37, caput, da CF/88); **Publicidade:** (Art. 5º, LX, e 93, IX e X, da CF/88); **Motivação:** (Art. 93, incs. IX e X, da CF/88); **Vedação das Provas ilícitas ou obtidas por meios ilícitos:** (Art. 5º, LVI, da CF/88); **Assistência Jurídica** integral e gratuita: (Art. 5º, LXXIV, da CF/88); **Economia e Eficiência processuais: A duração Razoável do Processo:** (Art. 5º, LXXVIII; Art. 37, da CF/88); **Efetividade do Processo:** (Art. 5º, XXXV, da CF/88) e **Proporcionalidade.** (grifo nosso)

### 3.2.4 Princípio do Devido Processo Legal

O primeiro princípio a ser abordado é do Devido Processo Legal, decorrente da lição do *due process of law*, princípio do qual são extraídos todos os demais, garantindo processo e sentença regulares e justos. A Constituição Federal (artigo 5º, inciso LIV) garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A importância deste é tão imensa que passa a ser considerado o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo passam a ser a espécie, caracterizando-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade<sup>196</sup>.

Segundo a lição do desembargador Rui Portanova, o princípio supra citado “garante a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos

<sup>194</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1. p.197-198.

<sup>195</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 98-150.

<sup>196</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p. 32-35.

mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo conforme previamente estabelecido em leis<sup>197</sup>.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>198</sup>:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

Segundo Rotunda Nowak, no direito processual americano, a cláusula *procedural due process* significa o dever de propiciar ao litigante<sup>199</sup>:

a) Comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa ora perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigantes; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos. Além desses elementos essenciais, o princípio do devido processo legal no direito processual americano possui outras conseqüências adicionais, verbis: a) o direito a processo com a necessidade de haver provas; b) o direito de publicar-se e estabelecer-se conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; c) o direito a uma audiência pública; d) o direito à transcrição dos atos processuais; e) julgamento pelo tribunal do júri; f) o ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual.

Em relação ao processo civil brasileiro, o princípio do devido processo legal também é empregado com uma aliança a diversas outras garantias fundamentais, tais como “a) a igualdade das partes; b) garantia do jus actionis; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório”<sup>200</sup>. Apesar disso, sabe-se que tais garantias não são suficientes para enumerar as finalidades do devido processo legal em nosso ordenamento, de modo que seguem mais algumas a seguir<sup>201</sup>:

<sup>197</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 145.

<sup>198</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 83.

<sup>199</sup> Rotunda Nowak apud NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p. 40-41.

<sup>200</sup> José Celso de Mello Filho apud NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p. 42.

<sup>201</sup> José Celso de Mello Filho. NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002. p. 42.

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, inclusiva gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.

Neste sentido, o princípio do devido processo legal faz alusão ao direito que todo cidadão possui o direito de ter direitos, sem qualquer tipo de interferência ou empecilho para tanto. A real consecução do acesso à justiça e do direito ao processo exige o respeito às normas processuais portadoras de garantias de tratamento isonômico dos sujeitos parciais do processo. Ao estabelecer a ordem de atos a serem praticados lógica e cronologicamente, com a observância de todos os requisitos inerentes a cada um deles e a exigência da realização de todos, a lei pretende atingir um resultado de modo a tutelar quem tem razão. Isso significa atingir a ordem jurídica justa, que tem estreita relação com o devido processo legal, pois igualmente pode ser vista como meio e fim; se de um lado é a própria abertura de caminhos para a obtenção de uma solução justa, de outro constitui a própria solução justa que se espera – justa porque conforme com os padrões éticos e sociais eleitos pela nação<sup>202</sup>.

Daí porque o devido processo legal é uma cláusula de abertura do sistema na busca por resultados formal e substancialmente justos. Tal é a amplitude que se espera dessa garantia de meio e de resultado, que desenha o perfil democrático do processo brasileiro na obtenção da justiça substancial<sup>203</sup>.

Muitos outros princípios desdobram-se em torno deste princípio, tal como o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, caput e inciso I da Constituição Federal de 1988, ao revelar que “todos são iguais perante a lei”.

Ademais, sem dúvida alguma o acesso à justiça necessita ser lembrado eis que é instituto que garante o acesso ao Poder Judiciário, em um

<sup>202</sup> GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL – **Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 98.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 98.

primeiro momento e, preenchidas as condições da ação, garante-se o exame dos pedidos, do mérito da demanda. Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>204</sup>:

A constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a estendeu à assistência jurídica pré-processual. Ambas consideradas dever do Estado, este agora fica obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos, cercada de muitas das garantias reconhecidas ao Ministério Público (art. 5, inc. LXXIV, c/c art. 134).

Os princípios gerais do Direito Processual Civil descrevem o sistema processual e suas qualidades naquilo que ele tem de mais particular e de comum com os demais, sendo que alguns princípios são comuns a todos os sistemas e outros vigem somente em determinados ordenamentos. Alguns dos princípios gerais do direito processual colocam-se entre a epistemologia e a deontologia, entre a norma e o valor ético, no limiar de ambos<sup>205</sup>.

Os princípios gerais, apesar do forte conteúdo ético que são dotados, não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo<sup>206</sup>.

### 3.2.5 Princípio da Isonomia

Segundo o princípio da isonomia, “as partes têm os mesmos direitos processuais e as mesmas garantias, mas também os mesmos deveres”<sup>207</sup>. Ainda que a igualdade de tratamento deva ser oferecida e cobrada diante de cada litigante, de acordo com a peculiaridade de cada um, Moacyr Amaral Santos defende que é

<sup>204</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82.

<sup>205</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 50.

<sup>206</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 51.

<sup>207</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 358.

possível estabelecer algumas vantagens próprias e específicas a cada uma das partes, senão vejamos<sup>208</sup>:

São vantagens próprias do autor: a) escolher o momento de agir, salvo pouquíssimas exceções; b) escolher o foro nos casos dos arts. 94, § 1º, 95, segunda parte e 107, do CPC, c) mesmo rejeitada a ação, não pode ser condenado a qualquer prestação, salvo a das custas e honorários de advogado. São vantagens próprias do réu: a) ser demandado no foro do seu domicílio (art. 94), b) ter em seu favor a presunção de se achar no gozo do direito pleiteado pelo autor, donde a obrigação deste provar o alegado; c) falar em último lugar (art. 454 CPC); d) ao ataque deve assegurada a respectiva defesa. Ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Por isso mesmo ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se. Tal é o princípio do contraditório.

Alguns doutrinadores defendem a similaridade entre os princípios da isonomia e o do contraditório, assim como o faz Grinover<sup>209</sup> e Eduardo Arruda Alvim. Defendem esta íntima correlação entre ambos os princípios tendo em vista a necessidade de se dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, bem como, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Asseguram, ainda, a relação daqueles ao princípio do amplo e irrestrito acesso ao Judiciário<sup>210</sup>.

Embora a corrente acima supracitada pareça não ser decisão da mais correta, segundo o que prelecionam Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara, tendo em vista que num ordenamento jurídico é possível que ambas as partes tenham oportunidade de se manifestar no processo, mas tais oportunidades podem ser conferidas de maneira desequilibrada. Haveria, neste caso, contraditório sem isonomia. A recíproca, também, parece ser totalmente verdadeira<sup>211</sup>.

Finalizando a discussão, Alexandre Freitas Câmara complementa<sup>212</sup>:

<sup>208</sup> SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 358.

<sup>209</sup> Grinover. **Novas tendências do direito processual**, p. 7 apud Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 143.

<sup>210</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 123.

<sup>211</sup> Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 51-52.

<sup>212</sup> Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 52.

O processo justo (ou, em outras palavras, o devido processo legal) exige não apenas contraditório, mas também isonomia, o que nos leva a concluir que a garantia constitucional do *due process of Law* só estará verdadeiramente assegurada onde os dois conceitos – de contraditório e de isonomia – conviverem harmonicamente, tendo as partes do processo não só oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades. Em outras palavras, há que se assegurar o contraditório, mas um contraditório que, além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes.

### 3.2.6 Princípio da Ampla defesa e do Contraditório

Em relação aos ditames relacionadas diretamente à defesa, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, LIV, CF/88) garante o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial, podendo-se vislumbrar que, adotada a teoria de existência de tutela jurisdicional na jurisdição voluntária, há um direito de defesa constitucionalmente garantido.

É o contraditório uma garantia política conferida às partes do processo. É através deste princípio que se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue através da participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional. O mesmo decorre do estado de direito, como forma de indicar necessária, eficiente e anterior informação sobre a contenda em que envolvida a parte, possibilitando ulterior resposta, contestação e defesa, caso necessário.

Pois bem, significa este princípio que, a ciência bilateral de todos os atos e termos do processo, bem como a possibilidade de impugná-los com fatos e provas, é medida que se impõe em todo e qualquer processo judicial.

Desta forma, a oportunização do princípio do contraditório é exigível à validade do processo jurisdicional, sob pena de nulidade, pois isso decorre da garantia constitucional do direito público e subjetivo de defesa (Art. 5º, LIV, CF/88), assumido como ônus inclusive, pela lei processual (Art. 333 do CPC).

Todavia, em sede de processo jurisdicional e assumidos os postulados constitucionais e legais dos vários processos jurisdicionais, tem-se que nula é a

decisão em qualquer feito de natureza penal em que não exercida a defesa do réu, bem como nos processos civis em que houver necessidade de curador especial sem sua nomeação, ou se tratando de direito indisponível.

Segundo Carlos Augusto de Assis<sup>213</sup>:

A doutrina contemporânea tem enfatizado que o contraditório deve envolver verdadeiro diálogo entre as partes e o juiz. Significa que as partes devem ter efetiva possibilidade de participar da decisão da causa. Assim, as partes devem ter o direito de manifestar-se mesmo sobre aquelas matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado. [...] Imagine, por exemplo, que o magistrado pretenda indeferir a petição inicial por decadência. O recomendável, embora não conste do texto legal, é que o juiz, antes de indeferi-la, dê oportunidade para o autor manifestar-se sobre a possível ocorrência de caducidade. Isso é promover diálogo entre as partes e o magistrado. Essa é a verdadeira dimensão, inclusive política (participação no ato de poder que é a jurisdição), do contraditório.

Nos procedimentos em que ocorrida a citação real e disponíveis os direitos, entre particulares, o exercício do contraditório, afigura-se facultativo.

De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>214</sup>:

Assumida a bilateralidade do processo, os fundamentos constitucionais decorrem da dialeticidade própria ao instrumento, necessidade de colheita de teses e antíteses, após dever cumprido de informação. Assim, seu fundamento constitucional é a ampla garantia do direito ao processo e do acesso à justiça.

Na precisa expressão do processualista italiano Sergio La China, “o princípio do contraditório se materializa através do binômio informação/reação”<sup>215-216</sup>.

Na mesma linha de pensamento, é a lição de Nelson Nery Junior<sup>217</sup>:

<sup>213</sup> ASSIS, Carlos Augusto de. **Os Atalhos do Processo Civil e o Julgamento do Mérito**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. v.9, n.54, Porto Alegre: Síntese, julho-agosto, 2008, p. 86.

<sup>214</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al; **Teoria geral do processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 271.

<sup>215</sup> apud ASSIS, Arnaldo Camanho de. **A antecipação de tutela e citação do réu**. In: [www.escriptorioonline.adv.br/textos/antecipacao-de-tutela-e-citacao-do-reu.htm](http://www.escriptorioonline.adv.br/textos/antecipacao-de-tutela-e-citacao-do-reu.htm), capturado em data de 17/02/2010.

<sup>216</sup> Ademais, o Magistrado Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 11.ª Região, EDUARDO MELO DE MESQUITA, amparado em GIUSEPPE TARZIA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, fornece uma dimensão ainda maior, acerca do princípio do contraditório demonstrando, assim, o quão é importante o direito de defesa do demandado. Assim, vejam-se: “o princípio do contraditório envolve a tríplice garantia do *conhecimento, diálogo e prova*” (**As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 90).

<sup>217</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 123-4.

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

Isto posto, tem-se que, a informação, no processo civil, efetiva-se com a citação válida, quando se dá conhecimento ao demandado de que contra ele foi proposta uma ação. Por outro lado, para concretizar o contraditório deve-se conceder ao demandado a possibilidade da reação, que consiste na possibilidade do réu apresentar defesa, impugnando as alegações e provas do autor da ação<sup>218</sup>.

O direito de defesa foi encarado, de início, como o direito do particular impedir a ingerência do Poder Público em sua esfera jurídica. Sobretudo, mais tarde foi compreendido como o direito do particular (não mais dirigido apenas contra o Estado), mas também contra o particular, de modo a impedir qualquer limitação aos direitos fundamentais<sup>219</sup>.

Desta forma, optando-se pela apresentação de defesa, a parte demandada tem assegurado o direito de impugnar todos os atos processuais que lhe forem desfavoráveis. E assim, caso a parte autora requeira uma antecipação da tutela, por exemplo, a parte ré tem o direito e a oportunidade de providenciar a defesa, no sentido de demonstrar a não ocorrência dos requisitos ensejadores da antecipação da tutela influenciando, diretamente, o convencimento do juiz<sup>220</sup>.

Neste sentido, é sempre atual a lição do desembargador Rui Portanova<sup>221</sup>:

Não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isto, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o

<sup>218</sup> Não é supérfluo ressaltar que, a tão só possibilidade de reação do requerido já configura o princípio do contraditório, independentemente, da atuação do réu, seja apresentando contestação ou reconhecendo o pedido do autor da ação ou, ainda, mantendo-se inerte.

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 8, n. 29, p. 301, 1996.

<sup>220</sup> Ademais, o magistrado JOAQUIM MOLITOR já se pronunciou, no sentido de que, ao réu é assegurado “a oportunidade de redarguir à pretensão contra ele deduzida em juízo, de demonstrar a veracidade de suas razões e de ser ouvido antes de quaisquer pronunciamentos decisórios de órgão do Poder Judiciário, a que submetida a causa” (MOLITOR, Joaquim. Plenitude de Defesa. **Temas de processo civil**: estudos em homenagem ao professor Jorge Luiz de Almeida. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 155.

<sup>221</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.

fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento.

O direito de defesa, de acordo com as lições já pisadas e repisadas de Dinamarco<sup>222</sup>, é um dos institutos fundamentais da tutela jurisdicional ao lado da ação, jurisdição e processo, tendo conotação, do ponto de vista Constitucional, de relevante magnitude. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a utilização de todos os meios legais de defesa, do ponto de vista fático e jurídico, incluindo-se de acordo com a doutrina clássica os postulados da defesa técnica por meio de advogado, do direito de presença física da parte e do direito de audiência.

Segundo Vicente Greco Filho<sup>223</sup>:

O direito de defesa é, portanto, um aspecto do próprio direito de ação no que concerne ao réu, porque não há ação sem bilateralidade, sem duas partes em contraditório. À defesa, em sentido amplo, há quem chame de 'exceção', no sentido de 'poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. [...] Nos primeiros casos a defesa é processual, porque impugna o instrumento (ação ou processo) de que se pretende valer o autor para a firmação de seu direito; no último, a defesa é a de mérito, porque nega o próprio direito alegado pelo autor. A defesa processual é uma defesa indireta, porquanto o resultado pretendido (opor-se ao deferimento da pretensão inicial) se obtém mediante uma alegação que não discute o mérito. A defesa de mérito, substancial ou material, pode, também, ser indireta ou direta: é indireta quando consiste em opor fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor; é direta quando consiste em resistência que ataca a própria pretensão do autor, negando-a quanto aos fatos ou quanto ao direito material.

