

FDV - FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA

**NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO
CONTRADITÓRIO E SEU PAPEL NO DIREITO
FUNDAMENTAL AO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA
(ART. 5º, XXXV, LIV, LV E LXXVIII, DA CF/88): O PRINCÍPIO
DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO**

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Cassio Scarpinella Bueno (Orientador)

Professora Doutora Carolina Bonadiman Esteves

Professor Doutor Eduardo Talamini

VITÓRIA

2008

Dedico o fruto da presente Dissertação,
primeiramente e sempre, à DEUS;

À minha família, principalmente minha mãe,
Conceição, e minhas irmãs, Fabíola e Fabiana por
todo o apoio;

À minha esposa Adriana por tudo que representa;

Aos meus colegas de trabalho sem a ajuda dos
quais não teria como dar início e concluir o curso;

Aos professores e colegas da FDV, instituição que
sempre tive como segundo lar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço e agradecerei sempre ao meu Professor Orientador, que mesmo em razão da distância sempre se mostrou disponível a tirar dúvidas e prestar os esclarecimentos necessários ao desenvolvimento da presente tese, e, sem dúvida, por ser um paradigma a ser observado por todos os que vejam como especial a carreira acadêmica.

Especial agradecimento não poderia faltar, igualmente, aos meus colegas e sempre Professores Flávio Cheim Jorge e Marcelo Abelha Rodrigues, por quem sempre cultivei admiração acadêmica, profissional e pessoal.

Aos membros da banca examinadora por terem aceitado o convite e participar de minha defesa.

RESUMO

A presente dissertação pretende demonstrar que o direito fundamental de acesso à justiça é um direito muito mais amplo do que o mero acesso formal ao Poder Judiciário, idéia esta que pode ser alcançada pela rápida e descompromissada, tradicional e, até mesmo, antiga leitura do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88. Busca-se demonstrar como o acesso à justiça se enquadra nas atribuições de todos os poderes do Estado, além de ser um direito garantido antes mesmo do início do processo judicial. Para que este direito de acesso à justiça possa ser entendido como acesso à ordem jurídica justa, mister que, sob a ótica do Poder Judiciário, a tutela dos direitos das partes (tutela jurisdicional em sentido amplo) seja prestada de forma adequada, sendo o processo importante mecanismo para a concretização destes direitos. A solução para a efetividade do processo está dentro do próprio sistema processual vigente, havendo necessidade, apenas de uma nova visão e interpretação das normas já inseridas em nosso ordenamento jurídico processual, mormente no que se refere ao princípio do contraditório como participação efetiva e diálogo judicial.

SUMÁRIO

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO	9
1.1. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	9
1.2. CONSTITUCIONALISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
1.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	18
2. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO DIREITO FUNDAMENTAL....	22
3. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL PELO CONSTITUINTE DE 1988	25
4. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA SOB A ÓTICA DA ATRIBUIÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO.....	42
4.1. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA PELO PODER JUDICIÁRIO ..	42
4.1.1. <i>Evolução histórica da ciência processual civil.....</i>	67
4.1.2. <i>Os escopos da jurisdição na perspectiva dos direitos fundamentais ...</i>	74
4.1.3. <i>Necessidade de adequação das técnicas processuais para conferir efetividade à tutela jurisdicional</i>	77
4.1.4. <i>A tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental</i>	81
5. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO AO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ..	85
5.1. BREVE NOTÍCIA SOBRE A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	85
5.2. O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	92
6. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO A COOPERAÇÃO JUDICIAL ENTRE AS PARTES, O ESTADO JUIZ E TERCEIROS, PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	103
6.1.1. <i>O contraditório e as questões que o juiz pode conhecer de ofício.....</i>	125
6.1.2. <i>A estabilização da demanda, o contraditório e o acesso à ordem jurídica justa</i>	134
6.1.3. <i>O princípio do contraditório na interposição e julgamento dos embargos de declaração.....</i>	142
6.2. EXISTÊNCIA DE NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO PARA A APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO COMO COOPERAÇÃO.....	147
6.3. MECANISMOS DO SISTEMA QUE INIBEM A UTILIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO PARA PROTELAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL POR INICIATIVA DAS PARTES: REPRÊSSÃO E PREVENÇÃO À LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	150
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	164

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como ponto de partida a observação, durante o curso, de um paradigma emergente do direito processual, em especial o processo civil, fundando suas premissas na Constituição Federal, a partir do denominado “modelo constitucional do direito processual civil”. Com base nisso, deu-se especial ênfase ao acesso à justiça e seu alcance por meio do contraditório, visto sob um novo ponto de vista, a saber, a cooperação entre juiz, partes e terceiros, tendentes a extrair do processo judicial muito mais do que se retira atualmente, conferindo à atividade jurisdicional a maior amplitude e aproveitamento possível. Para isso pretende-se abarcar o referido princípio do ponto de vista da doutrina e legislação estrangeira, mormente a de Portugal e Alemanha, assim como, demonstrar os prós e contras da aplicação do instituto no Brasil, verificando se o sistema processual brasileiro já permite a aplicação da cooperação e se existem ou não condições para o desenvolvimento desta faceta do contraditório no processo judicial brasileiro.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONSTITUCIONALISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO

1.1. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de qualquer manifestação acerca do tema central do presente trabalho, imprescindível trazer à baila breve consideração evolutiva e histórica¹ dos direitos fundamentais, no mundo e no Brasil, pois sem isso se corre o risco perder de vista o elo de ligação entre o acesso à justiça, contraditório, o devido processo legal e os direitos fundamentais.

Na doutrina pátria, Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar especificamente da evolução dos direitos fundamentais, citando K. Stern, destaca três etapas da evolução destes direitos, a saber: uma fase pré-histórica, que durou até o século XVI; uma fase intermediária, referente à elaboração da doutrina jusnaturalista e elevação dos direitos fundamentais do homem, e; por fim, a fase de constitucionalização destes direitos, em 1776, surgida das declarações de direitos nos novos Estados americanos.² Introduziremos, nesta classificação, a fase contemporânea dos direitos fundamentais, que surgiu com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, reiteradas pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993³.

Historicamente, os direitos fundamentais do homem surgiram, como afirma Alexandre de Moraes, “da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das

¹ Sobre a evolução dos direitos fundamentais, remetemos o leitor ao capítulo 2 da obra de Ingo Wolfgang Sarlet. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43 e seguintes.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 44.

³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 16.

idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”⁴. Esta, no caso, a fase pré-histórica, derivada da “filosofia-clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão”⁵.

Em 1215, a Magna Carta inglesa (Magna Charta Libertatum) foi o primeiro documento escrito a dispor sobre os direitos humanos fundamentais (hoje chamados de direitos fundamentais), não servindo, no entanto, como forma de controle dos poderes dos príncipes, pois estes afirmavam que estes direitos seriam protegidos de melhor forma se ficassem sob sua responsabilidade⁶, além de ter sido um documento que protegia, especificamente, os direitos da nobreza e da igreja, não alcançando a maior parte da população da época⁷.

Em 1776, a Declaração de Direitos do povo da Virgínia⁸ “marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”⁹,

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45. Com o mesmo entendimento, enfatizando o reconhecimento de direitos inalienáveis do homem pelas concepções filosóficas, FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 27.

⁶ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 27.