Desde a Constituição Federal de 1988, para garantir paridade de atuação entre autor e réu em quaisquer das esferas em que se realize o processo público, o direito de defesa, amplo, foi erigido à categoria de *direito individual*, cláusula pétrea do ordenamento, sendo, pois, público, porque dirigido ao Estado, e subjetivo (individual do cidadão), conforme se vê do Art. 5º, LIV, da CF/88.

Nessa esteira, leciona Cássio Scarpinella Bueno<sup>224</sup>:

<sup>222</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1.

<sup>223</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 115-116.

<sup>224</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.456.

A postura é digna de aplausos. Se o contraditório e, pelas razões expostas no n.6do capítulo 1 da parte II, mais propriamente, a (ampla) defesa do réu é contrapartida do direito de ação, a “defesa” só pode ser entendida como o direito subjetivo público de o réu pedir, ao Estado-juiz, “tutela jurisdicional”, entendia a expressão no mesmo sentido até aqui empregada...

Neste sentido, não se pode falar em direito de ação do réu, pois não há direito de ação sem interesse de agir, e a ação não foi, por ele, provocada, assumindo-se o postulado de mera defesa do réu no procedimento sem reconvenção. Pode-se afirmar, neste sentido, que o direito de defesa é um direito constitucionalmente garantido, com matéria de exceção, de defesa por excelência, sob a ótica da bilateralidade.

### 3.2.7 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade dos atos processuais é previsto na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX. Segundo a Lei, só é possível “restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. O artigo 155 do Código de Processo Civil exemplifica as exceções ao princípio quando digam respeito a casamento, alimentos, guarda de menores e nas demais causas onde existe o interesse público.

### 3.2.8 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

Pelo princípio da motivação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal), entende-se a necessidade de fundamentação das decisões judiciais com intuito de convencimento das próprias partes, contudo, também, a título de interesse público, sob pena de nulidade absoluta. Ademais, “a motivação das decisões judiciais é essencial para que se possa assegurar a

participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade”<sup>225</sup>.

### 3.2.9 Demais Princípios

Por fim, outros princípios que podem ser citados são: da ação ou da demanda (Art. 2º, 128 e 262 do CPC); Disponibilidade ou Indisponibilidade; Dispositivo (sobretudo no art. 333 do CPC); Oralidade; Impulso Oficial; Persuasão Racional do Juiz (Arts. 131, 165, 436, 458, II, do CPC) e Lealdade processual (art. 14 do CPC).

### 3.3A SEGURANÇA JURÍDICA COMO UM PRINCÍPIO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO E PARTICIPAÇÃO DAS PARTES

A segurança é um pressuposto que nos faz refletir acerca do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade e dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Ademais, o pressuposto é lembrado no preâmbulo e caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cuja inscrição se dá como um valor supremo e fundamental a todo cidadão brasileiro, presente numa República Federativa com valores fundamentais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O Brasil não é o único país que identifica a segurança como um preceito indispensável ao bem estar de todos os cidadãos, sobretudo, mesmo que implicitamente em seus textos legislativos, países como Portugal, Grécia, Estados Unidos, Itália, Alemanha e França identificam a segurança como um “componente essencial” do Estado de direito<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 55.

<sup>226</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v.31, n. 136, jun. 2006. p. 38.

Em doutrina, Canotilho registra<sup>227</sup>:

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

Neste sentido, a transparência e a confiabilidade são características imprescindíveis e próximas ao assunto tratado, tendo em vista que indivíduos que confiam nos poderes instituídos pelo seu Estado acabam por ser mais tranquilos e felizes. Além do mais, conforme lembram Humberto Theodoro e Alessandro Pizzorusso, respectivamente, “o primeiro cuidado a ser tomado pelo legislador, para garantir segurança jurídica, é o da publicidade adequada, em que se inclui o período de *vacatio legis* compatível com a necessidade de conhecer a lei nova a tempo de adaptar-se aos seus preceitos inovadores”<sup>228</sup>, porém, “acima da publicidade, há também, na consciência jurídica italiana, a convicção de que é fundamental o problema ligado à exigência de que os atos normativos sejam redigidos de modo a serem “compreensíveis pelos destinatários”<sup>229</sup>.

A insegurança jurídica é um tumor que assola a maior parte dos sistemas de direito do mundo e muitos são os motivos para que ela infiltre-se perante um ordenamento jurídico. Preocupação demasiada com a tecnicidade do texto legislativo, contradições entre leis novas e antigas, a falta de coordenação entre o direito material e processual, a ausência de harmonização no conjunto, a edição de normas imprecisas, vagas, ambíguas e a inversão dos poderes constitucionais como o legislativo e judiciário são alguns dos inúmeros fatores que guiam o Direito a este inevitável malefício.

<sup>227</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3. Ed. Coimbra:Almedina, 1999, p. 250. apud ALMEIDA, Luís Nunes de, Relatório na XV **Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-em-Provence**, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XV, 1999, Paris: Economica, 2000. p. 249-250.

<sup>228</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 42, jun. 2006, p. 42.

<sup>229</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. Certezza Del diritto. II) Profili applicativi. Enciclopedia Giuridica Treccani, v. VI, 1988, p. 4 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 43, jun. 2006.

Sobretudo, segundo Bertrand Mathieu, a segurança jurídica é desdobrada em diversos outros princípios constitucionais que procuram trazer efetividade ao sistema jurídico, tal como o “princípio da clareza, acessibilidade, eficácia e efetividade”<sup>230</sup>. Ademais, o ordenamento jurídico atual já busca, através de outros princípios conhecidos, porém, nem sempre constitucionais, a busca pela mesma, através de princípios tais como a não retroatividade, a proteção dos direitos adquiridos, a confiança legítima e a estabilidade das relações contratuais.

Outro princípio considerado como desdobramento da segurança jurídica é a proteção da legítima confiança, ou seja, “ausente a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito se constituiria, de certa forma mesmo, até em fato de insegurança”<sup>231</sup>.

A Lei Complementar nº 95 de 1998, com intuito de colaborar com o processo legislativo de nosso país, inspirada no disposto no artigo 59, parágrafo único da Constituição Federal, dispôs sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, justamente com o escopo de corroborar com o princípio em tela.

Diante das transformações existentes, tais como o pluralismo da sociedade, bem como a exaustão de fatores sociais presentes em nosso dia a dia, a aplicação e interpretação da lei ganha novos contornos na atualidade, eis que torna-se imprescindível compreender o caso concreto, ou seja, há uma inversão de atividades com o passado, onde agora busca-se atribuir, à priori, sentido ao caso concreto a fim de solucionar o litígio, deixando num segundo plano a aplicação e interpretação da lei<sup>232</sup>.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, essa necessidade de compreender antes o litígio, para somente após interpretar a lei e controlar a sua constitucionalidade a partir dos direitos fundamentais “não permite que se diga que a jurisdição continua a ter a função de atuar a vontade da lei”<sup>233</sup>. O que ocorre, em

<sup>230</sup> MATHIEU Bertrand. **Relatório na XV Mesa Redonda Internacional realizada em Aix-em-Provence**, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. *Annuaire*, p. 117 apud THEODORO JUNIOR, Humberto. *A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, jun. 2006. p. 45.

<sup>231</sup> Arruda Alvim. **Tratado de direito processual civil**. v.1. p. 19 apud MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte Geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009. p. 47.

<sup>232</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 403.

<sup>233</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 403.

questão, é uma preocupação com relação à concretização da tutela de direito material ao caso concreto. Neste sentido, o operador do Direito deve-se compreender o procedimento conforme as particularidades do caso concreto, e não o contrário, como assim parece<sup>234</sup>.

Se as leis forem formuladas excessivamente em cláusulas gerais e normas vagas, competirá ao Juiz definir o sentido e alcance da mesma, porém, o teor da norma legal só será firmado após o momento em que o julgador atribuir-lhe o resultado que entender de conferir-lhe. Isto ocorre porque a lei, na verdade, existe como preceito apenas depois que o juiz completa a normatização iniciada pelo legislador. O magistrado conhece, neste sentido, a regra cuja violação é acusada depois de julgada por sentença. Se a lei só se complementa e se faz inteligível após o julgamento do fato, a consequência é que a norma tal como foi aplicada não existia ao tempo da ocorrência do mesmo fato e o seu destinatário somente a conhecerá, em toda a sua extensão, depois da sentença. Pode-se chamar este fenômeno de eficácia retroativa da norma<sup>235</sup>.

Segundo Rafael Augusto Paes de Almeida<sup>236</sup>:

Finalmente, cabe lembrar, que o sustentáculo constitucional dessas tutelas encontra-se no artigo 5.º, XXXV da Constituição Federal: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Sabemos que existe implícito neste artigo o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, na medida em que o Estado é obrigado a garantir ao jurisdicionado a adequada tutela jurisdicional a cada caso concreto. É certo que a adequada prestação jurisdicional deve se somar a efetividade processual com o escopo de realizar a cognição da lide em um menor espaço de tempo possível, proporcionando desta forma, o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual. Essas regras são importantes balizas que o Estado Democrático de Direito deve garantir ao cidadão procurando assegurar o máximo de estabilidade social nas relações jurídicas.

A questão da segurança jurídica envolve também a preocupação dos estudiosos acerca da subsunção da lei ao caso concreto, tendo em vista a promiscuidade de criação de leis pelo poder legiferante, transformando o sistema jurídico num labirinto, mas que ao contrário do que parece, um labirinto que possua

<sup>234</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: RT, 2008. p. 401.

<sup>235</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 34.35, jun. 2006.

<sup>236</sup> AMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **A cognição nas tutelas de urgência do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=868>>. 5 jan. 2010.

várias 'saídas' razoáveis, possíveis e pertinentes. Nesta proliferação de contornos, o Direito perde a sua razão de ser, eis que prevalecerá o argumento mais astuto ou convincente, ou seja, sem razão de assim o ser.

É neste sentido que Humberto Theodoro Júnior explana<sup>237</sup>:

Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distinguem dos princípios. Assim em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do Direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo as quais, aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo.

Conforme já exposto, as transformações da evolução da sociedade têm interferido na atividade de atuação do magistrado, tendo em vista ao modo como as normas se apresentam no momento atual, ora com soluções jurídicas fundadas em fundamentos vagos ou sem conteúdo, impondo uma postura por parte do juiz de compreensão dos novos métodos observados na elaboração das leis, mas, também a inserção na realidade social em que este presta o serviço jurisdicional.

Neste contexto, José Miguel Garcia Medina<sup>238</sup>:

A criação judicial de soluções jurídica fundadas em normas com conteúdo vago, cláusulas gerais, princípios jurídicos etc. exige, do magistrado, um modo peculiar de pensar o Direito, vinculado não

<sup>237</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 34, jun. 2006.

<sup>238</sup> ...”O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Nestes casos, deve o juiz interpretar o sistema normativo e interpretar o fato, e oscilando entre uma e outra interpretação, em um movimento pendular, chegar à subsunção adequada ao caso. Nos casos em que a solução do problema passa pela incidência de um princípio jurídico, impõe-se ao juiz, além de justificar a existência do princípio e sua aplicação, em um caso concreto, também demonstrar os motivos que o levaram a mitigar a incidência de outro princípio oposto. Se princípios e regras escritas integram o sistema jurídico, é a relação existente entre princípios e regras que confere coesão ao sistema. É por isso que a modificação de qualquer parte do sistema interfere em seu todo, justamente porque o sistema jurídica não é fechado, mas aberto. Em outras hipóteses, pode ocorrer – e, de fato, frequentemente ocorre – que tenha o juiz que julgar um caso fácil ou rotineiro. Em casos assim, não está autorizado o juiz a, ‘afastando a incidência da norma ordinária, lançar mão de princípios constitucionais para chegar a solução diferente daquela a que remete a lei, por meio da aplicação, pura e simplesmente, do método subjuntivo clássico”. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Volume 01 São Paulo: RT, 2009, p. 41-42.

apenas à identificação da regra legal, em si mesma considerada, e à sua incidência, de modo praticamente automático, em uma dada situação. É o que ocorre quando o juiz depara com os chamados casos difíceis, que, 'via de regra', são regidos por normas jurídicas positivadas que contêm conceitos 'permeáveis' ou 'porosos' ou, em certa medida, quando se tratar da incidência de cláusulas gerais ou, ainda, em casos cuja solução se subordine a princípios. Estas observações não permitem deduzir que tem o juiz amplo espaço para exercer sua criatividade, formulando soluções jurídicas que não se encontram no sistema. Mesmo diante dos denominados 'casos difíceis', as soluções devem ser encontradas pelo juiz no sistema jurídico, não nos parecendo correto dizer que o juiz cria o direito 'a partir do nada'.

Sugere-se para o presente episódio que sejam evitados os excessos com a produção das normas em branco, e quem sabe um pouco mais de previsibilidade quanto ao modo e limites de preenchimento das leis às particularidades de cada caso concreto. Percebe-se que a sugestão compromete tanto o momento de criação como aplicação das normas jurídicas como um todo, permitindo que o destinatário conheça, ao menos, os limites impostos pela lei<sup>239</sup>.

Nesta linha de raciocínio, é imprescindível enxergar qual a função primordial que o processo civil possui e analisar como ele conseguirá atingir a sua finalidade com clareza e certeza. Neste sentido, alguns doutrinadores pregam a importância da efetividade e da segurança jurídica como corolários ao bom desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Hermes Zaneti Júnior contextualiza<sup>240</sup>:

A ideologia sempre esteve presente no processo. Processo é fenômeno cultural, sendo que a técnica empregada sempre representa um meio para atingir um objetivo ideológico. Os valores atuais que conformam o processo são a efetividade (principalmente entendida como o direito a um processo em tempo hábil, tutela de urgência; e como busca da perfeita congruência entre o que foi pedido, o direito afirmado de lesão ou ameaça, e o que é obtido do processo, tutela específica) e a segurança jurídica, aferível no caso concreto, que protege do arbítrio estatal, do abuso do processo, quer individual, quer coletivo. À efetividade e à segurança, como valores, aderiu-se à democracia como valor instrumental. A motivação das decisões, a informação sobre os direitos, a discussão de questões jurídicas e a congruências entre o Judiciário e a sociedade nos

<sup>239</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, p. 35, jun. 2006.

<sup>240</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1, p. 267, jan/abr. 1996.

objetivos perseguidos, garantem a legitimidade do mesmo como Poder e possibilitam o seu controle externo.

Neste sentido, sob a ótica processual, valores ideológicos subjacentes como a efetividade e a segurança jurídica são extremamente importantes, eis que não se anulam ou contradizem-se, pelo contrário, se completam e se aplicam por ponderação nos casos concretos. A efetividade possui uma aderência maior e nasce em uma matriz lógica de direito material, ao passo que a segurança jurídica nasce do paradigma racionalista da efetividade, tornando-se instrumento para cada solução que vier a ser dada<sup>241</sup>.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco<sup>242</sup>:

A generosa idéia do processo justo e équo, que vem sendo cultuada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for caracterizado sem o predomínio dos parâmetros políticos liberais emanados das garantias constitucionais do sistema.

É por este motivo que a segurança jurídica, ao lado da justiça, é considerada sustentáculo e fundamento para o Direito, tendo em vista que o Ordenamento Jurídico Brasileiro almeja, o tempo todo, compatibilizá-los, conciliando-os da forma mais harmônica possível. É preciso que o ordenamento jurídico esteja coerente e, de certa forma, viva uma situação de tranquilidade interna para conseguir lidar com os desarranjos que surgirão. O uso excessivo de meios ou técnicas para solucionar problemas não é indicado para o sistema jurídico, como ocorre, por exemplo, no uso ilimitado pela busca da igualdade formal de todos os cidadãos perante a lei, quando, na verdade, sabe-se que há uma desigualdade material estampada em nossa realidade social.

O fato de, atualmente, a globalização ser enfrentada como um processo de aceleração ou intensificação das desigualdades sociais não pode ser analisado sob a ótica mais radical que existe, eis que há posicionamentos de que a busca desenfreada por igualitarismo social pode desenfrear outros tipos de

<sup>241</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1, p. 261-262, jan/abr. 1996.

<sup>242</sup> DINAMARCO, **Cândido Rangel**: instituições de direito processual civil. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1. p. 200.

problemas, tais como a discriminação em decorrência de outras diferenças da vida social<sup>243</sup>.

É neste sentido, justamente, em que a justiça e a segurança jurídica devem servir de instrumentos para que todo o campo do Direito consiga atingir suas finalidades, conforme a meta a ser estabelecida, chegando-se, desta forma, a uma pacificação social. Frise-se que tais fundamentos jamais possam servir de negação para a concretização do acesso à justiça, tendo em vista seus escopos serem exatamente o contrário disso.

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da Administração e do Judiciário. Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.<sup>244</sup>

Há na deturpação dessa técnica uma tendência do parlamento de despojar-se, em boa parte, de sua competência legislativa, relegando ao Judiciário completar a tarefa normativa, sem que os indivíduos possam prever, com segurança jurídica, como o órgão aplicador da regra vaga irá colmatá-la. É necessário, logicamente, coibir esse tipo de abuso legislativo, para evitar que, de fato, o juiz se torne legislador, e o que é pior, *ex post facto*, pois a lei só será ditada em seu

---

<sup>243</sup> Para Adam Schaff: “O problema do nivelamento das diferenças sociais existentes, isto é, o problema de um igualitarismo social específico que deve ser obtido como consequência das mudanças tecnológicas e da base da sociedade, é todavia mais complexo. Existe uma escola de pensamento que afirma que os avanços no igualitarismo relativo da esfera econômica eliminarão automaticamente outras diferenças da vida social. Creio que esta opinião peca por excesso de otimismo. Tais mudanças podem conduzir a um incremento do igualitarismo social até a abolição das diferenças de classe, mas podem também – e este é um perigo real – produzir a aparição de outras diferenças, talvez ainda maiores que as anteriores, incluindo a formação de um novo tipo de sociedade totalitária[...] Pode-se produzir uma nova divisão entre as pessoas, a saber: uma divisão entre as que têm algo que é socialmente importante e as que não têm. Este ‘algo’, no caso, é a informação no sentido mais amplo do termo que, em certas condições, pode substituir a propriedade dos meios de produção como fator discriminante da nova divisão social, uma divisão semelhante, mas não idêntica, à atual subdivisão de classes”..SCHAFF, Adam. **A sociedade informática**: as consequências sociais da segunda revolução industrial. 4.ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1995. p. 48-49.

<sup>244</sup> Idem, p. 43.

conteúdo completo e definitivo depois de consumado o fato sobre que irá incidir. A segurança jurídica, por sua vez, não pode conviver com problemas desse porte.....<sup>245</sup>

Todavia, conclui-se que encarar a segurança jurídica como princípio absoluto é tarefa equivocada nos dias atuais, tendo em vista que a sistemática jurídica exige uma relatividade inerente aos seus valores e contornos, concedendo uma certa elasticidade (plasticidade), sem contornos precisos, à função hermenêutica no campo das normas. Uma sociedade dinâmica e inovadora urge por alterações normativas e não aceita o estático. É neste sentido que o princípio da segurança jurídica precisa conciliar-se com outros imperativos, principalmente no tocante as regras constitucionais, valores supremos de uma sociedade democrática.

#### 3.4 FORMAS DE PARTICIPAÇÃO LEGÍTIMA DO RÉU NO PROCESSO

O Direito de defesa é um direito público porque também exige por parte do Estado a prestação jurisdicional que leve à composição da lide, é autônomo porque o direito processual é independente do direito material e é abstrato porque desvinculado do resultado do processo<sup>246</sup>. É um direito garantido constitucionalmente a todos os cidadãos, sendo que, sem o devido processo legal, ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens (artigo 5º, inciso LIV, Constituição Federal/88).

Tendo-se em vista que a defesa pode dar-se de várias maneiras, pode-se dirigi-la, pois, contra o processo, contra admissibilidade da ação, ou contra o mérito. Neste sentido, regularmente citado o réu, deverá desincumbir-se do ônus de oferecer a sua resposta. Nessa fase, três são as atitudes possíveis e esperadas a serem tomadas por aquele litigante: manter-se inerte (artigo 319 do CPC); reconhecer juridicamente o pedido ou responder a demanda (artigo 300 do CPC).

Querendo responder a demanda, o artigo 297 do Código de Processo Civil oferece, no prazo de 15 dias, três alternativas ao réu, quais sejam, a contestação, exceção e a reconvenção, que poderão ser realizadas em petição escrita e dirigidas ao juiz da causa.

---

<sup>245</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>246</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 373.

Assim, a despeito das nomenclaturas e classificações de estilo utilizadas pela doutrina, vislumbra-se ao menos do ponto de vista legal, a defesa por meio das peças denominadas Contestação e Exceções Rituais, sendo a Reconvenção, não defesa, mas verdadeiro contra-ataque do requerido, impondo o exame de outra ação em um mesmo processo, e em seu bojo, agora de forma técnica, trazem as seguintes exceções ou defesas, de acordo com Cintra<sup>247</sup>:

a) Quanto aos *efeitos*, classificam-se em *dilatórias*, quando visam a estender o curso do processo, a exemplo das exceções rituais, e *peremptórias*, quando visam a extirpar o trâmite, o processo; b) Quanto à possibilidade de conhecimento *ex officio* pelo magistrado, dividem-se em *objeções*, de exame direto, sem necessidade de argüição, e *exceções em sentido estrito*, quando exigem oportuna e preclusiva alegação para exame; c) Quanto a que se dirige, a exceção pode ser dividida como *exceção processual* (ou defesa processual para alguns), quando se dirige contra o processo em si (pressupostos) ou à admissibilidade da ação, porque condicionada em nosso direito, ou ainda pode se tratar de *exceção substancial*, quando vise a atingir o mérito, direta ou indiretamente, sendo, pois, nomeada de *exceção substancial direta*, quando atacar o pedido do autor em específico, ou *exceção substancial indireta*, quando, reconhecendo o direito, *prima facie*, do autor, a ele se oponha por meio de argüição de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste.

Segundo Marinoni, as defesas dividem-se em defesa (exceções) processuais ou defesa (exceções materiais/substanciais). A primeira é aquela em que o réu argüi algum defeito processual da causa posta em seu desfavor, como, exemplo, a falta de alguma contradição da ação ou pressuposto processual. Neste caso, subdivide-se em *defesa processual peremptória* (aquela em que há condição de extinguir o feito, impedindo o exame do mérito, em função de algum defeito processual insanável verificado no caso concreto) e a defesa processual dilatória (não visa extinguir o processo, mas apenas visa a regularizar a demanda, para permitir julgamento mais correto e adequado do mérito da causa.

Em relação às exceções materiais ou substanciais, denotam-se por serem defesas por excelência do réu, em que procura ele impugnar diretamente as questões de fundo (do mérito) da causa. Neste caso, subdivide-se em defesa material direta (ocorre quando nega as ocorrências dos fatos constituídos trazidos

---

<sup>247</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, et al. **Teoria geral do processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 274.

pelo autor) ou defesa material indireta (o réu alega fato novo, ampliando o conteúdo fático da demanda, fato este capaz de impedir ou modificar a realização do direito afirmado pelo autor, ou ainda extingui-lo).

Por último, a contestação: campo mais amplo para a arguição de defesa do réu<sup>248</sup>.

Sobre esse, Vicente Greco Filho ensina<sup>249</sup>:

A contestação é a defesa geral, onde o réu deve concentrar todos os seus argumentos e alegações, ressalvados incidentes expressamente consignados e as próprias exceções. Nesse aspecto há correspondência entre o ônus de contestar e o ônus de demandar. Da mesma forma que a inicial deve conter toda a matéria relativa ao pedido, também, na contestação deve estar contida toda a matéria de defesa. Este ônus está submetido à preclusão; se o réu deixar de apresentar fundamentos de defesa na contestação, não mais poderá fazê-lo.

A Contestação pode abranger tanto a defesa processual quanto material, isto é, quando tratarem-se da invalidação do processo e aos seus requisitos formais, será tratada anteriormente a análise do próprio mérito (preliminarmente), conduzindo à extinção do processo sem resolução daquele (mérito - artigo 267 do CPC). Caso o réu sinta necessidade de impugnar de forma específica os fatos alegados pelo autor na inicial, o processo será conduzido à sua extinção com resolução do mérito (artigo 269 do CPC).

Em relação às exceções, o mesmo autor define<sup>250</sup>:

Em se tratando de incompetência, impedimento ou suspeição, deve o réu apresentar exceção ritual, além da contestação. Mas não apenas o réu pode apresentá-la, porque, no caso de impedimento ou suspeição, esses fatos que comprometem a imparcialidade do juiz são também prejudiciais ao autor, que tem todo o interesse em apresentá-los.

Tendo em vista que a própria Constituição (Art. 5º, LIV, CF/88) garante o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes em processo administrativo ou

---

<sup>248</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARTE; Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 152-156.

<sup>249</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 117.

<sup>250</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 121-122.

judicial, pode-se vislumbrar que, adotada a teoria de existência de tutela jurisdicional na jurisdição voluntária, há sim direito de defesa.

Isso porque, embora muitas vezes não haja uma lide direta (e sim reflexa), do ponto de vista do preenchimento de requisitos legais, há direitos por vezes constitucionais e indisponíveis a serem defendidos, a exemplo do patrimônio de incapazes (alvarás para alienação de bens), da própria capacidade (interdições) que exigem pronta atuação do órgão ministerial e permitem insurgência de partes inclusive. Isso ocorre, a título de exemplo, na defesa da interdição.

### 3.5A LEGITIMAÇÃO DO RÉU COMO PARTICIPANTE DO PROCESSO

À priori, antes de qualquer ênfase acerca dos direitos que o réu possui como legítimo participante do processo, é importante destacar que o requerido possui também deveres perante o processo, tal como aqueles descritos pelo artigo 14 do Código de Processo Civil. Neste sentido, o réu deve expor os fatos em juízo conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento; não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito; cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais.

O artigo 15 do Código de Processo Civil não deixa de ser uma complementação ao anterior quando realça a proibição ao emprego de expressões injuriosas, seja por escrito ou verbalmente, sob pena das devidas sanções previstas no parágrafo único do referido dispositivo legal.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, garante o direito ao contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes em processo administrativo ou judicial. Neste sentido, caso a parte seja privada de participar ou defender-se por qualquer razão de natureza econômica ou social, este impedimento será, indubitavelmente, ilegítimo e porque não, injusto.

Segundo Marinoni<sup>251</sup>:

---

<sup>251</sup> “Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas

Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. [...]

Sobretudo, imperioso ressaltar que a oportunidades oferecidas às partes na legitimação de suas participações, diante do processo, não necessitarão espelhar-se numa identidade simétrica de direitos e obrigações, mesmo porque isto seria impossível, mas sim oferecer instrumentos capazes que não desequilibrem as possibilidades entre cada uma das partes. Isto ocorre, muitas vezes, em decorrência do fato de que não são poderes similares que as partes almejam, mas o contrário, tendo em vista a diversidade de suas necessidades, elas necessitam de tratamento, por certas vezes, diferenciado.

Neste sentido, Nelson Nery Júnior<sup>252</sup>:

Como decorrência do princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais, etc. Essa igualdade de armas não significa, entretanto, paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) traz a tona essa questão quando possibilita ao consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, de acordo com as regras ordinárias de experiência. Porém, sabe-se que em diversas outras situações corriqueiras, sofre a parte ré empecilhos para aproveitar-se do direito como parte, como ocorre no caso dos prazos, principalmente quando o processo está localizado fora da comarca do advogado do requerido. Nesta situação, por óbvio, não pode o

---

processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas -, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial". MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 409.

<sup>252</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: RT, 2002. p. 152-153.

advogado gozar imediatamente do prazo. Ou seja, eis a necessidade do direito de “paridade de armas”<sup>253</sup>.

Neste sentido, uma das primeiras preocupações atinentes a participação legítima do réu no processo é o direito ao conhecimento da existência do processo, eis que diante da ciência da propositura da ação, poderá enfrentar as medidas cabíveis e necessárias ao seu favor, inclusive pela situação desagradável em que aquele se encontra. Alguns doutrinadores chamam a atenção, neste contexto, ao princípio da bilateralidade da audiência, uma vez que sempre há efetiva manifestação do réu, bastando que lhe seja ensejada essa manifestação para que seja respeitado o princípio do contraditório<sup>254</sup>.

Num segundo momento, independentemente da análise do juiz, por óbvio, é imprescindível que seja possibilitado ao réu a oportunidade de manifestação, defesa, impugnação, produção de provas e demais atitudes, inclusive, notadamente, o direito que possui em permanecer inerte, assim como a lei processual prescreve (Artigo 319 do Código de Processo Civil).

Todavia, há hipóteses em que o próprio Código de Processo Civil outorga a possibilidade do julgamento antecipado da lide, casos em que a dilação probatória será desnecessária, como são descritos nos casos do artigo 330, inciso I e II do referido diploma legal. Nestes casos, o juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença, quais sejam, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência ou quando ocorrer a revelia. Importante, sobretudo, ressaltar, que tais hipóteses não entrarão em choque com relação ao princípio do contraditório.

Marcos Vinícius Rios Gonçalves, seguindo uma doutrina mais recente<sup>255</sup>, defende que o princípio do contraditório passa a ser tão importante que deve ser respeitado inclusive nas execuções, a despeito de não ser encarado com a mesma amplitude do que num processo de conhecimento<sup>256</sup>. O que ocorre é que, mesmo no processo de execução, deve o réu ser citado e intimado de todos os atos

---

<sup>253</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 410-413.

<sup>254</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 124.

<sup>255</sup> Cândido Rangel Dinamarco, Plínio Gonçalves e o próprio Alexandre Freitas Câmara apud CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 143.

<sup>256</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 30.

processuais, comunicando ao mesmo todas as medidas relevantes do processo e oportunizando reclamações por eventuais irregularidades, como é possível através das exceções, objeções de pré-executividade, impugnações segundo as hipóteses do artigo 475 – L do Código Processual Civil, defesas antes da penhora, impugnações quanto a memória do cálculo apresentada e etc.

Apesar de na fase de cumprimento de sentença não poder-se falar propriamente de uma lide, como na fase de conhecimento, na fase de execução (cumprimento de sentença), buscando-se a realização material pelo que tiver sido decidido na fase anterior, haverá espaço para a aplicação do princípio do contraditório, ainda que com perfil diferente da fase cognitiva.

Nada obsta, sobretudo, que a doutrina clássica negue a existência do contraditório na execução<sup>257</sup>.

No caso de liminares que sejam concedidas *inaudita altera parte*, é preciso frisar que o princípio do contraditório, neste caso, apenas passa a ser postergado, mas nunca suprimido, diante da urgência do caso em tela. Isto porque, mais uma vez, o contraditório pode ser entendido pelo binômio: “informação + possibilidade de manifestação”<sup>258</sup>.

Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves<sup>259</sup>:

A necessidade de tornar efetivo o processo e a garantia constitucional do acesso à justiça justificam que nessas hipóteses o contraditório seja postergado (e não suprimido). Com isso, a parte contrária tem a possibilidade de manifestar-se e apresentar os seus argumentos, depois que a medida for deferida e cumprida, ocasião em que poderá tentar modificá-la, o que vale tanto para as liminares de cunho cautelar quanto para as satisfativas.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco<sup>260</sup>:

O princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça; absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada. [...] Tratando-se de direitos

<sup>257</sup> Liebman *Apud* Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 143.