⁷ “Desde já há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses ‘direitos’ e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população de seu gozo.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 49.

⁸ Como bem afirma Fábio Konder Comparato, “a importância histórica da Declaração de Independência está justamente aí: é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Nas nações da Europa Ocidental, com efeito, a proclamação da legitimidade democrática, com o respeito aos direitos humanos, somente veio a ocorrer com a Revolução Francesa, em 1789. até então, a soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do reinado pelos estratos sociais privilegiados.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103-104. Ainda demonstrando a importância de tal documento para a evolução dos direitos individuais, o autor destaca que “a independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte, em 1776, reunidas primeiro sob a forma de uma confederação e constituídas em seguida em Estado federal, em 1787, representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e o respeito aos direitos humanos.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 9. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato afirma que “se, juridicamente, o principal precedente das declarações de direitos norte-americanas é o *Bill of Rights* inglês de 1689, o seu fundamento filosófico vem não só de Locke, mas também do pensamento ilustrado europeu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e Rousseau. Os norte-americanos, porém, não se limitaram a receber passivamente esse patrimônio cultural: foram mais além, e transformaram os antigos direitos naturais em direitos positivos, reconhecendo-os como de nível superior a todos os demais. Seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos

proclamando os direitos à vida, à liberdade e à propriedade, além de outros direitos já consagrados pela Magna Carta inglesa, como o devido processo legal, e outros, como a legalidade, princípio do juiz natural e imparcial¹⁰.

Em relação à contribuição dos franceses, em 1789, foi elaborada a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, “fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França”¹¹, e reconheceu a existência de direitos de “igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade”¹², entre outros direitos considerados direitos do homem e do cidadão.

Não se pode perder de vista, por isso, a contribuição que estas declarações, americana e francesa¹³, deram para a afirmação dos direitos humanos, ambas influenciadas pelas teorias jusnaturalistas, “reconhecendo ao ser humano direitos naturais inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento”¹⁴.

humanos a qualidade de direitos fundamentais, isto é, direitos reconhecidos expressamente pelo Estado, elevando-os ao nível constitucional, acima portanto da legislação ordinária.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 108.

¹⁰ DIMOULINS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 51. No mesmo sentido, cf. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103-104.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52. Fábio Konder Comparato, analisando a Revolução Francesa, afirmando a existência de um espírito universal da Declaração Francesa de 1789, que “o estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bills of rights* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firma sua independência e estabelecer seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos. Aliás, o sentido que atribuíam à sua *revolution*, como acima lembrado, era essencialmente o de uma restauração das antigas liberdades e costumes, na linha de sua própria tradição histórica. Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros.” COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 129-130.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 10.

¹³ “A grande diferença está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral. Isso se torna claro no fato de que a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer.” DIMOULINS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 27-28.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 52. O autor ainda destaca que a despeito de toda controvérsia existente acerca da gradação de influência das declarações americana e francesa entre si, não se

Nesta fase evolutiva, iniciou-se a constitucionalização dos direitos fundamentais, pois nas Constituições francesa e americana foram inseridos os direitos previstos anteriormente nas Declarações de Direitos acima citados.¹⁵

1.2. CONSTITUCIONALISMO, ESTADO DEMOCRÁTICO E DE DIREITO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como se viu, os hoje denominados direitos fundamentais são mais antigos que as primeiras Constituições escritas¹⁶, razão pela qual não se deve ter em mente que estes direitos surgiram com a idéia do constitucionalismo.¹⁷

O desenvolvimento da idéia de um Estado constitucionalmente organizado, teve início no século XVIII¹⁸, por meio das revoluções francesa e americana, como se

pode mensurar, precisamente, como as idéias francesas e americanas influenciaram e sofreram influência uma das outras: “A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial, de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra, sendo desnecessária, para os fins de estudo, qualquer análise que tenha como objeto a mensuração da gradação de intensidade desta influência mútua, se é que tal aferição se afigura viável.”

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 61. Cabe ainda destacar, na doutrina pátria, as considerações feitas por Ingo. W. Sarlet: “Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

¹⁷ Nos dizeres de Canotilho, “as Constituições escritas são uma criação da época moderna. No entanto, todas as sociedades politicamente organizadas, quaisquer que sejam as suas estruturas sociais, possuem certas formas de ordenação susceptíveis de serem designadas por constituição.” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 57.

¹⁸ Divergindo no tocante à data do surgimento do Estado do ponto de vista político, Dimitri Dimoulins e Leonardo Martins destacam que “quando nos referimos ao Estado enquanto condição básica para justificar a existência de direitos fundamentais, referimo-nos ao Estado moderno. Do ponto de vista das idéias políticas, o surgimento do Estado se relaciona com análises político-filosóficas do século XVII em reação à estratificação e fragmentação medieval do poder político.” DIMOULINS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

demonstrou acima. A partir daí, foram traçadas idéias de um núcleo mínimo das Constituições, a saber, a previsão de liberdades individuais, divisão de poderes e a necessidade da constituição ser um documento escrito¹⁹.

A positivação dos direitos fundamentais ocorreu, inicialmente, com as Constituições americana e francesa²⁰, sendo que em relação a esta última, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que “foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX”²¹.

Neste sentido, temos que os direitos fundamentais são peças-chave de uma Constituição, pois permitem a observância e consagração da dignidade da pessoa humana, impedindo o arbítrio estatal, limitando o exercício deste poder pelos governantes²².

Portanto, os direitos fundamentais estão intimamente ligados à concepção do Estado de Direito e à noção de Constituição²³, razão pela qual Ingo Wolfgang Sarlet, fazendo referência expressa a trecho da obra de Klaus Stern, destaca que:

2007. p. 24. No entanto, os referidos autores destacam que os três elementos que permitem o reconhecimento dos direitos fundamentais, a saber, o Estado, o indivíduo e texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduos, somente foram observados a partir do século XVIII, conforme se destaca das considerações feitas na página 26 da mesma obra.

¹⁹ “Com o triunfo do movimento constitucional, impôs-se também, nos primórdios do século XIX, o chamado *conceito ideal de constituição* (C. Schmitt). Este conceito ideal identifica-se fundamentalmente com os postulados político-liberais, considerando-se como elementos materiais caracterizadores e distintivos os seguintes: (a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o *princípio da divisão dos poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito)”. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 63. Neste sentido, ver ainda COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 103-104 e 108.

²⁰ João Pedro Gebran Neto, inclui nesta evolução o direito alemão, mencionando que são três processos históricos para se alcançar o Estado de Direito: o francês, o alemão e o inglês. “Os três processos históricos foram distintos, mas essencialmente tinham o mesmo objetivo, a limitação da atividade do Estado-soberano. Esses movimentos sociais, mais o racionalismo e o iluminismo que os sucederam, culminaram por estabelecer direitos e garantias mínimas para os cidadãos. A esses direitos mínimos se convencionou chamar ‘direitos fundamentais’, cujo reconhecimento e consagração passaram a ser considerados indispensáveis para a existência de um Estado de Direito. Mas não bastava. Indispensável que viesse acompanhado de regras de supremacia da Constituição ante o poder legislativo ordinário, sob pena de o Estado readquirir, pela via do legislador, os poderes que perdera.” GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53.

²² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 2.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69.