<sup>258</sup> Aroldo Plínio Gonçalves *apud* Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 50.

<sup>259</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 31.

<sup>260</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.56-57.

indisponíveis (demanda entre maiores, capazes, sem relevância para a ordem pública), não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório ainda que a contrariedade não se efetive. É o caso do réu em processo civil que, citado em pessoa, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado: mesmo revel o réu em processo crime, o juiz dar-lhe-á defensor (art. 261 e 263, CPP) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado. [...] Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos indisponíveis). O contraditório não admite exceções: mesmo nos casos de urgência, em que o juiz, para evitar o *periculum in mora*, provê *inaudita altera parte*, o demandado poderá desenvolver sucessivamente a atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo.

A Lei nº 11.277 de 2006 introduziu um dispositivo no Código de Processo Civil, que, numa visão superficial, parece também trazer discussões acerca do enfrentamento do contraditório, mas que num segundo plano perde sua cogitação. Neste sentido, quando tratar-se de matéria controvertida unicamente de direito e onde o juízo já tenha proferido sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação do réu e proferida *ab initio* a sentença, o que não parece de modo algum ferir o princípio anteriormente referido, tendo em vista que o caso diz respeito a matéria exclusivamente de direito, bem como pela previsibilidade de improcedência em diversos outros casos idênticos.

Isto ocorre porque não se justifica que o processo tenha prosseguimento, caso o seu resultado já seja esperado e neste caso, favorável ao autor, eis que, caso seja desfavorável ao requerente, aí sim haveria ofensa ao contraditório uma sentença julgada em tal compasso<sup>261</sup>.

A questão do contraditório também envolve a produção de provas, tendo em vista que diante de qualquer indicação, produção ou desenvolvimento das mesmas, podem as partes manifestarem-se e acompanharem pessoalmente o desenrolar argüido. Todavia, diante da prova emprestada, ou seja, prova que já foi produzida oportunamente num outro processo, a impressão que se tem é que fere diretamente o princípio do contraditório. É por este motivo que se as partes nos mesmos processos forem as mesmas, ou se aquele que não participou da produção

---

<sup>261</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009 v.1. p. 31-32.

da prova no processo anterior concordar com este empréstimo, não haveria acometimento algum<sup>262</sup>.

Finalmente, um tema que pode vir a inibir o direito de manifestação do réu e inclusive do autor é a invalidade das chamadas “decisões de terceira via” que são decisões baseadas em teses de direito que não tenham sido discutidas anteriormente pelas partes. É o que ocorre no caso de um demandante sustentar a tese de direito A e o demandado, a tese B. Será inválida a decisão baseada na tese de direito C, a não ser que o magistrado, antes de a proferir, abra oportunidade às partes para que se manifestem<sup>263</sup>.

Isso ocorre porque o juiz não pode formar sua fundamentação num pronunciamento que não tenha sido alegado por uma das partes anteriormente, ou seja, apenas é válida a fundamentação que tenha sido objeto do contraditório, sob pena de a decisão final do magistrado tornar-se *extra, citra* ou *infra petita*.

### 3.6 Os AVANÇOS TECNOLÓGICOS E A BUSCA PELO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL PARA AS PARTES

Conseqüências advindas das guerras mundiais, a luta pela concorrência econômica internacional, a constante disputa pelo mercado, a globalização, o pluralismo da sociedade, os avanços da tecnologia, a morosidade das autoridades públicas responsáveis, a ausência de seriedade com o ser humano, a quantidade descabida de textos legislativos, bem como a explosão demográfica

---

<sup>262</sup> “ Um exemplo pode ajudar a resolver o problema. Quando alguém sofre um acidente de trabalho pode ajuizar dois tipos de ação: aquela em que se postula um benefício acidentário, previsto na lei própria, em face do INSS, e a que busca indenização do patrão que tenha agido com culpa, fundada no direito comum. Em ambas há necessidade de produção de prova pericial médica para apurar a incapacidade da vítima e a sua extensão. É muito comum que se queira utilizar em um dos processos a perícia produzida no outro. No entanto, as partes não são as mesmas, já que em um o réu é o INSS e em outro, o empregador. Para que se possa usar como prova emprestada a perícia produzida em outro processo, é preciso que a parte que dele não participou concorde, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório. Assim, se a perícia na ação com pedido acidentário (em face do INSS) for favorável à vítima, e ela pretender usá-la como prova emprestada em outra ação, fundada em direito comum, é preciso que haja o consentimento do réu (pois o empregador não participou da produção dessa prova). Já, se a perícia for desfavorável à vítima, nada impede que o empregador a usa como prova emprestada, porquanto a vítima participou de sua produção no processo anterior.” GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 32-33.

<sup>263</sup> Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1. p. 54.

são fatores que contribuíram e contribuem para o não cumprimento dos direitos das partes em questão.

Segundo Arruda Alvim<sup>264</sup>, depois da Segunda Guerra Mundial se vieram a perceber, com maior nitidez, pela sua gravidade e dramaticidade, os problemas que passam a afligir as sociedades existentes e os respectivos governos atuais, tais como:

1º) Desequilíbrio entre os litigantes, constantemente defrontando-se um forte com um fraco [...]; 2º) convivendo com esse desequilíbrio, que vem subsistindo, passou-se a verificar a precariedade, ou ausência mesmo, da possibilidade de acesso à justiça para um grande número de pessoas, porque: a) não sabem que tem direitos; b) se, eventualmente tem consciência de que os têm, todavia, não tem condições de arcar com os custos de um litígio; c) e, em função de características, cada vez mais acentuadas, das sociedades moldadas pelo sistema capitalistas, em grande número de hipóteses, muitos litígios acabam não sendo individualmente compensatório, mesmo que o lesado tenha consciência dos seus direitos, e, “teoricamente” pudesse cogitar de arcar com os ônus de um litígio, como, exemplificativamente, nos casos de relações de consumo, que, frequentemente se caracterizam, da perspectiva do impacto individual, como minileções, ainda que, no conjunto destas, somadas ou aglutinadas (o que é comum), o impacto social seja grande ou imenso.

Neste sentido, verificando os progressos sociais advindos com a industrialização, percebe-se a possibilidade de melhores condições materiais às diversas pessoas e as alterações profundas nos segmentos sociais. Tal como percebe-se, o perfil do processo civil, emergido no individualismo, tendo em vista que era o indivíduo aquele que deveria se defrontar com outro indivíduo, ainda que um deles pudesse ser forte e outro fraco, desconhecia outra realidade que não fosse do próprio indivíduo, mesmo que diante desta proposição, gerasse um desequilíbrio e crescente predomínio dos fortes sobre os fracos, fato este que levou a necessidade maior de intervenção do Estado nas relações entre os litigantes<sup>265</sup>.

A expansão e disseminação dos processos de revolução tecnológica e científica, intensificada no cenário da Guerra Fria, abriram novas perspectivas para o

---

<sup>264</sup> ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 56, p. 42, nov.-dez., 2008.

<sup>265</sup> ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil Contemporâneo – Sua evolução ao Lado do Direito Material. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 56, p. 44-45, nov.-dez. 2008.

desenvolvimento da economia, política e relações internacionais, sendo que a globalização, por sua vez, demonstrou ser instrumento imprescindível às novas transformações mundiais. A chamada evolução tecnológica proporcionou uma reestruturação no contexto social do planeta, transformando as relações muito mais diversas, dinâmicas, todavia, complexas.

Através do aperfeiçoamento e do progresso tecnológico, a distância entre os países tornou-se cada vez menor, fenômeno este que transformou as fronteiras e barreiras geográficas em meros sinalizadores, mas incapazes por si só, neste momento, de limitar os limites culturais, econômicos e sociais das nações existentes.

As características deste processo podem ser conhecidas, dentre outras, tais como a 'abstratividade' entre as fronteiras nacionais e continentais, a facilidade na comunicação e negociação, o excesso de produção, a criação de uma sociedade global, a limitação da soberania dos Estados em geral, a absorção de novos conceitos, tais como, um novo entendimento acerca da concepção de cidadão e Estado, bem como a infinidade de relações existentes no globo.

Segundo Luiz Souto Maior<sup>266</sup>,

A globalização se apresenta como uma realidade que ainda não se completou, mas que se concretizará, inevitavelmente. Trata-se de um fenômeno econômico, resultante do reconhecimento das diversas partes do mundo, devido a uma crise generalizada, de que seria preciso unir esforços para supressão de deficiências locais. Com as facilidades proporcionadas pela agilização da comunicação, especialmente no que se refere à informática, o fenômeno adquire uma feição também cultural, a ponto de OCTAVIO IANNI referir-se a ele como "novo surto de universalização do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório".

Nesse novo contexto de mudanças sociais e inseguranças, tais como pela afetação da economia mundial, o aumento da vulnerabilidade dos países, a ampliação de impostos indiretos aos cidadãos, a precariedade de algumas forças de trabalho, bem como diversas outras mudanças econômicas e políticas, e ainda aliado ao contexto pós-ditadura militar vivido em nosso país, sentiu-se o legislador constitucional especialmente atento em proteger as liberdades públicas, sentindo-se

---

<sup>266</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. Globalização. **Síntese Trabalhista**, n. 99, p. 139, set. 1997 Revista Eletrônica JURIS SÍNTESE IOB, mar/abr,2008.

na obrigação de explicitar, diversas vezes, a existência desses direitos a fim de evitar interpretações restritivas e injustas.

Tais conseqüências não fogem também às relações de trabalho, conforme demonstra Birgit Mahnkopf<sup>267</sup>,

“Como nas fases iniciais do capitalismo, o poder econômico é usado também hoje para ferir outras pessoas, impedi-las de exercerem direitos de cidadania e os direitos sociais, manipulá-las, iludi-las, chantageá-las e motivá-las mediante coação a ações que elas não realizariam de livre e espontânea vontade. Relações de trabalho que violam a dignidade da pessoa humana na pertencem a uma fase historicamente superada do capitalismo nem constituem um fenômeno paralelo casual dessa formação social. Podem difundir-se na medida em que instituições estabelecidas que protegem os direitos humanos sociais no trabalho sofrem uma erosão sob a pressão dos processos de transformação global – e exatamente isso ocorre atualmente em todas as regiões do mundo.”

Sendo assim, infelizmente, nos dias atuais, até as nações mais ricas começam a depender de solidariedades clássicas<sup>268</sup>, quais sejam, mecanismos de proteção e ações por parte do Estado. É por este motivo que hoje urge uma necessidade das pessoas em possuírem uma segurança, ou melhor, uma estabilidade em se viver, eis que muitas vezes este bem fundamental esgota-se pela incapacidade de realização da justiça.

Observa-se uma busca incessante do ser humano em desenvolver-se como um ser político e social pleno, regozijando-se por excelência e gozando de segurança e estabilidade suficiente para relacionar-se e interagir em seu meio. Este pensamento nada mais é do que o emblema do “Estado de Bem-Estar Social” ou “Estado de Bem-Estar”.

A idéia esculpida no “Estado de Bem-Estar Social” decorre da relação de diversos princípios atinentes à justiça social, tais como o princípio da moral, do salário justo, bem como o da igualdade dos cidadãos perante a Lei.

Tais princípios demonstram-se ainda timidamente em países emergentes, enquanto que em países desenvolvidos denunciam necessitar de uma

<sup>267</sup> MAHNKOPF, Birgit. **O futuro do trabalho: globalização da insegurança:** globalização e justiça II). SOUZA, Araiton G.; Peterson, Nikolai (org). Coleção Filosofia, n° 186. Porto Alegre: Edipucrs, 2005,p. 61.

<sup>268</sup> MAHNKOPF, Birgit. **O futuro do trabalho: globalização da insegurança.** (Globalização e Justiça II). SOUZA, Araiton G.; Peterson, Nikolai (org). Porto Alegre: Edipucrs, 2005,p. 63. Coleção Filosofia, n° 186.

urgente reestruturação, tendo em vista a crise que torneia o planeta de modo geral nos dias de hoje. Quem explica melhor sobre o assunto é Claus Offe<sup>269</sup>,

“Penso que o princípio dos direitos econômicos e da renda básica, que de resto já desempenha um certo papel na discussão política de alguns países latino-americanos como o Brasil e a Argentina, terá um significado crescente nos países emergentes que nunca conheceram um Estado de Bem-Estar Social em boas condições de funcionamento, mas também nos países desenvolvidos nos quais o Estado de Bem-Estar Social entrou em crise profunda [...]”

Por oportuno, sabe-se que foi a partir da Revolução Francesa onde seriam pontificados, a partir de então, a consumação de toda uma ordem social, onde o homem pisaria firme na estrada da democracia e seus combates haveriam de prosseguir até culminar nas mudanças referidas atuais, no sentido de transformarem as cartas constitucionais cada vez mais exigentes de conteúdo destinado a fazer valer objetivamente as liberdades concretas e dignificadoras da personalidade humana<sup>270</sup>.

Tendo em vista que os avanços tecnológicos são processo inevitável perante a sociedade, não restou outra alternativa ao legislador constituinte brasileiro do que oferecer condições e garantias razoáveis de dignidade e respeito à pessoa humana, estampadas ao longo de toda a Constituição Federal de 1988.

Ainda sobre a natureza oferecida aos direitos e garantias fundamentais, pode-se concluir que os avanços surgidos no cenário mundial atual foram extremamente importantes para que a Constituição Federal de 1988 torna-se um diploma emblemático e exemplificativo de direitos de cidadania a todos os povos do mundo.

Nestes termos, segundo Adam Schaff<sup>271</sup>,

“Nenhum avanço do conhecimento humano é em si reacionário ou negativo, já que tudo depende de como o homem o utiliza como ser social: uma mesma descoberta pode ser utilizada pelo homem para

<sup>269</sup> OFFE, Claus. **Princípios de justiça social e o futuro do estado de bem-estar social**. (Globalização e Justiça II). SOUZA, Araiton G.; Peterson, Nikolai (org). Porto Alegre: Edipucrs, 2005, p. 85. Coleção Filosofia, n° 186.

<sup>270</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 31.

<sup>271</sup> SCHAFF, Adam. **A Sociedade Informática: as conseqüências sociais da segunda revolução industrial**. 4ª Ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1995, p. 24.

abrir caminho a um novo paraíso ou a um novo inferno muito pior do que aquele que conhecemos até agora.”

Ou seja, não há dúvidas de que o progresso social é decorrente de uma revolução que tem como intuito assegurar a manutenção de melhores condições de ao ser humano, mas poucos sabem que a satisfação das necessidades da população, num nível global, infelizmente, é quase utópica.

Indubitável afirmar, por oportuno, que o grande desafio dos dias atuais é fazer com que o progresso social venha embutido com a concretização da satisfação da população em geral, ou seja, fazer com que as manifestações do poder consentido ao Estado representem, em sua integridade, a satisfação de interesses gerais. Eis um grande desafio às Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

## 4 ESTUDO DE TÓPICOS

A análise dos casos que serão abordados a seguir têm o escopo de corroborar com o que foi discutido até o presente momento. É importante ressaltar, sobretudo, que a escolha dos conteúdos em discussão foi realizada a partir da relação que possuem com o direito legítimo de participação das partes no processo.

### 4.1 A CONCESSÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO DE TUTELA *INAUDITA ALTERA PARTE* E A OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

À priori, o princípio do devido processo legal (CF/88, art. 5.º, LIV), conforme já tratado anteriormente, “garante a todos os cidadãos que a solução de seus conflitos obedecerá aos mecanismos jurídicos de acesso e desenvolvimento do processo conforme previamente estabelecido em lei”<sup>272</sup>.

Neste sentido, em obediência ao devido processo legal e segundo a legislação processual civil, ajuizada a demanda (pelo procedimento comum ordinário), o juiz receberá a petição inicial e, estando preenchidos os requisitos legais a despachará, determinando a citação do réu para querendo, contestar a ação, no prazo legal, sob pena de revelia.

E por conseguinte, citado o réu, este promoverá sua contestação, consistindo esta, tanto a defesa processual, como a defesa de mérito.

Se, no entanto, já com a petição inicial o autor da ação postula a concessão de provimento antecipatório *in limine litis* e *inaudita altera parte*, o deferimento desta medida, pelo juiz, infringiria os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório?

O assunto é, extremamente, controvertido e para responder a questão à luz do devido processo legal faz-se mister abordar os seguintes aspectos, como forma de obediência a tal princípio: a.) se a previsão da antecipação da tutela

---

<sup>272</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 145.

*inaudita altera parte* consta, expressamente, de texto de lei processual; e, b.) se o juiz observou a lei, para atingir os objetivos do processo.

Notadamente, o art. 273, do CPC, não consigna, expressamente, nenhuma hipótese de antecipação da tutela liminar e sem a citação do réu.

Em verdade, e é importante ressaltar, o legislador processual civil, sempre que admitiu a concessão de tutelas liminares e *inaudita altera parte* assim o fez consignando, expressamente, no texto legal, tal possibilidade, como ocorreu com o provimento cautelar<sup>273-274</sup>, a ação possessória (manutenção ou restituição de posse)<sup>275</sup>, a antecipação da tutela das obrigações de fazer e não fazer<sup>276</sup> e em embargos de terceiro<sup>277</sup>.

Pois bem, conforme já mencionado, a exigência de previsão legal é um requisito do devido processo legal e neste caso, a omissão legal do art. 273, do CPC, implica a impossibilidade da concessão da medida satisfativa, consoante ensina o mestre baiano José Joaquim Calmon de Passos<sup>278</sup>:

Essa dispensa de citação, como explicitado na lei e, mesmo no silêncio desta, seria impostergável, só é admissível quando a ciência do interessado frustrar decisivamente a tutela pretendida liminarmente ou a eficácia da medida a ser liminarmente deferida. Porque se cuida de algo excepcional, violador das garantias amplas do devido processo legal, só regra expressa de lei autoriza postular e deferir algo, liminarmente, num processo.

<sup>273</sup> CPC, art. 797. “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

<sup>274</sup> CPC, art. 804. “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

<sup>275</sup> CPC, art. 928. “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”.

<sup>276</sup> CPC, art. 461, § 3.º. “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificção prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo em decisão fundamentada”.

<sup>277</sup> CPC, art. 1.051. Julgando suficientemente provada a posse, o juiz deferirá liminarmente os embargos e ordenará a expedição de mandado de manutenção ou de restituição em favor do embargante, que só receberá os bens depois de prestar caução de os devolver com seus rendimentos, caso sejam afinal declarados improcedentes.

<sup>278</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil** (arts. 270 a 331). 8. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 18.

Aliás, neste sentido, também já decidiu a jurisprudência pátria, como se extrai de interessante acórdão da decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>279</sup>:

O contraditório é a regra, somente afastável diante de disposição expressa em sentido contrário, encontrável, v.g., nas ações cautelares (art. 804), nas ações de manutenção e de reintegração de posse (art. 928), no mandado de segurança (art. 7.º, II, da Lei 1.533/51, e assim por diante. Como as exceções, segundo elementar princípio de hermenêutica, só podem ser expressas, e como não existe nenhum dispositivo legal que autorize o Juiz a antecipar a tutela de mérito *inaudita altera parte*, a conclusão que daí se deve extrair é a de que não é admissível, em caso algum, o provimento antecipatório, sem a prévia observância do princípio do contraditório.

Desta forma, à luz do princípio constitucional do devido processo legal, quando não houver previsão legal para antecipação da tutela, não será possível a sua concessão, já que, em tal caso, não existindo devido processo legal haverá de se garantir prevalência ao princípio constitucional do contraditório.

Num segundo plano, quanto à questão do princípio da ampla defesa, percebe-se que os rumores permanecem.

Segundo o desembargador Rui Portanova<sup>280</sup>, a defesa deve ser ampla como “desviar de um golpe” e é um “modo de luta” que compreende:

- a) um conjunto de atos tendentes a proteger um direito, seja mediante a exposição das pretensões inerentes ao mesmo, seja mediante a atitude de repelir as pretensões do adversário;
- b) *função dos advogados no patrocínio de seus clientes;*
- c) *exceções dilatórias, peremptórias ou mistas, contra a demanda principal.*

Isto significa que, ao requerido, contra quem se pleiteia a antecipação da tutela, deve estar assegurado todos os meios necessários para sua defesa plena, pois somente assim poderá se falar em um processo caracterizado pela ampla defesa.

<sup>279</sup> TJRJ – AgIn 3.478/97 – 4.ª Câm. – j. 17.03.1998 – rel. Des. Wilson Marques – RT 753/343.

<sup>280</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

Desta maneira, partindo desse pressuposto, certamente, haverá infringência ao princípio da ampla defesa, quando o magistrado deferisse o provimento *inaudita altera parte*.

Isto porque, deve-se levar em consideração que, ao demandado deve-se dar oportunidade para impugnar e prejudicar todos os requisitos ensejadores da antecipação da tutela, nas quais se funda o autor da ação e não apenas a oportunidade de contestar a ação em momento posterior (contraditório diferido ou postecipado) como, aliás, vários doutrinadores têm entendido.

Por último, resta tecer algumas considerações acerca do princípio do contraditório (CF/88, art. 5.º, LV). Pois bem, significa este princípio que, a ciência bilateral de todos os atos e termos do processo, bem como a possibilidade de impugná-los com fatos e provas, é medida que se impõe em todo e qualquer processo judicial.

Segundo Nelson Nery Júnior<sup>281</sup>:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.

Isto posto, tem-se que, a informação, no processo civil, efetiva-se com a citação válida, quando se dá conhecimento ao demandado de que contra ele foi proposta uma ação. Por outro lado, para concretizar o contraditório deve-se conceder ao demandado a possibilidade da reação, que consiste na possibilidade do réu apresentar defesa, impugnando as alegações e provas do autor da ação<sup>282</sup>.

Desta forma, optando-se pela apresentação de defesa, a parte demandada tem assegurado o direito de impugnar todos os atos processuais que lhe forem desfavoráveis. E assim, caso a parte autora requeira a antecipação da tutela, a parte ré tem o direito e a oportunidade de providenciar a defesa, no sentido

---

<sup>281</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p. 123-4.

<sup>282</sup> Não é supérfluo ressaltar que, a tão só possibilidade de reação do requerido já configura o princípio do contraditório, independentemente, da atuação do réu, seja apresentando contestação ou reconhecendo o pedido do autor da ação ou, ainda, mantendo-se inerte.

de demonstrar a não ocorrência dos requisitos ensejadores da antecipação da tutela influenciando, diretamente, o convencimento do juiz<sup>283</sup>.

Neste sentido, é sempre atual a lição do desembargador Rui Portanova<sup>284</sup>:

Não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de alegações e provas. Mais do que isto, o contraditório tem que ser pleno e efetivo, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento.

Sob este aspecto, considerando o princípio do contraditório no binômio informação/reação, não restam dúvidas de que, a antecipação da tutela *initio litis* e *inaudita altera parte* consiste em ofensa ao princípio do contraditório. Até porque, se concedida a antecipação da tutela e, posteriormente, for citado o réu para contestar a ação, a este será possibilitado apenas a informação e não a possibilidade de reação, haja vista que, a medida satisfativa já estará deferida, em favor do autor da ação, sem possibilidade do réu defender-se daquela medida, que lhe é desfavorável. E como é sabido, à luz do princípio constitucional do contraditório, em processo, não pode haver surpresas, de maneira que, a oportunidade de ataques e contra-ataques deve ser sempre respeitada.

Assim, na hipótese de deferimento da antecipação da tutela *inaudita altera parte*, quando do despacho inicial do juiz que recebe a petição inicial e determina a citação do réu, este estará sendo citado para contestar a ação que lhe é proposta, não podendo, entretanto, reagir e provar contra a medida antecipatória concedida em favor do autor da ação.

Com efeito, o demandado que, inconformado com a medida satisfativa, contra ele deferida, pretender impugná-la, assim poderá fazê-lo, somente, em sede recursal, com a interposição do Recurso de Agravo de Instrumento<sup>285</sup>.

---

<sup>283</sup> Ademais, o magistrado JOAQUIM MOLITOR já se pronunciou, no sentido de que, ao réu é assegurado “a oportunidade de redargüir à pretensão contra ele deduzida em juízo, de demonstrar a veracidade de suas razões e de ser ouvido antes de quaisquer pronunciamentos decisórios de órgão do Poder Judiciário, a que submetida a causa” (MOLITOR, Joaquim. **Plenitude de defesa**: temas de processo civil – estudos em homenagem ao professor Jorge Luiz de Almeida. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 155.

<sup>284</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 161.

Enfim, convém destacar que, a evolução do Direito Processual Civil, no presente caso, representado pelo instituto da antecipação da tutela se não extingue, ao menos, admite uma revisão das regras e princípios do processo civil atual, como forma de acompanhar a evolução jurídica e social sempre que assim for exigido dos operadores do Direito, como pondera o desembargador gaúcho Rui Portanova<sup>286</sup>:

O princípio nasceu com a preocupação de garantir ao cidadão um processo ordenado. Hoje o objetivo é maior. Adaptado à instrumentalidade, o processo legal é devido quando se preocupa com a adequação substantiva do direito em debate, com a dignidade das partes, com preocupações não só individualistas e particulares, mas coletivas e difusas, com, enfim, a efetiva igualização das partes no debate judicial.

A bem da verdade, inúmeros fatores, como o demasiado apego às formalidades, em especial, aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal; a grande quantidade de demandas que, diariamente, são levadas ao crivo do Poder Judiciário; a inexperiência e o despreparo dos magistrados, quando não a falta deles, nos tribunais do país; o excessivo número de instrumentos procrastinatórios do feito, principalmente, em relação à quantidade de recursos possíveis de serem interpostos durante o processo, entre outras situações, fizeram com que o legislador optasse por dispositivos legais voltados mais a efetividade do processo a segurança jurídica.

Todavia, *prima facie*, poder-se dizer que fere o direito de defesa qualquer liminar sem oitiva da parte contrária, notadamente por se tratar o direito ao contraditório, de direito individual e corolário do Estado Democrático de Direito, com necessária observação da bilateralidade e dialeticidade do procedimento, de rigor observar que as liminares assim concedidas, objetivam a efetividade do processo, eis que permitem o contraditório e a defesa, ainda que diferidos, postergados, após cumprimento da medida odiosa e, nos termos do CPC, seja no Art. 273 ou nos arts. 796 e ss, extrema e subsidiária.

---

<sup>285</sup> Aliás, tal entendimento é dominante na doutrina e na jurisprudência, consoante se vislumbra nas palavras de WILLIAM SANTOS FERREIRA: “A decisão que defere ou não o pedido de tutela antecipada é decisão interlocutória (art. 162, § 2.º) e, como tal, está sujeita à impugnação pelo recurso de agravo (art. 522) pelo regime de instrumento, já que, se interposto na forma retida, o recorrente não terá seu recurso sequer conhecido por ausência de interesse recursal (inutilidade gerada pela inadequação da via eleita)”. (Tutela antecipada no âmbito recursal. São Paulo: Editora RT, 2000, p. 174).

<sup>286</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 147.

Como argumento de reforço, interessante observar que nenhum princípio, pela necessidade de convivência das liberdades públicas, pode ser visto de forma absoluta, assim como já repisado em capítulos anteriores desta pesquisa, sobretudo quando há conteúdo instrumental, o que exige a citação da máxima do mestre Dinamarco, a respeito da interpretação destes<sup>287</sup> .:

Mas o próprio valor democrático do contraditório, que não é um fim em si mesmo mas um dos meios de construção do processo justo e equo, há de ceder ante as exigências substanciais de promover o acesso à justiça, em vez de figurar como empecilho à efetividade desta. *Os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual*

Neste sentido, tem-se percebido que, de um modo geral, a doutrina, majoritariamente, tem-se posicionado a favor da concessão da antecipação de tutela sem a ouvida do requerido, sempre que os fatos demonstrarem o *periculum in mora* e a urgência na concessão do provimento.

Luiz Guilherme Marinoni defende tal posição, quando afirma que “a lei processual não pode vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo”<sup>288</sup>. Ademais, aduz o referido autor que a necessidade em se ouvir o réu pode comprometer a efetividade da própria tutela antecipatória, que jamais pode ser eliminada diante da obrigação em se evitar um prejuízo irreparável. Neste sentido, passa o direito a tutela antecipatória a ser um corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, desde que, obviamente, devidamente justificado e mediante as circunstâncias de cada caso concreto<sup>289</sup>.

Sobretudo, não podemos esquecer de mencionar que muitos magistrados ainda não se sentem tranquilos na concessão desse tipo de tutelas, justamente por medo de trazer prejuízo a alguma das partes. É o que explica José Miguel Garcia Medina:<sup>290</sup>

---

<sup>287</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1. p. 251.

<sup>288</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 159.

<sup>289</sup> Ibidem, p. 159-160.

<sup>290</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento**. RePro. São Paulo: RT, v. 22, n. 86, abr-maio, 1997. p. 24.

A possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela no direito processual brasileiro, a despeito de constituir grande inovação, não tem merecido a aplicação adequada, na prática. Se, por lado, às vezes não se demonstra suficientemente a existência dos pressupostos para a sua concessão, por outro lado o órgão julgante se mostra temeroso em outorgar a antecipação da tutela pretendida. Esse fato, ao que transparece as diversas decisões proferidas, a respeito, decorre do temor de se causar dano irremediável à parte contra quem se concede a tutela.

A partir de 1994, com a grande Reforma do Código de Processo Civil (Lei n.º 8.952/94), que introduziu o instituto da antecipação da tutela, os princípios processuais, especialmente, no presente caso, o contraditório, ganharam novos contornos e interpretações<sup>291</sup>.

Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira<sup>292</sup> comenta que acerca do princípio do contraditório em face da antecipação da tutela é necessário revisar o conteúdo de alguns princípios constitucionais, justamente em face da evolução do Direito e a importância de flexibilizá-los, quando for necessário para efetivar os direitos com justiça:

O princípio do contraditório como todo e qualquer princípio processual, talvez com algum atrevimento pudesse dizer como todo e qualquer princípio jurídico não tem uma rigidez absoluta. Nenhum princípio deve ser convertido em ídolo. Os princípios destinam-se a permitir a realização da boa justiça e devem ser observados na medida em que para isso contribuam. É preciso tolerar que eles sofram determinadas compressões, não lesões substanciais, na medida em que isto, porventura, seja necessário para o atingimento dos verdadeiros fins do processo. O processo destina-se a assegurar a boa justiça. Se, para fazê-la, é indispensável antecipar a tutela, temos de interpretar os princípios de tal maneira que não nos impeçam de utilizar esses instrumentos.

Sendo assim, para a doutrina que assim entende, a antecipação da tutela *inaudita altera parte*, não infringiria o princípio do contraditório. Isto porque,

---

<sup>291</sup> A bem da verdade, a aplicação do chamado contraditório diferido, desde há muito é admitido no Sistema Processual Civil Brasileiro, por ocasião das liminares nos procedimentos especiais e nas medidas cautelares, em geral. A inovação que se mencionou, neste caso, refere-se a aplicação do contraditório em momento posterior, no processo de conhecimento que, até então, era inflexível quanto a aplicabilidade do contraditório prévio (imediato), pois jamais se imaginou antes que, no procedimento comum ordinário pudesse ser deferido quaisquer provimentos sem a citação da parte contrária.