[...] a idéia de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.²⁴

Inclusive, neste mesmo sentido, temos a pena de João Pedro Gebran Neto, quando afirma que “o Estado de Direito repousa na existência de uma Constituição escrita, que goze de supremacia sobre as demais regras jurídicas e, ao mesmo tempo em que trate da organização estatal, cuide de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais.”²⁵

Como se viu acima, a Constituição escrita surgiu como forma de limitação do poder estatal e garantia da liberdade do homem, retirando do Estado absolutista o poder e dividindo-o de forma a permitir maior controle, pelos indivíduos, dos atos do Estado, dando ênfase aos direitos fundamentais, observados, inicialmente, na sua função de defesa:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa par aos poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).²⁶

E é justamente nesta concepção que se encontra o elo de ligação entre os direitos fundamentais, o Estado de Direito e a Constituição, na medida em que o Estado foi criado para proteger o cidadão dos abusos praticados pelos soberanos absolutos e desta concepção não pode excluir a plena realização dos direitos²⁷. Neste sentido, a

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69.

²⁵ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 541.

²⁷ “Genericamente, no Estado Constitucional e de Direito, os direitos fundamentais limitam a ação do Estado impondo a criação de um ordenamento jurídico positivo coerente com o respeito à dignidade da pessoa humana, inclusive criando mecanismos adequados para as soluções das situações de

pena de Ingo Wolfgang Sarlet cai bem ao destacar a função dos direitos fundamentais inseridos na Constituição como direitos que visavam, inicialmente, a limitação e legitimação do poder do Estado:

[...] os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa de poder [...], critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que 'o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos.²⁸

José Joaquim Gomes Canotilho, professor lusitano, ao traçar as diretrizes acerca da Constituição Federal Portuguesa, afirma que os direitos fundamentais podem ser classificados de acordo com dois critérios: formalmente fundamentais e materialmente fundamentais²⁹.

Esta classificação também é adotada por Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de se referir à fundamentalidade formal e fundamentalidade material, afirmando que é da própria natureza dos direitos fundamentais o reconhecimento de sua "fundamentalidade"³⁰.

São direitos formalmente fundamentais "os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição [...] porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional."³¹

De acordo com o referido critério, a fundamentalidade formal (ou os direitos formalmente fundamentais) é aquela que se encontra positivada na Constituição de determinado Estado. Por isso, Ingo W. Sarlet afirma que:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso

conflitos intersubjetivos de interesses". GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 80-81.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 528.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88. Adotando a mesma classificação, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 166-167.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. rev. Livraria Almedina: Coimbra, 1993. p. 528.

direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido – se cuida de direitos de natureza *supralegal*; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60da CF), cuidando-se, portanto, (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de *direitos pétreos*, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte, [...] c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF)³².

Seguindo com a classificação proposta por Canotilho, podem existir “direitos fundamentais sem assento constitucional”, mais adiante denominados pelo autor de “*direitos materialmente fundamentais*” que são justamente aqueles direitos fundamentais que não foram positivados pelo constituinte.³³

Esta fundamentalidade material “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.”³⁴

Para o presente trabalho, portanto, será adotada a classificação acima proposta, ou seja, direitos fundamentais formalmente constitucionais e direitos fundamentais materialmente constitucionais.

Entender-se-á por *direitos fundamentais materialmente constitucionais* aqueles que cuidam de direitos intrínsecos à consecução das necessidades básicas da pessoa humana, proporcionando a ela o convívio social com dignidade e respeito. Os direitos fundamentais materialmente constitucionais, como se disse, não se limitam apenas aos direitos previstos pelo constituinte (positivados), mas alcançam também aquelas exigências universais, decorrentes da conscientização coletiva de que o ser humano necessita de um mínimo de dignidade e respeito para sua sobrevivência³⁵.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 528.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

³⁵ Mesmo entendimento é compartilhado, com base nas lições de Otto Bachof, por Carlos Alexandre de Azevedo Campos, quando destaca que “no Estado democrático de Direito, o fim maior do Estado é a proteção dos *direitos humanos*, positivados ou não e que preexistem ao Estado (direitos supraestatais, *überstaatlichem Recht*), pois são direitos anteriores à própria Constituição que os declara e, portanto, na linguagem de OTTO BACHOF, direitos *supralegais* (*übergesetzliches Recht*). CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A eficiência do controle da imposição tributária: a tutela

Fábio Konder Comparato, por sua vez, afirma que existe diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Para o referido autor, os direitos fundamentais “são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas”³⁶, dando a entender que os direitos humanos, em si, são todos os outros direitos reconhecidos pela interpretação de acordo com os princípios e costumes internacionais, não havendo necessidade de estarem previstos no ordenamento jurídico positivo. Thomas Fleiner afirma que “os *direitos humanos são os direitos da pessoa de conviver, conforme sua natureza, com outras pessoas*”³⁷, além de serem “*direitos que proporcionam aos homens os instrumentos, os meios, a possibilidade e a faculdade de proteger, por intermédio dos juízes e tribunais, os direitos que lhe são assegurados*”³⁸

Preferimos, no entanto, adotar a classificação proposta Ingo Wolfgang Sarlet, com base nas lições de Canotilho, ou seja, direitos formalmente fundamentais e direitos materialmente fundamentais.

Na atual concepção e estágio da evolução do direito constitucional, bem como, das funções atribuídas ao Estado, mormente na seara dos direitos fundamentais, deve-se analisar a questão sob o enfoque de que os direitos fundamentais “seguem até hoje determinando e condicionando a auto-evidência normativa (*das normative Selbstverständnis*) do Estado democrático de Direito”³⁹:

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além da sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Situando-nos naquilo que pode ser considerado um espaço intermediário entre uma indesejável tirania ou ditadura dos valores e, uma, por sua vez, impossível indiferença a eles, importa reconhecer que a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado que efetivamente mereça ostentar este título.⁴⁰

judicial efetiva em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Julho-Agosto de 2006. p. 149.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 224.

³⁷ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 20.

³⁸ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 25.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

Luiz Guilherme Marinoni afirma, reconhecendo os valores inerentes aos direitos fundamentais, que eles “incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos”⁴¹.

1.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com base no que foi exposto até o momento, inegável reconhecer que a Constituição Brasileira de 1988 abrigou em seu bojo diversos direitos fundamentais do homem, após o notório período da ditadura militar que durou mais de 20 anos.

Devido à redemocratização do país em 1985 e o fim do regime militar, o Constituinte procurou estabelecer, influenciado, claro, pela doutrina e legislação estrangeira, os direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido, pertinente a consideração feita por Ingo Wolfgang Sarlet:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.⁴²

Atendo a este fato, Pedro Miranda de Oliveira, afirma, corretamente, que a Constituição Federal promulgada em 1988 possui dois valores simbólicos, a saber, “o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167-168.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 75.

direitos humanos no Brasil”⁴³.

Não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 trouxe grandes novidades no que se refere aos direitos fundamentais. Uma delas, como bem informa Ingo Wolfgang Sarlet, é a “situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais”⁴⁴. O referido doutrinador ainda afirma que esta situação topográfica dos direitos fundamentais no início da Constituição Federal traduz “maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”⁴⁵, demonstrando que neste ponto o Constituinte laborou corretamente na formulação de nossa Carta Magna.

Analisando outra questão que pode ser vista como grande avanço, Luiz Guilherme Marinoni destaca que o texto constitucional vigente “confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais”⁴⁶, na medida em que impede a atuação, tanto do legislador como do poder constituinte reformador, quando tendentes a prejudicar tais direitos, incluindo tais direitos dentre as cláusulas pétreas elencadas no artigo 60 da a Constituição Federal⁴⁷.

Existe outro ponto positivo da Constituição Federal pátria, a saber, “a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos”⁴⁸ e que este catálogo de direitos fundamentais em nossa Constituição “contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos.”⁴⁹

O avanço de nossa Constituição em relação a este tema é tamanho, que seu artigo 5º, § 2º reconhece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não*

⁴³ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 689-690.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 166.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 166.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 79-80.

*excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*⁵⁰. Este o mesmo entendimento adotado por Luiz Guilherme Marinoni, quando afirma que a inserção desta regra destaca a existência de direitos materialmente fundamentais que não estão inseridos no Título II da Carta Magna⁵¹:

Como se vê, a Constituição, em seu art. 5º, § 2º, institui um sistema constitucional aberto à fundamentalidade material. Portanto, se a Constituição enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não significa que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – estejam inseridos em outros de seus Títulos, ou mesmo fora dela.⁵²

Com base neste dispositivo de nossa Constituição, existe, em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se “reconhecer direitos fundamentais não-escritos”⁵³, na medida em que existe a abertura para o reconhecimento de direitos fundamentais extraídos dos princípios sobre os quais se rege a Carta Magna, apesar de não estarem expressamente previstos no texto legal.

Analisando o teor da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Fábio Konder Comparato destaca que os direitos ali reconhecidos “correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana.”⁵⁴

Apesar desta classificação, como se disse acima, nosso ordenamento jurídico prevê, em norma positivada (art. 5º, § 2º da CF/88), o reconhecimento de direitos fundamentais não escritos ou fora do catálogo dos direitos previstos no artigo 5º a 7º da CF/88, bem como, derivados de tratados internacionais.

Por isso Ingo. W. Sarlet afirma, que apesar de não estar diretamente ligado ao direito positivo, e portanto, à fundamentalidade formal, “é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º da CF) que a noção da fundamentalidade material

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85.

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 224.

permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto.”⁵⁵

Em apertada síntese do que foi acima exposto, adotamos a proposta de definição trazida à baila por Ingo Wolfgang Sarlet acerca dos direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).⁵⁶

Existem, portanto, direitos que devem ser observados independentemente de previsão legal, pois são direitos inerentes ao convívio em sociedade e à dignidade da pessoa humana.

Dito isso e aplicando o referido conceito nos capítulos a seguir, pretende-se fazer a ligação entre o acesso à justiça pelo Poder Judiciário com a nova perspectiva do princípio do contraditório.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91.

2. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Neste capítulo, importante destacar o direito ao acesso à justiça como um direito fundamental.

Com base numa interpretação gramatical, restrita muitas vezes ao inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, e muitas vezes no intuito de dar relevante importância ao direito processual civil (tendo em vista que a promulgação da Constituição Federal ocorreu concomitantemente com a fase tecnicista do direito processual em nosso país), muitos denominaram o dispositivo de Princípio do Direito de Ação, o que não deve prevalecer, mormente se considerarmos a evolução do direito constitucional e a fase história de reafirmação dos direitos fundamentais.

E isto por um motivo muito simples: exalta em demasia a ciência processual e o direito de ação em si em detrimento da ciência constitucional, apequenando e enfraquecendo a potencial amplitude conferida ao termo previsto na Constituição Federal.

Devemos, antes, com base no que foi delineado anteriormente, classificar esta garantia constitucional de acesso à justiça dentro da classificação acima proposta. A classificação levará em consideração ser o acesso à justiça um direito fundamental formal ou um direito fundamental material.

Como se afirmou acima, os direitos fundamentais materiais não estão limitados ou restritos aos direitos previstos no ordenamento jurídico de um país (direito positivo), alcançando as exigências universais, provenientes da conscientização coletiva de que o ser humano necessita de um mínimo de dignidade e respeito para sua sobrevivência. Os direitos fundamentais formais, por outro lado, são previstos no ordenamento jurídico positivo.

Imprescindível, para esta classificação, que se analise a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução da ONU – Organização das Nações Unidas, nº 217-A

de 1948)⁵⁷, aqui considerados como direitos fundamentais materiais (dada a classificação e as características deste tipo de direito fundamental exposta no capítulo anterior), prevê em seus artigos 7º, 8º e 10º os direitos fundamentais a uma ordem jurídica justa:

Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a *igual proteção da lei*. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo VIII. Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes *remédio efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo X. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma *justa e pública audiência* por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (grifos nossos)

No presente caso, constata-se que a idéia promovida no presente texto (acesso à ordem jurídica justa por meio de todos os Poderes do Estado) é albergada nos referidos artigos. No artigo VII, é garantida a *proteção da lei* (acesso à justiça pela atividade administrativa e legislativa). Por sua vez, nos artigos VIII e X são garantidos os *remédios efetivos contra os atos que violem os direitos fundamentais e justa audiência para decidir sobre seus direitos* (acesso à justiça pelo Poder Judiciário).

Enfatizando a tutela dos direitos também pelo legislador, Luiz Guilherme Marinoni destaca que “há direito, devido pelo Estado-legislador, à edição de normas de direito material de proteção, assim como de normas de direito instituidoras de técnicas processuais capazes de propiciar efetiva proteção.”⁵⁸

Não se deve esquecer, outrossim, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica (de 22 de novembro de 1969), incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, que também estabelece algumas regras relativas ao acesso à justiça, principalmente estabelecendo direitos relativos ao contraditório, razoável duração do processo, juiz natural, duplo grau de jurisdição, ampla defesa,

⁵⁷ Declaração dos Direitos Humanos. http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php . **Nações Unidas no Brasil**. Acesso em: 05/01/2007.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 187.

instrução probatória, dentre outros. Como exemplo temos o artigo 8º, “1”, que determina que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por isso, o acesso a uma ordem jurídica justa, que respeite os direitos fundamentais de um cidadão e de uma coletividade, é um direito materialmente fundamental, independente de previsão legislativa.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL PELO CONSTITUINTE DE 1988

É pacífico na doutrina pátria especializada, que o cidadão brasileiro possui a garantia constitucional de acesso à justiça. Disso, não se tem dúvida. Ao contrário, todavia, do que muitos afirmam esta garantia constitucional de acesso à justiça não se encontra prevista, positivada, no artigo 5º, XXXV, da CF/88. Entender desta forma é desvirtuar, em significativa parte, o conteúdo desta garantia.

Este dispositivo constitucional é denominado de Princípio da Inafastabilidade do controle do Poder Judiciário, o que a nosso ver, é o mais correto.

Esse entendimento leva em conta que o “acesso à justiça”, enquanto visto como direito fundamental, não pode (na verdade, não deve), jamais, ser visto como mera possibilidade de acesso ao Poder Judiciário (justiça enquanto instituição) e obtenção de uma resposta jurisdicional. O direito fundamental de acesso à justiça (como valor), vai além da mera possibilidade de ingressar em juízo.