<sup>292</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo Civil. **RePro**, São Paulo, v. 21, n. 81, p. 207, jan-mar. 1996.

concedido o provimento sem a citação e oitiva do requerido, o contraditório ficaria reservado para momento, imediatamente, posterior do processo.

Ou seja, haveria então uma inversão de ordem nos atos processuais, totalmente, admissível pela doutrina hodierna, em que, antecipadamente, seria deferida a pretensão do autor e, somente, em um segundo momento, seria dada ciência ao demandado e oportunidade para pleitear a revogação da medida<sup>293</sup>.

Essa nova sistemática, evidentemente, representou o surgimento de um “novo princípio do contraditório”<sup>294-295</sup> que, diga-se a propósito, vem sendo, amplamente, aceito pela doutrina dominante que, ademais, tratou de lhe conferir ainda, novas denominações, como: contraditório diferido<sup>296</sup>, contraditório postecipado<sup>297</sup>, limitação imanente do contraditório<sup>298</sup> e flexibilização do princípio do contraditório<sup>299</sup>.

Diante dessa nova interpretação do princípio do contraditório, entendem os mais renomados processualistas que, a resposta ou defesa do réu, que deveria ser efetivada, logo após, a decisão de recebimento da ação, agora, será feita após a concessão da medida antecipatória, o que, evidentemente, não implica supressão do contraditório, que ficará diferido, postergado ou postecipado, para a fase seguinte do processo de conhecimento, quando então terá o demandado o exercício do direito de defesa com a interposição do recurso cabível contra a decisão da tutela ou, através de outros instrumentos, legalmente, admitidos. Enfim, a

<sup>293</sup> Aliás, o próprio Código de Processo Civil, admite, expressamente, a revogação da tutela antecipada, em qualquer tempo, conforme prescreve o § 4.º, do art. 273: “A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

<sup>294</sup> A expressão “novo princípio de contraditório” é de: MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelares e antecipadas**. São Paulo: RT, 2002. p. 83.

<sup>295</sup> O processualista OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, já comentava em três formas de contraditório: contraditório diferido, contraditório eventual e contraditório prévio. Segundo o mestre gaúcho, o contraditório diferido são todas as formas de tutelas sumárias, bem como os procedimentos que produzem medidas liminares; já o contraditório eventual são aquelas que exigem “plenitude de defesa”, com total e absoluta eliminação da possibilidade de cisão entre ação e as respectivas exceções; por fim, no contraditório prévio o juiz somente poderá julgar depois de Ter ouvido ambas as partes, porque somente assim estará habilitado a descobrir a vontade da lei, apreciar o meritum cause, o que pressupõe “cognição exauriente” dos fatos da lide. (Cf. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, v. 801, p. 39-40, jul. 2002).

<sup>296</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 1996. p. 76.

<sup>297</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.186.

<sup>298</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 1996. p. 76; e, o mesmo Autor em: **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995. p.135.

<sup>299</sup> PIERI, Divanir Marcelo de. Concessão da tutela antecipada inaudita altera parte. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 773, n. 138, p. 143, 2000.

doutrina de maneira majoritária, tem se posicionado, neste sentido, como se extrai da lição de Luiz Guilherme Marinoni<sup>300</sup>:

Argumentar com lesão ao princípio do contraditório é voltar a tratar de assunto já encerrado, pois é sabido que o contraditório pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos.

No mesmo sentido, é bastante citada a opinião precursora de Nelson Nery Junior<sup>301</sup>:

Liminar sem a ouvida do réu. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo inaudita altera pars, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento.

Por conseguinte, José Rogério Cruz e Tucci<sup>302</sup>, ensina com fulcro em Tommaseo, o que segue:

Enfatiza Tommaseo que a possibilidade concedida ao devedor de opor-se, em momento sucessivo, ao provimento inicial constitui o fundamento da legalidade da estrutura procedimental diferenciada: “o due process of law é aqui resguardado pela fase de oposição, que é eventual mas que introduz no procedimento especial todas as garantias do processo ordinário de cognição”<sup>303</sup>.

Diante do exposto, o que se pode concluir de acordo com o que foi até aqui estudado é que, o princípio do contraditório com a supressão momentânea da bilateralidade da ação, realmente, passou por uma revisitação sendo, extremamente, necessária para o processo civil hodierno, de maneira que, possibilita a prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva e que amenize a demora demasiada do processo.

---

<sup>300</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 186.

<sup>301</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5.ed. São Paulo: RT, 2001. p. 731-2.

<sup>302</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Prova escrita na ação monitória. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 349, p. 103, 2000.

<sup>303</sup> Muito embora, o comentário do jurista se refira ao procedimento monitório, é importante ressaltar, a nova tendência do princípio do contraditório, também aplicável a este procedimento.

Para Teori Albino Zavascki<sup>304</sup>, “se o perigo do dano, mesmo previsível, não tem aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos”.

Desta forma, a antecipação da tutela com a limitação do contraditório somente será permitida, quando a possibilidade de dano ou lesão ao direito do requerente seja de tal forma iminente e necessário que, torna-se imprescindível a imediata intervenção do Poder Judiciário.

Assim, é o que explana SÉRGIO SAHIONE FADEL<sup>305</sup>:

O deferimento da antecipação da tutela, inaudita altera parte, com postergação ou diferimento do contraditório para fase posterior do procedimento, deve ser considerado excepcional.

Só é justificável a decisão antecipatória antes da citação do réu, naquelas hipóteses em que o provimento se entremostre necessário e indispensável a evitar a periclitación total ou mesmo parcial do direito da parte que invoca a tutela.

[...]

A regra, portanto, é a audiência prévia do réu, dispensável apenas diante da probabilidade efetiva da perda ou frustração do direito postulado, se o provimento não for desde logo expedido.

Pois bem, relevante também é a lição de Paulo Henrique dos Santos

Lucon<sup>306</sup>:

Nos casos de urgência justifica-se a antecipação de tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.

Ademais, é clássica a decisão proferida pelo Desembargador Salvador Pompeu de Barros Filho<sup>307</sup>, em que se extrai o seguinte excerto:

Realmente, embora a matéria venha a abrir espaço para discussões de vulto, com opiniões valiosas que talvez venham a modificar o posicionamento adotado, prefiro, até que as águas se assentem, manter a posição da inviabilidade da antecipação sem respeito ao

<sup>304</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 55.

<sup>305</sup> FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação de tutela no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 53-4.

<sup>306</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Editora RT, 2000. p. 237.

<sup>307</sup> TJMT – Agln 6.380 – 1.ª Câmara. – j. 12.08.1996 – rel. Des. Salvador Pompeu de Barros Filho – RT 735/359.

contraditório.[...]Entendo que no curso da ação, já com a contestação feita pelo réu, terá o Juiz melhores condições para aquilatar da necessidade ou não da antecipação de tutela.É evidente que, em casos especialíssimos, devidamente comprovados, como naqueles necessários à vida e à saúde, em respeito à pessoa humana, poderá haver uma antecipação *inaudita altera parte*, ainda que parcial. Mas, repito, em casos especialíssimos, e só neles. No comum a antecipação só será viável após o contraditório, em respeito e em homenagem à regra constitucional<sup>308-309</sup>.

Enfim, o próprio instituto da antecipação de tutela e, especialmente, em se tratando de concessão *in initio* e *inaudita altera parte*, exige maior atuação do magistrado no sentido de averiguar com precisão os danos e lesões que poderão advir para o requerente da medida, em caso de denegação do provimento.

Portanto, além dos requisitos previstos para o deferimento de toda tutela antecipatória, previstos nos incisos e parágrafo do art. 273, do Código de Processo Civil, entende-se que, quando o provimento for requerido *ab initio* e *inaudita altera parte*, deverá ser comprovado ainda, a urgência urgentíssima decorrente de um dano ou lesão ao direito do requerente.

#### 4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O DIREITO LEGÍTIMO DE PARTICIPAÇÃO DAS PARTES (SEGURANÇA JURÍDICA)

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração ao processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, o princípio instituído alterou significativamente o conteúdo do processo, e é prevista da seguinte maneira, na CF/88: “ART. 5º,

<sup>308</sup> Assim, já decidiu a jurisprudência: AGRADO DE INSTRUMENTO – Antecipação de tutela antes da citação – Inviabilidade – Inteligência do art. 273 do CPC – Admissibilidade somente em casos excepcionais – Interlocutória mantida – Recurso improvido. A liminar antecipatória do mérito, antes mesmo da citação e do decurso do prazo destinado à resposta do réu, só se concede em casos especialíssimos, devidamente comprovados os requisitos do art. 273 do CPC. (TJMT – AgIn classe II, 15, 7.932 – 1.ª Câmara. Civ. – rel. Des. Leônidas Duarte Monteiro).

<sup>309</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim já se pronunciou: AGRADO DE INSTRUMENTO – Antecipação de tutela *inaudita altera parte*. Indeferimento. Inexistindo a possibilidade da ré, após a citação, tornar ineficaz a medida, nem a urgência a indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, deve o recurso ser desprovido. Ressalva judicial de que o indeferimento da antecipação se dava “por ora” (TJRS – AgIn 70003255254 – 6.ª Câmara. Civ. – rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).

LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Segundo Cláudia Ebling<sup>310</sup>:

Os motivos que levaram o legislador a erigir a questão do tempo do processo ao nível de garantia fundamental mostram-nos uma insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento que a jurisdição não deve ser apenas ser "prestada" pelo Estado como decorrência do direito de ação, mas que a tutela jurisdicional deve ser efetiva, tempestiva e adequada, sendo atribuição do Estado alcançar este objetivo. A processualística moderna já supera a idéia de "prestação jurisdicional", preocupando-se com o sentido de tutela jurisdicional, e isso podemos observar em duas perspectivas: a um, tutela como resposta do Estado às expectativas sociais e normativas; a dois, como proteção do indivíduo à lesão ou ameaça de lesão ao bem da vida, através do direito de ação.

Sabe-se, curiosamente, que o princípio da razoável duração do processo, inserto na Carta Constitucional no art. 5º, LXXVII, por ocasião da Emenda Constitucional n. 45/2004 não é instituto novo. A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida pelo Pacto de San José da Costa Rica, que tem o Brasil como signatário, estabelece em seu art. 8º, que o direito a ser ouvido com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz, imparcial, independente e competente para o exame da matéria, é pertinente a todos os indivíduos.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior<sup>311</sup>:

Tal garantia "trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa *nomen iuris*, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza.

Como a maior parte dos princípios jurídicos, o princípio da razoável duração é flexível, é adaptável a qualquer dos litígios que se encontre sob sua égide

---

<sup>310</sup> EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8304>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

<sup>311</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto apud EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8304>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

e, por isso mesmo, deve ser positivado através de cláusula geral que permita sua aplicação a todo e qualquer processo.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier<sup>312</sup>:

A duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre a definição segura da existência do direito e a realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.

Sem dúvida, o tempo do processo é elemento imprescindível para os dias atuais. Ele reflete-se diretamente no direito de legitimidade e participação das partes no processo civil. Por isto, é preciso que seja dado o devido valor ao tempo do mesmo, eis que possui como função primária a possibilidade de tornar o processo mais célere e eficiente.

A análise sobre a prejudicialidade acerca do tempo no processo ainda é questão que atrai muita discussão na seara jurídica, tendo em vista a divergência que existe sobre os benefícios ou prejuízos que trazem a lentidão no processo e para quem assim os sofre, bem como pela cobrança de um acesso à justiça cada vez mais justo e transparente.

É neste sentido, que se traz à discussão se o réu também pode ser prejudicado pela lentidão da prestação jurisdicional, ou seja, seria possível alegar a efetividade do processo em benefício do réu? Será que o réu também pode onerar-se pela pendência de um processo em trâmite? Em contrapartida, a busca pela redução da demora da prestação jurisdicional poderia responder a um anseio de efetividade do processo? E por fim, será que sempre uma sentença que demore para ser produzida, traz prejuízos ao autor?

Desta forma, é inegável que a tardança no andamento processual é problema social que atinge a toda a administração da justiça, tendo em vista os malefícios que sofrem toda a sociedade como um todo, além de envolver a questão da insegurança jurídica, falta de credibilidade da máquina judiciária, sem contar, ainda, os prejuízos econômicos daquele a quem se espera e uma forte acentuação para evidentes contradições e discriminações possíveis existentes nas soluções dos litígios.

---

<sup>312</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues apud FERRARI, Katharina Maria Marcondes. **O princípio da razoável duração do processo e os prazos para emissão dos pronunciamentos do juiz.** Disponível em: <<http://estudandodireito.blogspot.com/2006/08/o-princo-dos-pronuncimentos-do-juiz.html>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

Neste contexto, a opinião de Marinoni é a de que a demora sempre beneficiará o réu que não possui razão, senão vejamos<sup>313</sup>:

Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem). Isto demonstra que o processo jamais poderá dar ao autor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter ou jamais poderá deixar de prejudicar o autor que tem razão. É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão.

O posicionamento acima baseia-se na idéia de que se o desenvolvimento do processo é demorado, possui o réu mais possibilidade de manter-se na propriedade do bem litigioso, acarretando prejuízos maiores ao autor e, obviamente, mais benefícios ao réu. Lamentavelmente, tal questão interferirá diretamente nas expectativas e sentimentos do proponente da demanda, e, notadamente, nos aspectos econômicos que serão impostos pelo fato da demora da prestação jurisdicional<sup>314</sup>.

Todavia, é imprescindível identificar que não é apenas o autor que possui o direito à devida prestação jurisdicional, eis que é totalmente pertinente compreender que ao réu também cabe um resultado útil referente ao processo. Neste sentido, se, de um lado, o autor busca a procedência da ação, com o reconhecimento de que o direito lhe assiste, de outro, o réu busca declaração em sentido contrário.

É por este motivo que se observa que pode o réu se prejudicar com a demora do desenvolvimento do processo. Mas o que se percebe, muitas vezes e conforme enunciado acima, é que o benefício com a protelação do processo é maior ao réu que o autor.

José Rogério Cruz e Tucci afirma com sabedoria<sup>315</sup>:

---

<sup>313</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18.

<sup>314</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 18-19.

<sup>315</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunidade social.

O fato de um ato processual ultrapassar o seu tempo natural de espera, não traz, por si só, um prejuízo a qualquer das partes. O que é preciso abolir são as dilatações indevidas, arbitrárias, desnecessárias, que acabam por desvirtuar todo o trâmite processual e jurisdicional. Nesta compreensão, talvez possa ser afirmado que a exigência ou necessidade por uma redução do tempo, venha trazer mais efetividade para a sua real e última finalidade, afinal, a efetividade do processo.

Segundo Marinoni<sup>316</sup>:

O Estado tem o dever, como poder voltado a dar tutela aos direitos, de prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável. Nesta perspectiva importa, antes de tudo, que a jurisdição exerça o seu poder através de um processo com “duração razoável”. Duração razoável, como o próprio nome indica, nada tem a ver com a duração limitada a um prazo certo ou determinado. Se essa confusão fosse possível, não se trataria de “duração razoável”, mas de duração legal, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo. O direito à duração razoável faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada do autor e do réu, dar a máxima celeridade ao processo, assim como não praticar atos dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos.