O acesso à “ordem jurídica justa”⁵⁹ (acesso à justiça) deve “ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”⁶⁰

A ordem jurídica justa não é apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário. É muito mais! Não se trata apenas de viabilizar meios processuais para garantir a sentença de mérito, nem mesmo de possibilitar o acesso aos mais necessitados. Não deve se resumir a este aspecto formal, visto como a possibilidade de ingressar em juízo para pleitear a tutela jurisdicional.

Kazuo Watanabe ao tratar do tema acesso à justiça salientou que a “problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto

⁵⁹ WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 129.

⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 12.

instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.⁶¹

O direito fundamental do cidadão de acesso a uma ordem jurídica justa, na verdade, é o que alberga não somente o acesso ao Poder Judiciário, mas sim, a uma ordem jurídica justa, também, no âmbito executivo e legislativo. Não se pode confundir o acesso à justiça (ordem jurídica justa) com o controle jurisdicional (acesso ao controle jurisdicional e solução de conflitos).

O inciso XXXV do artigo 5º da CF/88 expressa, na verdade, uma proibição à criação de empecilhos legais à proteção dos direitos dos cidadãos pelo Poder Judiciário, quando aquele direito estiver em vias de violação ou já estiver violado. Cassio Scarpinella Bueno, atento a isso, afirma que “qualquer lei que iniba a provocação do Estado-juiz para prestar tutela jurisdicional é, por isso mesmo, irremediavelmente inconstitucional”⁶².

Zaiden Geraige Neto, em obra específica sobre o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, explica que o referido inciso alberga o direito fundamental de acesso à justiça por meio do Poder Judiciário, visando garantir ao cidadão um processo judicial que alcance a finalidade para a qual foi criado, observando, sempre, outros direitos fundamentais de índole processual, como a isonomia, o contraditório, ampla defesa, celeridade, entre outros:

Isto é, essa garantia não pode ser interpretada como mera possibilidade de o cidadão ingressar em juízo, mas, muito mais do que isso, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional visa garantir ao jurisdicionado um processo célere com a devida segurança, e efetivo com a necessária justiça, norteado a luz do *due process of law* e, por conseguinte, dos princípios da isonomia, do juiz e do promotor natural, do contraditório e ampla defesa, da proibição da prova ilícita, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição – sem entrar no mérito de sua previsão Constitucional ou não – e outros.⁶³

A visão do acesso à justiça como direito fundamental, aqui compreendido como direito a uma ordem jurídica justa, deve ser analisada sob uma outra vertente,

⁶¹ WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna, In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, e WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 129.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 328.

⁶³ GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

afastando a idéia de acesso ao Poder Judiciário ou de mera proibição de leis que impeçam este acesso formal. E desta maior extensão decorre, justamente, o primeiro fundamento para que não se restrinja o acesso à justiça ao artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Afinal, “é *jurisdicional* a proteção outorgada mediante o exercício da *jurisdição*”⁶⁴, sendo certo que a “tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos”⁶⁵.

Analisando restritivamente o artigo 5º, XXXV, da CF/88, observa-se de sua literalidade uma norma jurídica de caráter proibitivo, pois ali contém a proibição de criação de leis que excluam da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ou a lesão a direitos (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”)⁶⁶.

Por isso, de acordo com o princípio da unidade da Constituição as normas ali inseridas não podem ser isoladas de todo o resto, devendo-se sempre harmonizar as regras e princípios lá existentes. Por isso José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-constitucional* e um importante elemento de interpretação. Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a

⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 61.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 61.

⁶⁶ Dignas de nota as considerações de Cândido Rangel Dinamarco ao tratar especificamente do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: O inc. XXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da *ação*, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as *crises jurídicas* capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida. Esse dispositivo não se traduz em garantia de mero ingresso em juízo ou somente do *juízo* das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. A garantia da *ação*, como tal, contenta-se em abrir caminho para que as pretensões sejam deduzidas em juízo e a seu respeito seja depois emitido um pronunciamento judicial, mas em si mesma nada diz quanto à efetividade da tutela jurisdicional. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja *efetiva* como resultado prático do processo”. DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 199.

Constituição possa ser uma 'unidade dividida' (P. Badura) dada a diferente configuração e significado material de suas normas, isso em nada altera a *igualdade hierárquica* de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.⁶⁷

Como se disse, o dispositivo constitucional tido como a previsão legal deste “acesso à justiça” (art. 5º, XXXV, da CF/88) nada menciona acerca da necessidade de “justiça” neste acesso ao Poder Judiciário ou proibição de leis ou qualquer outro ato que impeça este acesso. Ou seja, o referido artigo e seu inciso não contêm nenhuma expressão que obrigue haver “justiça” no acesso ao Poder Judiciário, o que fortalece a idéia de que o dispositivo somente permite o acesso formal a este poder estatal sob a modalidade de controle jurisdicional e não um acesso à ordem jurídica justa.

Contudo, com base nas melhores lições de interpretação, e como já foi salientado acima, um dispositivo não pode ser interpretado como se apartado fosse de todo o resto do corpo legislativo no qual se encontra inserido. Isso, principalmente se tratando de direitos fundamentais e das normas inseridas na Constituição Federal.

Além do professor português José Joaquim Gomes Canotilho, a doutrina nacional encontra referência expressa à necessidade de interpretação conjunta das normas jurídicas, especialmente quando se trata da realização dos valores e direitos compreendidos na Constituição Federal, ápice do ordenamento jurídico. Defendendo esta idéia de interpretação integral do ordenamento jurídico, pode-se citar a doutrina de Humberto Ávila:

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.⁶⁸

O acesso à justiça como acesso a ordem jurídica justa, portanto, deve ser

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1183-1184.

⁶⁸ ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27

interpretado levando-se em consideração o disposto no artigo 3º, I, da CF/88⁶⁹. Além disso, a nosso ver, deve levar em consideração, outrossim, o que há no preâmbulo⁷⁰. Apesar de não ser necessária a previsão expressa do acesso a uma ordem jurídica justa, dada a fundamentalidade material deste direito fundamental, em nosso ordenamento jurídico existe a previsão expressa de acesso a uma ordem jurídica justa⁷¹.

Analisando a importância e os valores fundamentais contidos nos quatro primeiros artigos da Constituição Federal e no seu Preâmbulo, João Batista Herkenhoff, professor capixaba, que, há muito, tem se esforçado em divulgar e enaltecer a importância dos direitos humanos, bem salienta que:

Embora não fazendo parte do preâmbulo, os artigos 1º, 3º e 4º da Constituição Brasileira também agasalham princípios orientadores, esposam *valores fundamentais*. Esses princípios e valores completam e explicitam a tábua de opções ético-jurídicas do preâmbulo. Se considerarmos esses artigos, como é metodologicamente correto, complemento do preâmbulo, concluiremos que a *enunciação de valores humanos e democráticos da Constituição do Brasil* avanta-se ao código de valores inscrito no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁷² (grifos nossos)

Por isso, limitar o direito de acesso à justiça à mera apreciação de conflitos pelo Poder Judiciário, isolando o artigo 5º, XXXV, da CF/88, seria limitar em demasia a

⁶⁹ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

⁷⁰ PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a *igualdade e a justiça como valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷¹ Humberto Theodoro Júnior, em artigo destinado a conferir importância ao processo judicial como processo que tenha como finalidade a entrega da justiça, destaca, apesar de restringir a análise da justiça ao processo judicial, afirma que “vale a pena recordar que já no preâmbulo da Constituição brasileira atual ficou declarado que a justiça, como outros valores igualmente relevantes e supremos (como liberdade, bem-estar, igualdade e segurança), integraria as metas a serem atingidas pelo Estado Democrático de Direito. E o art. 3º reafirmou que, entre os ‘objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil’, aparece em primeiro lugar o de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 14-15.

⁷² HERKENHOFF, João Batista. O preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos e o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil. in **Direitos Humanos: uma idéia, muitas vozes**. Capítulo 13 retirado do site <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro3/c13.html>, acesso em 19.11.2006.

garantia de “justiça”, valor supremo e objetivo fundamental da sociedade brasileira (preâmbulo e art. 3º, I, da CF/88).

Além disso, como se disse, quando se fala em acesso à justiça, sempre se vem à mente a idéia do *acesso formal* à uma justiça institucionalizada, ou seja, o acesso ao Poder Judiciário, justiça como *instituição* e não como *ordem jurídica justa*. Nunca se pensa, porém, que a maior parte da vontade da lei é acatada de forma *espontânea* pelas pessoas.

Por esse cumprimento espontâneo das normas legais, que não ensejam conflito de interesses, é que se demonstra, visivelmente e a princípio, o acesso à ordem jurídica justa, pois é o sinal de que as normas legais estão em sintonia com as exigências do povo para o qual são feitas e dirigidas⁷³. E justamente daí vem o segundo fundamento para que o direito fundamental de acesso à justiça não seja restrito ao inciso XXXV do artigo 5º da CF/88.

Vista a garantia de forma mais extensa (como mencionado acima), a *ordem jurídica justa* pode ser alcançada pela *atividade legislativa* adequada aos anseios e necessidades da população. Pode ser obtida, outrossim, pela atuação efetiva da *Administração Pública* nos ditames da Constituição e da lei. E, enfim, pode ser vislumbrada quando o *Poder Judiciário* resolve, soluciona, a contento (efetivamente, de forma eficaz e célere), os conflitos de interesses que lhe são submetidos à apreciação.⁷⁴

⁷³ Neste sentido, ver Cândido Rangel Dinamarco quando afirma que “a definição das regras de convivência está no plano do que se denomina *direito material* e revela-se nas técnicas pelas quais se definem abstratamente situações de vantagem ou de desvantagem de um indivíduo ou grupo de indivíduos perante outro e em relação a algum bem da vida – ‘*a seconda che la soddificazione di un determinato interesse debba essere garantita o contrastata secondo il giudizio dell ordinamento*’. A história das nações e do direito mostra como a ordem jurídica substancial procura ser o espelho dos valores vigentes em cada tempo e lugar: a evolução das escalas axiológicas repercute no ordenamento jurídico mediante o modo como define e dimensiona os direitos, poderes e faculdades, equilibrando-os com obrigações, deveres (inclusive os de abstenção), ônus etc.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 61-62

⁷⁴ Analisando a questão relativa à divisão de poderes do Estado, Humberto Theodoro Júnior, destaca que “quando o direito começou a se manifestar como o grande mecanismo civilizatório da convivência humana pacífica, o gênio romano concebeu um processo em que as grandes máximas seriam fixadas e consolidadas pelas decisões tomadas pelo *praetor*, ou pelo *judex* sob o credenciamento do primeiro. Dessa maneira, um ordenamento jurídico incipiente e incompleto iria se formar, aperfeiçoar e se impor tendo como fonte primordial a jurisdição. Só mais tarde, a história da humanidade registraria a formação do Estado de Direito e, mais recentemente, do Estado Democrático de Direito, em que as funções soberanas seriam divididas entre órgãos diferentes, cujas atuações haveriam de ser independentes, mas harmônicas entre si: a um órgão soberano do Estado caberia a função de criar as normas de direito, a outro, incumbiria a sua aplicação no desempenho da gestão dos serviços

Gilmar Ferreira Mendes, em artigo publicado na Revista Jurídica Virtual, destaca a necessidade de adequação das atividades legislativa e executiva para a eficácia dos direitos individuais, não se restringindo, assim, à atividade jurisdicional:

Se se pretende atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então deve-se *identificar precisamente os contornos e limites de cada direito*, isto é, *a exata definição do seu âmbito de proteção*. Tal colocação já é suficiente para realçar o *papel especial conferido ao legislador* tanto na concretização de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições. Evidentemente, não só o legislador, mas *também os demais órgãos estatais com poderes normativos, judiciais ou administrativos cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais*.⁷⁵ (grifos nossos)

Observe-se que a ordem jurídica justa é obtida não só pela “solução” dos conflitos de interesse, mas também, e principalmente, pela edição de normas justas e que se encontram em sintonia com os anseios do povo. José Roberto dos Santos Bedaque bem salienta este aspecto ao afirmar que “a efetiva proteção ao direito afirmado não integra, obviamente, a garantia da ação. Trata-se da real existência da tutela jurídica, questão a ser analisada exclusivamente à luz das regras substanciais e antecedente ao processo.”⁷⁶

Daí José Afonso da Silva dizer que “a lei, para ser autenticamente jurídica, tem que postular o valor de justiça”⁷⁷, o que fortalece a idéia aqui defendida de que o acesso à justiça, compreendido como acesso à ordem jurídica justa, não é atributo exclusivo do Poder Judiciário.

De imprescindível importância, como se sabe, que as leis editadas de maneira

públicas, e a um terceiro, tocaria a tarefa de compor os conflitos jurídicos, mediante interpretação e aplicação das normas legisladas ao caso concreto.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 11. Relevante, ainda, a lição de Marcelo Abelha Rodrigues, afirmando que “enquanto cabe à atividade legislativa a função de criar as leis e assim os direitos, e enquanto à administração está reservada a atividade de aplicar este direito em nome do bem comum, sem ser provocado para tanto, à atividade jurisdicional restou reservada a função de pacificar as lides quando provada para tanto.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Eletrônica Virtual**, Brasília, julho de 2000, volume 2, nº 14. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 19.11.2006.

⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 21.

formalmente corretas, estejam de acordo com os valores e princípios protegidos pela Constituição, além, é claro, esteja em consonância com os direitos fundamentais. Por isso se dizer que “a conduta do legislador tem como missão revelar, em preceitos genéricos, o Direito (fato, valor e norma), que, social e historicamente a sociedade tem como tal”⁷⁸.

José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que a lei não pode mais ser um empecilho ao reconhecimento e à concretização dos direitos fundamentais, pois:

A eficácia jurídica imediata que se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: *de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei* transitou-se para a idéia de *lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais*. De imediato, e de acordo com a concepção liberal de direitos fundamentais como direitos de defesa perante os poderes, a “actualidade vinculante” significava indisponibilidade (pelo menos no seu cerne essencial) destes direitos pelo legislador e possibilidade de invocação dos mesmos contra as próprias entidades legiferantes.⁷⁹

Observe-se que uma ordem jurídica justa não pode, sem o devido custo, ser alcançada se as edições legislativas não estiverem em sintonia com os direitos fundamentais do cidadão, o que demonstra a importância de uma atuação legislativa adequada e atenta às necessidades impostas pelo convívio social, sempre tendo como patamar, repita-se, os direitos fundamentais.