Assim, tem-se que a idéia de duração razoável do processo está ligada à efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Está evidente, portanto, que a garantia à *razoável* duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação não deve ser entendida em termos absolutos, quando a própria norma relativiza, ao referir um critério: *a razoabilidade*. O que se quer evitar, portanto, são *dilatações indevidas* sem uma prestação jurisdicional acelerada, que ponha em risco a qualidade da entrega da prestação jurisdicional.

Certamente, em épocas passadas, a criação de princípios relativos à busca da segurança jurídica (por exemplo: devido processo legal, ampla defesa e contraditório), indubitavelmente, representou uma grande conquista para o direito de cada cidadão, que buscava no Poder Judiciário uma solução justa para o seu

---

<sup>316</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

conflito. No entanto, nos dias de hoje, principalmente, com o aumento do número de demandas judiciais, o fator tempo tem constituído um sério problema para uma prestação jurisdicional tempestiva e por consequência, efetiva.

Com toda a certeza e é de conhecimento de todos que, o tempo é inimigo da efetividade e com ela não convive. Neste aspecto, é importante destacar que, em determinados poucos casos, o tempo processual não representa, de uma forma geral, um mal, mas somente quando ele é mal empregado. Não se pode olvidar que, o tempo utilizado para a tramitação dos atos processuais são imprescindíveis para a busca da certeza jurídica. É o que se extrai do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>317</sup>:

[...] o período normal de tramitação dos atos processuais nunca será nocivo porque as formalidades realizadas em prazos razoáveis são indispensáveis para a segurança e validade do instrumento que se forma para permitir resposta do Judiciário.

Por tais motivos, as excessivas críticas ao tempo de duração do processo não raras às vezes, não possuem fundamento, embora na grande maioria dos casos o tenham. Isto significa que, os processos judiciais não podem tomar o rumo da sumarização generalizada, de maneira que, se a situação em litígio requerer a tramitação de vários atos processuais, para se atingir a verdade jurídica, desta forma, deverá proceder o magistrado.

Até então, a preocupação com a segurança jurídica era maior em relação a efetividade do processo, no entanto, as mudanças ligadas, principalmente, ao aumento da população e, conseqüentemente, ao número de demandas judiciais, exigiu dos operadores do direito a criação de mecanismos outros que fomentassem a maior efetividade possível. Assim, já afirmava Luiz Guilherme Marinoni<sup>318</sup>:

A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo pode ser um ônus somente do autor.

---

<sup>317</sup> TJSP – AgIn 099.766-4/9 – 3.ª Câmara – j. 02.02.1999 – rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – RT 764/221.

<sup>318</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 191.

Não obstante ser um ônus somente do autor, percebe-se que um grande desafio para o processo civil contemporâneo é justamente a compatibilidade entre o tempo e a segurança. A brevidade e a segurança são forças antagônicas que felizmente ou não necessitam conviver. Sendo assim,

Com toda a certeza e é de conhecimento de todos que, o tempo é inimigo da efetividade e com ela não convive. Neste aspecto, é importante destacar que, em determinados poucos casos, o tempo processual não representa, de uma forma geral, um mal, mas somente quando ele é mal empregado. Não se pode olvidar que, o tempo utilizado para a tramitação dos atos processuais são imprescindíveis para a busca da certeza jurídica. É o que se extrai do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>319</sup>:

[...] o período normal de tramitação dos atos processuais nunca será nocivo porque as formalidades realizadas em prazos razoáveis são indispensáveis para a segurança e validade do instrumento que se forma para permitir resposta do Judiciário.

Por tais motivos, as excessivas críticas ao tempo de duração do processo não raras as vezes, não possuem fundamento, embora na grande maioria dos casos o tenham. Isto significa que, os processos judiciais não podem tomar o rumo da sumarização generalizada, de maneira que, se a situação em litígio requerer a tramitação de vários atos processuais, para se atingir a verdade jurídica, desta forma, deverá proceder o magistrado.

Até então, a preocupação com a segurança jurídica era maior em relação a efetividade do processo, no entanto, as mudanças ligadas, principalmente, ao aumento da população e, conseqüentemente, ao número de demandas judiciais, exigiu dos operadores do direito a criação de mecanismos outros que fomentassem a maior efetividade possível. Assim, já afirmava Luiz Guilherme Marinoni<sup>320</sup>:

A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo pode ser um ônus somente do autor.

---

<sup>319</sup> TJSP – AgIn 099.766-4/9 – 3.ª Câmara – j. 02.02.1999 – rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – RT 764/221.

<sup>320</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 191.

Por sua vez, processo efetivo é aquele que assegura ao demandante uma tutela jurisdicional capaz de realizar o direito afirmado pelo autor, enfim, uma tutela jurisdicional adequada ao plano dos fatos, o que acaba exigindo por parte do Poder Judiciário uma atuação, extremamente, ágil e rápida, com vistas a proteger o direito do requerente da medida.

Deveras, hodiernamente, a efetividade do processo constitui um dos pilares da modernização do processo civil, de maneira que, é dever do Poder Judiciário prestar aos jurisdicionados uma tutela jurisdicional que tenha a máxima eficácia prática possível. Dentre estes, o jurista CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>321</sup> destaca os seguintes:

a) adequação (ao justo que as técnicas processuais sejam capazes de produzir resultados legítimos perante o sentimento ético da sociedade); b) efetividade (que o processo produza realmente seus efeitos na vida das pessoas, dando tutela jurisdicional útil a quem tiver razão); c) celeridade (que seja capaz de produzi-los logo); d) universalidade (que o menor número possível de pessoas e de causas sejam alijadas do controle jurisdicional).

Verdadeiramente, não é possível conciliar todas essas garantias em um mesmo processo e, muito menos, optar somente pela segurança jurídica ou somente pela efetividade, sem que isso provoque um prejuízo para a parte que sucumbir.

Disto decorre, o conflito entre a efetividade dos direitos e a tutela jurisdicional segura; enquanto a primeira exige do Poder Judiciário uma atuação, extremamente, ágil e rápida, a segunda requer cautela, cuidado e, principalmente, tempo. Infelizmente, no atual contexto jurídico, é muito difícil conciliar a segurança jurídica e a tempestividade da tutela jurisdicional.

Diante dessa colisão de direitos/garantias fundamentais, atualmente, pugna determinada parcela da doutrina, pela primazia da efetividade do processo, conforme podemos observar do escólio de Luiz Orione Neto<sup>322</sup>:

Ocorre que, com a introdução no sistema do direito processual positivo, do instituto da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, inscrito no art. 273 do Código de Processo Civil, parece indubitoso

---

<sup>321</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v.2. p. 877.

<sup>322</sup> ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das liminares**. São Paulo: LEJUS, 1999. v.1, p. 132.

que, na colisão entre esses direitos fundamentais, o legislador revela clara opção pelo direito à efetividade do processo. Com efeito, ao estatuir que “o juiz poderá a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, o legislador ordinário está, sem dúvida, “estabelecendo restrições ao direito à segurança jurídica, consagrado pelo art. 5.º, LIV, da Constituição”. Efetivamente, a consagração, em nosso sistema positivo, da antecipação dos efeitos da tutela de mérito (CPC, art. 273), revela uma clara e inequívoca opção do legislador pela primazia do direito fundamental à efetividade do processo quando estiver em rota de colisão com o direito fundamental à segurança jurídica.

*Data maxima venia*, não se deve corroborar desse entendimento. Isto porque, entende-se que o magistrado não deve e nem pode priorizar nenhuma situação, sob pena de atuar, parcialmente. Obviamente que, a demora na prestação jurisdicional, atualmente, constitui um dos graves problemas a serem solucionados pelo Poder Judiciário, contudo, ainda assim, não é de se admitir, conforme já se salientou, uma sumarização generalizada do processo, quando não se configurar os pressupostos para tanto, ou o direito do autor não a exigir.

Em verdade, deve o magistrado analisar os interesses da causa e os problemas que a envolvem e decidir de acordo com a necessidade de cada caso, particularmente, ainda que, tenha de relegar uma das garantias (efetividade do processo ou segurança jurídica) em detrimento da outra.

Portanto, a solução mais adequada para o vertente caso, em “que está em jogo a atuação de um direito *versus* delimitação do campo de atuação do mesmo direito”<sup>323</sup> é, sem dúvida, aplicar o princípio da proporcionalidade observando sempre, a relevância da tutela pleiteada, a sua urgência e necessidade e os interesses que envolvem o litígio, como muito bem assevera Babyton Pasetti<sup>324</sup>, comentando acerca do princípio da proporcionalidade<sup>325</sup>:

Quanto à necessidade, tal ponderação assume caráter indiscutível, posto que com as agruras que sofre o Judiciário hodiernamente há

<sup>323</sup> MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Execução civil – princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2002. p. 305, nota 42.

<sup>324</sup> PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 39.

<sup>325</sup> O princípio da proporcionalidade, já foi objeto de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça: “Assim, ambas as partes poderão sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação. Cabe ao magistrado, com base no princípio da proporcionalidade, estabelecer os limites em que a proteção a ser concedida lhe pareça mais urgente e de maior relevância, mesmo que a custa de outro interesse tutelado” (STJ – AgRg na MC 3.332-SP (2000/0131327-4) – rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro).

que se buscar saídas para que se possa ter um processo mais ágil e eficaz, o que se consegue, evitando-se desta maneira inúmeros percalços e diferenças existentes entre as partes durante uma demanda. E tal diferenciação entre as partes, que acaba por consagrar o princípio da igualdade, conforme visto acima, há que ser feita pelo magistrado, pesando quais são os bens da vida em jogo em cada processo e por cada uma das partes, pois na grande maioria das vezes um deles terá de ser privilegiado, para que se atinja a efetiva prestação jurisdicional em um prazo de tempo que não venha a prejudicar o autor que tem razão.

Em outras palavras, porém, com muita propriedade ensina KARL LARENZ<sup>326</sup>:

...o juiz deverá utilizar-se de um critério de valoração dos interesses, principalmente quando se tratar de casos em que seja preciso verificar em que medida um interesse deve ceder perante outro de valor superior (superior em geral, ou só nas circunstâncias do caso), ou seja, quando o problema consista em determinar onde se situa o limite de satisfação lícita de um interesse à custa de outro interesse também digno de tutela.

Enfim, todos os cidadãos e os próprios operadores do direito, como os magistrados, os promotores e os advogados clamam pela adoção de um procedimento, que seja mais eficiente, longe da estrita subsunção do fato à norma, mas, principalmente, que possa resolver os problemas a partir de premissas estabelecidas pelo intérprete que o conduza à defensabilidade da solução adotada<sup>327</sup>. O sistema de subsunção do fato à norma abrange muitos casos, mas, certamente, não é o suficiente para solucionar todos os problemas que emanam na sociedade atual.

#### 4.3 BREVE ANÁLISE SOBRE O ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL X PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A Lei nº 11.277/2006 introduziu o artigo 285-A ao Código de Processo Civil com intuito de corroborar com a sistemática processual ao que diz respeito às

<sup>326</sup> apud AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória**: enfoque em ações declaratórias e constitutivas. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 18.

<sup>327</sup> MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002. p. 311.

hipóteses de mesma matéria em relação a casos precedentes que já tenham sido julgados totalmente improcedentes no mesmo juízo. Não obstante a lei trazer a expressão “casos idênticos”, entende-se perfeitamente que é preciso haver uma identidade jurídica entre os presentes episódios, sem que recaiam, todavia, nos eventos da litispendência e coisa julgada, onde, por sua vez, desenrolam o processo para outros meios, tal como previsto pelo artigo 267 do Código de Processo Civil.

Conforme Cássio Scarpinella Bueno<sup>328</sup>:

Na exata medida em que o proferimento de ‘sentenças idênticas’ para ‘casos idênticos’ (e é esta a expressão utilizada pelo *caput* do art. 285-A) garante ‘resultados idênticos’, não há como vislumbrar qualquer ofensa ao princípio da isonomia, muito pelo contrário.

Ao mesmo tempo que alguns estudiosos apóiam o artigo supra mencionado, com fundamento propício à isonomia e à devida duração do processo evitando, por conseguinte, outros concluem pela ausência de precisão terminológica do mesmo, tendo em vista a impossibilidade de falar-se propriamente em controvérsia antes da citação<sup>329</sup>.

Ademais, o Juiz não está obrigado a julgar com base no referido dispositivo, podendo determinar a citação do réu, por entender, por exemplo, que, apesar de haver precedentes similares do próprio juízo, a situação em específico reveste-se de alguma peculiaridade, podendo haver mudança da posição precedente. Eduardo Arruda Alvim completa<sup>330</sup>:

Também não nos parece que o dispositivo em questão deva ser aplicado nas hipóteses em que o entendimento do juízo se revele contrário à posição do tribunal local e, com muito mais razão, quando essa incompatibilidade se der com a orientação dos tribunais superiores.

Ainda, segundo o doutrinador supra referido<sup>331</sup>, trata-se na verdade de um verdadeiro caso de “julgamento antecipado da lide”, não como uma antecipação

---

<sup>328</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 191.

<sup>329</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 369.

<sup>330</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 371.

<sup>331</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 369-370.

de tutela provisória e reversível, tal como previsto nos incisos I e II do artigo 273, mas sim verdadeira decisão com autoridade de coisa julgada material que, ainda, poderia ser perfeitamente aplicado nos processos de competência originária dos tribunais e casos de cumulação de pedidos. Ademais, não haveria qualquer ofensa ao princípio do contraditório, tendo em vista que o dispositivo apenas autorizaria o julgamento de improcedência, não advindo qualquer comando de prejuízo ao réu.

Seguindo a corrente anterior, ao que parece, Theodoro Junior também defende o artigo 285-A do CPC como um aspecto positivo ao Ordenamento Jurídico, não sendo uma afronta ao princípio do contraditório, quando afirma que o Ordenamento Jurídico deve primar pela necessidade de<sup>332</sup>:

um processo simples, acessível e barato; um processo que se afaste do formalismo estéril e do dogmatismo acadêmico; um processo que assegure ao titular do direito subjetivo o que tal direito lhe confere e tudo aquilo que dele se deriva, segundo a técnica jurídica e de acordo com os ditames do bom senso e dos valores éticos predominantes; um processo de resultados, que supere com presteza todos os entraves a uma rápida solução do litígio; enfim um processo que transforme o programa do devido processo legal no sonho do processo justo.

Ainda, Gelson Amaro defende<sup>333</sup>:

Nada impede que se julgue o mérito liminarmente, quando se evidenciar a inexistência de direito do autor, mesmo sem lei expressa, em respeito ao princípio de que não se devem praticar atos inúteis no processo. [...] Ora, se o autor não tem direito e isso já se ressalta logo de início, não há razão para prosseguir em procedimento inútil e que não poderá produzir os efeitos pretendidos pelo autor. O bom senso indica que, nesses casos, o melhor é julgar o mérito e declarar a inexistência desse direito quanto antes possível. [...] Se já se percebe que o autor não tem direito a nada, não se vê razão para prosseguir em processo e procedimento inútil.

Há pensadores que além de defenderem o caso em questão, ainda alegam que o mesmo não é capaz de trazer prejuízo a nenhuma das partes, conforme segue<sup>334</sup>:

---

<sup>332</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **O novo processo civil brasileiro**: no liminar do novo século. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 41

<sup>333</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem a citação do réu (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 43, p. 42-43, 2006.

<sup>334</sup> KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 41, p. 76, 2006.