José Afonso da Silva salienta a existência da diferença entre Direito e direito legislado, afirmando, inclusive, que muitas vezes o direito legislado encontra-se em desacordo com o Direito sociocultural, cotidianamente observado nas relações sociais:

Muitas vezes, o direito legislado encontra-se em desacordo com o Direito sociocultural. Sobretudo, nos momentos de transição histórica, a ordem jurídica formal tende a permanecer estática, protegendo interesses conservadores, enquanto a ordem jurídica dinâmica se desenvolve, como Direito cultural e material, num sentido de justiça social, em flagrante contraste com a ordem formal. A contradição estabelece-se no interior do Estado entre as duas ordens: uma, formal e conservadora, a proteger

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 363.

privilégios; a outra, real e progressiva, a postular o valor do justo nas relações sociais.⁸⁰

Tecendo considerações sobre a “estrutura processual dos procedimentos de formação das leis” na Itália, Elio Fazzalari destaca que os membros do parlamento, apesar de compor o órgão legislativo daquele país, possuem íntimo elo de representação com os eleitores, devendo representar-lhes os interesses⁸¹.

Digna de nota a consideração do autor de que “os interesses, as vocações, as ideologias expressas pelos parlamentares reproduzem [...] os interesses, as vocações, as ideologias dos cidadãos e dos vários grupos em que eles, por meio de escolha feita, se colocam.”⁸²

A função do Poder Legislativo, tipicamente, “consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*.”⁸³

A República foi o regime político adotado por nossa Constituição Federal em seu artigo art. 1º, 3º, 4º e 18º da CF/88. A “*República* é o regime político em que os exercentes de funções políticas [...] representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente.”⁸⁴

Jürgens Habermans salienta que na concepção republicana, os direitos subjetivos “devem-se a uma ordem jurídica objetiva que ao mesmo tempo possibilita e garante a integridade de uma convivência com igualdade de direitos e autonomia, fundada no respeito mútuo.”⁸⁵ Ainda nas palavras do mencionado autor, tem-se que:

De um ponto de vista republicano, o objetivo de uma comunidade, o bem comum, substancialmente consiste no sucesso de seu empenho político por definir, estabelecer, efetivar e sustentar o conjunto de direitos (ou, menos tendenciosamente, leis) melhor ajustados às condições e costumes daquela

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 18-19.

⁸¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 709.

⁸² FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 710.

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108.

⁸⁴ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 13.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgens. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, 1995, volume nº 36, p. 41.

comunidade [...]”⁸⁶

Permanecendo no tratamento do ponto de vista republicano, o autor menciona que o processo político visa a “consecução de um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou pelo menos aceitável, de ordenar aqueles aspectos da vida que se referem as relações sociais e à natureza social das pessoas.”⁸⁷

A função legislativa, sem dúvida, merece especial atenção, pois é a fase de estabelecimento de direitos e deveres. Esta importância levou Geraldo Ataliba a afirmar que esta atividade é a mais nobre de todas as funções públicas, pois é aquela que estabelece, com força obrigatória, a conduta a ser seguida pelas pessoas:

Deveras, esta é a mais nobre, a mais elevada e a mais expressiva de todas as funções públicas. Quem pode fixar genérica e abstratamente, com força obrigatória, os preceitos a serem observados não só pelos cidadãos, como pelos próprios órgãos do Estado, evidentemente enfeixa os mais altos e os mais expressivos dos poderes.⁸⁸

A atividade legislativa é tão importante para o acesso à ordem jurídica justa que não se deve esquecer que a ausência desta atividade também impede a concretização deste direito fundamental. Caso isso ocorra, caracterizada estará a omissão de atos necessários à concretização dos direitos das pessoas, mormente os direitos fundamentais. Não se pode esquecer que os direitos fundamentais, como se viu, possuem aplicação imediata e irrestrita, mas alguns destes direitos, para serem concretizados, precisam de uma regulamentação, no mínimo, orçamentária, como por exemplo, a saúde e a educação.

A omissão legislativa é caracterizada pela ausência de edições de leis quando são necessárias para regular alguma situação expressamente prevista pela Constituição Federal. André Puccinelli Júnior, tratando especificamente da inconstitucionalidade por omissão, conceitua omissão legislativa da seguinte forma:

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, 1995, volume nº 36. p. 42.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, 1995, volume nº 36. p. 43.

⁸⁸ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 48.

A omissão legislativa inconstitucional consiste numa abstenção indevida, ou seja, em não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma certa e determinada. É dizer: ela é aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em face de uma norma constitucional específica, cuja exequibilidade é dependente de integração normativa.⁸⁹

Evidente que a legislação, fase prévia ao estabelecimento dos conflitos de interesse civil, é o maior meio de se obter o acesso à justiça. “É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material”.⁹⁰ Ou seja, a forma mais básica, originária, dos direitos e deveres da sociedade não decorre, logicamente, das sentenças judiciais (solução dos conflitos de interesse), mas sim da atividade legislativa (instituidora destes direitos reconhecidos judicialmente), o que demonstra a sua real importância para a construção da ordem jurídica justa.

Isso tudo aponta para a necessidade de plena adequação do Poder Legislativo na constituição e manutenção da ordem jurídica justa mediante a responsável e decente atividade típica que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, qual seja, a edição das leis que melhor persigam o objetivo fundamental e valor supremo do Estado Brasileiro.

O artigo 1º, parágrafo único da CF/88 estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Sendo assim, se o poder soberano do povo é exercido pelos representantes eleitos, que compõem o Poder Executivo e o Legislativo, devem eles exercer esta função de acordo com os anseios da população, inclusive daqueles que não colaboraram para sua vitória política.

A ordem jurídica justa, outrossim, pode ser alcançada pela atuação decente da Administração Pública, para que ela não dê ensejo aos conflitos de interesse com o cidadão jurisdicionado por não estar cumprindo as normas legais impostas pelo

⁸⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

próprio Estado e pela Constituição.

Gustavo Binimbojm, ao tratar da supremacia constitucional, informa que ao Poder Judiciário cabe a guarda das normas jurídicas albergadas pela Constituição Federal, mas “também os poderes Executivo e Legislativo desempenham papel importante na defesa da supremacia constitucional”⁹¹.

O mencionado autor ainda destaca, sempre com enfoque à supremacia constitucional em idéia que pode ser aplicada na mesma linha de raciocínio aqui proposta para o acesso à justiça, que “todos os Poderes devem reverência à Constituição e, mais ainda, têm o dever de impedir, dentro de seu elenco de competências, qualquer atentado à Lei Fundamental.”⁹²

Elio Fazzalari, opinando de forma similar, afirma que as funções legislativa, jurisdicional e administrativa são deveres do Estado na sociedade moderna, objetivando o convívio social:

[...] as sociedades estatais modernas conferem ao Estado, enquanto sujeito (pessoa jurídica), uma pluralidade de deveres. Por exemplo, o dever de permanente formação e reposição do *corpus* das normas que regulam as condutas dos membros da sociedade (função ‘*legislativa*’); o dever de tutelar os interesses que as leis pouco a pouco imputam ao próprio Estado, por reconhecerem neles interesses que transcendem os interesses do indivíduo e pertinentes à coletividade (função ‘*administrativa*’, reflexo dos interesses na execução das leis que são confiadas ao Estado); o dever de gerir os meios necessários e suficientes para obter a cessação da conduta contrária a uma norma, por parte de um membro da sociedade (sujeito público ou privado), e dar lugar, diretamente ou mediante sub-rogação, a uma conduta *latu sensu*, restituidora da ordem jurídica (função ‘*jurisdicional*’).⁹³

O Poder Judiciário é apenas um órgão cuja *atribuição típica* é a solução dos conflitos de interesses. Ou seja, cuida especificamente daquelas relações jurídicas nas quais, uma das partes envolvidas, ou ambas, não observou espontaneamente alguma norma legal:

⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2^o ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 223-224.