O art. 285-A, ao fim e ao cabo, é bom não só para o réu, mas também para o autor, o qual não será punido com gastos inúteis na produção de provas desnecessárias, não será alimentado com falsas esperanças de um julgamento favorável que não virá no juízo de primeiro grau, e terá a via recursal aberta de forma bem mais célere, ocasião em que poderá buscar o acolhimento de sua pretensão

Em contrapartida, para Alexandre Freitas Câmara o artigo 285-A do CPC seria tido como inconstitucional por tratar-se de violação ao princípio constitucional da isonomia, bem como por não haver qualquer motivo legítimo para a adoção desse dispositivo no CPC<sup>335</sup>, senão vejamos<sup>336</sup>:

Em primeiro lugar, o fato de haver a possibilidade de se ter juízos em que atuam magistrados com entendimentos diferentes acerca da mesma matéria fará com que para alguns essa regra seja aplicada e para outros, não, ainda que estejam em situações jurídicas substancialmente iguais. Não vejo qualquer razão para que pessoas iguais sejam submetidas a processos diferentes. Há, ainda, outro ponto a considerar: com muita frequência acontecerá de se pretender aplicar o dispositivo aqui examinado a causas que envolvem a Fazenda Pública. Ora, ao se indeferir liminarmente a petição inicial, proferir-se-á uma sentença que será impugnada por apelação. Recebido o recurso, estabelece a lei que será o demandado citado para responder ao recurso (art. 285-A, § 2º). Ocorre que a Fazenda Pública, que tem prazo em quádruplo para contestar, não o tem para contra-arrazoar apelação. Isto fará com que a Fazenda perca seu benefício de prazo para defender-se em todos os processo em que seja aplicado este art. 285-A. Outro ponto há, ainda, a considerar. Afirma-se, expressamente, no art. 285-A, § 1º, que contra essa sentença liminarmente proferida caberá apelação. Ocorre que, se tal sentença estiver baseada na súmula da jurisprudência dominante do STF ou do STJ, a apelação não será recebida. Assim, ter-se-á um caso em que o juiz rejeita liminarmente a petição inicial e não consegue repropor a discussão no grau superior da jurisdição, o que – a meu juízo – implica uma irracional violação da garantia constitucional do acesso à justiça.

Na mesma linha de pensamento, outros juristas convergem no raciocínio de que o artigo em questão aniquila direitos fundamentais das partes de intervirem no processo. Dentre eles, tem-se Jean Carlos Dias<sup>337</sup> que afirma que o

---

<sup>335</sup> No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier et al. **Breves Comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo, v.2, p. 63-64, 2006. Em sentido contrário, Gustavo Santana Nogueira. A improcedência manifesta do pedido. A nova reforma processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 131 e seguintes.

<sup>336</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 316.

<sup>337</sup> DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 37, p. 63, 2006.

mesmo: "tem potencial para violação dos direitos fundamentais das partes no curso do processo."

No que pertine a análise se o referido caso ofenderia os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, prerrogativas estas que oferecem às partes as mesmas vantagens no decorrer do processo, notadamente quanto ao direito de manifestarem-se, parece razoável concluir pelo não prejuízo do aludido artigo, tendo em vista que além de não trazer sequer prejuízo ao réu, tendo em vista ser o contraditório apenas postergado, em caso de interposição de recurso pela parte autora, sabe-se que o magistrado possui o direito de indeferir a inicial também em outros casos semelhantes, tais como no reconhecimento de decadência ou prescrição, desde o primeiro ato do processo.

Neste sentido, não seria possível afirmar que o artigo 285-A do Código de Processo Civil seria um peso à sistemática processual, eis que pelo contrário, garante celeridade ao processo e não traz prejuízo a qualquer das partes em juízo, pelo que desnecessário seu confronto com o texto constitucional ou sistemática processual.

Observa-se, finalmente, que a contrariedade ao artigo supra referido apenas serve de alento para prejudicar o regular desenvolvimento do processo e da ação, tendo em vista que a norma em discussão contribui para o melhor cumprimento possível da ordem jurídica.

## CONCLUSÕES

Diante do exposto, foi possível vislumbrar as seguintes conclusões:

1. A busca pela função social do processo, com apoio à um efetivo acesso à justiça e a maior eficiência na prestação das tutelas jurisdicionais, bem como satisfação e concretude dos direitos materiais, tem possibilitado uma aliança harmônica do Direito Processual Civil à Constituição Federal, transformando, inclusive, o processo num instrumento de efetivação das tutelas de direito fundamental.

2. O amadurecimento do processo civil, reconhecido pela Constituição Federal, bem como por seu caráter público, foi primordial para se tornar o mesmo um instrumento de atuação e obtenção ao acesso à justiça.

3. O Processo Civil assume um papel de destaque nas Constituições modernas, tendo em vista seu forte estreitamento com a Constituição Federal.

4. Ao incluir diversos princípios de Direito Processual que não estavam anteriormente expressos em seu corpo (tais como o devido processo legal e o contraditório), a Constituição Federal de 1988 assumiu expressamente uma postura garantista.

5. A justificativa para a potencialização de garantias processuais pode advir, certamente, da afirmativa de que o processo seja o “ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social”.

6. A Carta Magna alcança forte influência e magnitude sobre o Direito Processual Civil, dada a preocupação deste em tornar-se a cada dia mais efetivo e possibilitar o acesso à justiça.

7. Os Direitos Fundamentais preenchem espaço de grande responsabilidade no corpo constitucional e são tidos como importantes fundamentos para a base de todo o ordenamento jurídico. Porém, não se pode assinalá-los como direitos supremos e absolutos eis que nenhum princípio, pela necessidade de convivência das liberdades públicas, pode ser visto de forma absoluta, sobretudo quando há conteúdo instrumental.

8. A legitimação pela participação decorrerá da efetiva participação das partes na formação da decisão. Tal legitimação encontra respaldo no fato de

que no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição

9. O procedimento estatal que nele se forma. Em outras palavras, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que ferem os princípios básicos do Estado Democrático de Direito.

10. O processo necessitará de um legítimo exercício da jurisdição e de uma efetiva participação das partes, mas nem sempre tal participação será suficiente para garantir o efetivo exercício da jurisdição, pois de nada adiantará se a tutela de direito material não for alcançada

11. O juiz não se deve deixar influenciar em um caso concreto pela opinião pública. Ele está, porém, em permanente comunicação ou em um diálogo duradouro com as partes, com os colegas do próprio tribunal, com os tribunais do mesmo nível, com os tribunais superiores ou inferiores, bem como o mundo jurídico, com a ciência, com o povo e a própria opinião pública.

12. Tendo em vista ser o processo um mecanismo de comunicação entre as partes, é necessário que estes sujeitos estejam em condições de compreenderem e de serem compreendidos, no sentido de serem identificados pela relação jurídica processual como seres concretos e não abstratos. Neste sentido, o juiz, ao proferir a sentença, deve ter consciência da vida e do contexto sócio-econômico completo em que as partes estão inseridas

13. O direito de participação conferir às partes os efeitos das decisões proferidas no processo, sabe-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o do contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental, conforme já referido em capítulos anteriores (Art. 5º, LV, CF).

14. O contraditório, como mecanismo que garante a possibilidade de participação das partes, ainda que mediante alegações, provas, etc., não é suficiente para garantir a legitimidade do processo jurisdicional.

15. O processo de cooperação entre as partes, numa legitimação de participação diante do processo é escopo imprescindível ao exercício da Jurisdição, eis que envolvem interesses de várias pessoas a fim de se buscar a solução mais adequada.

16. A presença ativa e participante das partes serve também como instrumento ao magistrado na tradução do fato social, favorecendo o processo dialógico, a democracia de atuação no desenvolvimento dos atos processuais, bem como acerca do êxito da controvérsia, dando importância não apenas para o fato de qual o resultado que será obtido, mas também de como este fato será alcançado.

17. A segurança jurídica, ao lado da justiça, é considerada sustentáculo e fundamento para o Direito, tendo em vista que o Ordenamento Jurídico Brasileiro almeja, o tempo todo, compatibilizá-los, conciliando-os da forma mais harmônica possível. É preciso que o ordenamento jurídico esteja coerente e, de certa forma, viva uma situação de tranquilidade interna para conseguir lidar com os desarranjos que surgirão.

18. O grande desafio dos dias atuais é fazer com que o progresso social venha embutido com a concretização da satisfação da população em geral, ou seja, fazer com que as manifestações do poder consentido ao Estado representem, em sua integridade, a satisfação de interesses gerais. Eis um grande desafio às Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

19. “O Direito não pode ser visto apenas como uma ciência interpretativa e normativa, mas como uma ciência que precisa, como todas as outras, retratar a realidade e o mundo dos fatos”.<sup>338</sup>

---

<sup>338</sup> Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18ª Ed. Volume 01. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil – Leis nºs 11.232/2005, 11.277/2006 e 11.276/2006. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 7, n. 40, mar./abr. 2006.
- ALMEIDA, Luís Nunes de, **Relatório na XV Mesa Redonda Internacional** realizada em Aix-em-Provence, em setembro/1999, sobre o tema Constitution et sécurité-juridique. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999, Paris:Economia, 2000.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Tutela antecipatória – enfoque em ações declaratórias e constitutivas**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ASSIS, Arnaldo Camanho de. **A Antecipação de tutela e citação do réu**. Disponível em: <[www.escriptorioonline.adv.br/textos/antecipacao-de-tutela-e-citacao-do-reu.htm](http://www.escriptorioonline.adv.br/textos/antecipacao-de-tutela-e-citacao-do-reu.htm)>. Disponível em: 17 fev. 2010.
- ASSIS, Carlos Augusto De. **O dever de falar a verdade e o processo civil**. *revista iob de direito civil e processual civil*, Porto Alegre, v. 11, n. 61, set.-out. 2009.
- ASSIS, Carlos Augusto de. **Os atalhos do processo civil e o julgamento do mérito**. *revista iob de direito civil e processual civil*, Porto Alegre. v. 9, n. 54, jul. ago. 2008.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do Processo Civil Contemporâneo – Sua evolução ao Lado do Direito Material. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 56, nov.-dez. 2008.
- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v.1.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AMEIDA, Rafael Augusto Paes de. **A cognição nas tutelas de urgência do processo civil brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=868>>. Acesso em: 5 jan. 2010.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 1129 a.
- BACCHELLI, Professor. **Do processo e do procedimento**. Disponível em: <<http://professorbacchelli.spaceblog.com.br/210224/Procedimento-no-Direito-Processual-Civil/>>. Acesso em: 4 nov. 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na Reforma do Código de Processo Civil. **RePro**, São Paulo, v. 21, n. 81, jan-mar.1996.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto (Org.); BERCELLOS, Ana Paula De; **O começo da história**. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Revista: A nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: RENOVAR, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Direito e processo**. Publicado em "Processo e Constituição". Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença civil**: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BORGES, Arnaldo. **Origens da filosofia do direito**. Sergio Antonio Fabris Editor,

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil** (arts. 270 a 331). 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, n. 42, jan.-mar. 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v.1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional e política. **Revista Direito Público**, n. 10, p. 5-15, out./nov./dez. 2005. Disponível em: <<http://201.38.128.50/ojs/index.php/direitopublico/article/viewFile/181/214>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva. **Lições de teoria geral do processo**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1996.

CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

COSTA, Carnio Costa. O novo processo de execução de sentença, à luz das alterações promovidas pela lei nº 11.232/2005. **Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 7, n. 41, maio./jun. 2006.

CUNHA, Graziela Santos da; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 135, maio 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos Humanos e Dignidade da Pessoa Humana no Direito do Trabalho Brasileiro. **Revista Síntese Trabalhista**, v.17, n. 197, nov. 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios constitucionais do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 31, n. 117, p. 167, jan.-mar. 2005.

DESZUTA, Joe Ernando. Um direito do trabalho mínimo ou um mínimo de Direito do Trabalho Bases para um novo Direito do Trabalho. **Revista de Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 22, n. 255, mar. 2005.

DIAS, Iberê de Castro. **Teoria geral do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Millenium, 2004.

DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei n. 11.277. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 37, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito brasileiro: teoria geral do direito civil**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **O princípio da razoável duração do processo sob o enfoque da jurisdição, do tempo e do processo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8304>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação de tutela no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FERRARI, Katharina Maria Marcondes. **O princípio da razoável duração do processo e os prazos para emissão dos pronunciamentos do juiz**. Disponível em: <<http://estudandoodireito.blogspot.com/2006/08/o-princo-dos-pronunciamentos-do-juiz.html>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO CIVIL – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. Coordenador José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **O futuro dos direitos humanos fundamentais.** *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 10, n. 232, set. 2006.

GOMES, Dinaura Doginho Pimental. Direitos fundamentais sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 13, n. 53, out-n-dez. 2005.

GOMES, Dinaura Godinho Pimental. O processo de afirmação dos Direitos Fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. *Revista de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 11, n. 24, p. 110, out.-dez. 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

GOUVEIA, Lúcio Grassi De. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 34, n. 172, jun. 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** 2.ed. Tradução de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 41, São Paulo, 2006.

LACERDA, Galeno. **Teoria geral do processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória.** São Paulo: RT, 2000.

MAHNKOPF, Birgit. **O futuro do trabalho: globalização da insegurança.** Globalização e Justiça II). SOUZA, Araiton G.; Peterson, Nikolai (org). Porto Alegre: Edipucrs, 2005. Coleção Filosofia, n° 186.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Globalização. Síntese Trabalhista n° 99 - SET/1997. *Revista Eletrônica JURIS SÍNTESE IOB*, mar/abr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 8, n. 29, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINEZ, Maria Beatriz. O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 128, out. 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. **Execução Civil**: Princípios Fundamentais. São Paulo: RT 2002.

MEDINA, José Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Parte geral e processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. A tutela antecipatória e o perigo de irreversibilidade do provimento. **RePro**, São Paulo, v. 22, n. 86, abr-maio, 1997.

MELO, Sandro Nahmias. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 11, n. 43, abr.-jun. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002.

MOLITOR, Joaquim. **Plenitude de defesa**: temas de processo civil – estudos em homenagem ao professor Jorge Luiz de Almeida. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 155.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004,

MORAES, José Rubens de. Cumprimento de sentença e execução – uma breve abordagem histórica. **Revista Jurídica Notadez**, São Paulo, v. 54, n. 345, jul. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

OFFE, Claus. **Princípios de Justiça Social e o futuro do Estado de Bem-Estar Social**. (Globalização e Justiça II). SOUZA, Araiton G.; Peterson, Nikolai (org). Porto Alegre: Edipucrs, 2005. Coleção Filosofia, n° 186

ORIONE NETO, Luiz. **Tratado das liminares**. São Paulo: LEJUS, 1999. v. 1.

PASETTI, Babyton. **A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PIERI, Divanir Marcelo de. **Concessão da tutela antecipada *inaudita altera parte***. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora RT, ano 89, v. 773, mar/2000.

PIOVESAN, Flávia; FREITAS JR, Antônio Rodrigues. Direitos Humanos na era da globalização: o papel do 3º setor. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: RT, ano 28, v. 105, jan.-mar. 2002.

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

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos humanos e meio ambiente do trabalho – título executivo constitucional – tutela jurisdicional. **Revista Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 22, n. 2258, jun. 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 4.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCHAFF, Adam. **A Sociedade Informática: as conseqüências sociais da segunda revolução industrial**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

SILVA, José Afonso, **Curso de direito constitucional positivo**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista Da. Processo e ideologia. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 8, n. 29, 1996.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, p. 1287, nov. 2005 apud BONAVIDES, P. “**Curso de direito constitucional**”. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 11, nov. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, PR, n. 2, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 31, n. 136, jun. 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, jul. 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O novo processo civil brasileiro**: no liminar do novo século. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Prova escrita na ação monitória. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 349.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoiético**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Direito processual civil**: do antigo ao novo código. Coimbra: Almedina, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel. **Breves comentários à nova sistemática processual civil, II: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed., São Paulo: DPJ, 2005.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. **Genesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, v. 1, jan/abril, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais**: a reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996.