⁹² BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2^o ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224.

⁹³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2006. p 27-28.

Nos casos em que *vontade da lei não é acatada espontaneamente pelos destinatários*, ante a proibição pelo Estado das vias de fato, deve ele assegurar de maneira efetiva a inviolabilidade dos direitos, conferindo ao titular de um interesse juridicamente protegido o direito à *tutela jurídica pela via específica*.⁹⁴ (grifos nossos)

Ao Poder Executivo, por sua vez, caracteriza-se pela “*função de governo*, com, atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e *função administrativa*.”⁹⁵

Percebe-se que tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo, possuem função de editar e sancionar leis, respectivamente, demonstrando a importância da harmonia entre os dois poderes na regulação da vida das pessoas. Desta forma, percebe-se a função dos outros Poderes da República na proteção das normas constitucionais, sendo-lhes atribuída, outrossim, extrema responsabilidade pela observância dos preceitos ali empregados.

Não se tem dúvida de que a edição de leis e sua plena observância pelos Poderes do Estado são formas de garantir a harmonia da ordem jurídica, ensejando o acesso à justiça tido como ordem jurídica justa.

Se o Legislativo, em sua atribuição típica de legislar, assim como o Executivo, em sua atribuição na participação do processo legislativo, possuem o dever de preservar os direitos fundamentais dos cidadãos, assim como, de formar um Estado que tenha como meta uma ordem jurídica que contemple as necessidades daquela sociedade, são eles importantes formas de se alcançar a tão aclamada “ordem jurídica justa”.

Na mesma esteira de pensamento, considerável é a orientação de Gustavo Binenbojm, tratando especificamente do Poder Executivo na guarda da Constituição, destacando duas vertentes de atuação deste órgão:

A primeira vertente, exercida em *sede legislativa*, consiste na participação do Chefe do Poder Executivo no processo de elaboração das leis. Tal participação se dá através do exercício do poder de veto [...]

A segunda vertente é aquela empreendida em *sede administrativa*, no âmbito interno do próprio Poder Executivo. Trata-se da possibilidade, reconhecida ao Chefe do Poder Executivo, de negar aplicação a uma lei

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 18.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108.

que lhe pareça inconstitucional.⁹⁶

A primeira destas vertentes vem na possibilidade do exercício do veto, com base no artigo 66, § 1º, da CF/88 quando o ato legislativo é contrário ao interesse público ou por violação à Constituição Federal.

Não trataremos da hipótese de veto por interesse público, porquanto tal possibilidade trata de “conceito vago, indeterminado, de elevado teor de subjetividade por meio do qual o Chefe do Poder Executivo manifesta sua posição política contrária ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo.”⁹⁷

Debruçar-nos-emos sobre a possibilidade de veto por inconstitucionalidade, na medida em que possui mais relevância com o tema de acesso à justiça como garantia fundamental.

Ao apresentar, nos moldes exigidos pelo artigo 66, § 1º, da CF/88, um veto por motivos de inconstitucionalidade, o Chefe do Poder Executivo não mais exerce um ato de índole estritamente subjetiva e vaga, mas sim, um ato de cunho “jurídico-constitucional, motivado pela desconformidade entre o projeto de lei e a Constituição.”⁹⁸

Agindo dessa forma, ou seja, observando-se os preceitos constitucionais no momento do veto legislativo, o Poder Executivo, invariavelmente, estará garantindo ao cidadão a ordem jurídica justa, evitando, nos limites de sua possibilidade, o ingresso no ordenamento jurídico de lei que atenta contra preceitos constitucionais.

Com o mesmo raciocínio deve ser entendida a segunda vertente indicada por Gustavo Binenbojm: não aplicação da lei inconstitucional.

Com a promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se a idéia de que os Chefes do Executivo não poderiam mais deixar de aplicar leis que considerassem inconstitucionais, sob o argumento de que, a partir desta nova ordem constitucional, estes possuíam legitimidade para iniciar o procedimento de controle de constitucionalidade das leis tidas por inconstitucionais.

⁹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224-225.

⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 228.

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 229.

Em combate a esta idéia é possível afirmar a possibilidade do Chefe do Executivo negar cumprimento a lei inconstitucional, pois esta possibilidade nunca possuiu como justificativa e fundamento a ausência de legitimidade para propositura de ações visando o controle de constitucionalidade. A justificativa e fundamento sempre decorreu da *supremacia constitucional*, e isso, certamente, não se alterou pela legitimidade para ajuizamento de ação para reconhecimento de inconstitucionalidade. “Em última análise, o pressuposto para que o Poder Executivo, em determinada situação, cumpra a Constituição é que deixe de cumprir uma lei que lhe contrarie o sentido.”⁹⁹

Cabe aqui registrar que Ruy Barbosa, já no ano de 1893, sustentou este entendimento, afirmando que a declaração de direitos pela Constituição Federal é *implicitamente* a proibição de sua *não* observância, inscrevendo-se na lei constitucional com o propósito explícito de atuar como *restrição* ao poder legislativo.¹⁰⁰

Se a força normativa da própria Constituição já deve ser considerada como meio de proibição de atuação do poder legislativo contra o texto constitucional, não seria lógico impedir que o Poder Executivo se furtasse a cumprir a lei inconstitucional em respeito, igualmente, à supremacia constitucional.

Outro fundamento que possibilita este descumprimento da lei inconstitucional decorre da norma prevista no artigo 85 da Constituição Federal. Este dispositivo imputa como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição Federal, e sendo assim, o descumprimento de leis consideradas inconstitucionais não poderia ser argumento para a imputação do crime de responsabilidade.¹⁰¹ Muito pelo contrário! Se o Chefe do Executivo aplicar lei inconstitucional, estará, conseqüentemente, praticando ato atentatório à Constituição Federal.

Outro forte argumento, defendido por Gustavo Binbenbojm, é de que a possibilidade de descumprimento da norma inconstitucional pelo Poder Executivo é artigo 102, § 2º, parte final, da Constituição Federal, *in verbis*:

⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 237.

¹⁰⁰ RUY BARBOSA. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensora, 1893. p. 220.

¹⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 238.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à *administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)¹⁰²

O raciocínio é o de que se foi necessário estipular em norma constitucional que a administração pública, direta e indireta, são obrigadas a observar as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, em especial a decorrente de ação declaratória de constitucionalidade (declara constitucionalidade da lei), é porque, sem dúvidas, há possibilidade da administração pública se opor à observância da lei vista como inconstitucional e que não possua esta definitividade em sede de controle de constitucionalidade.¹⁰³

De relevante importância, e demonstrando a plena aceitação da idéia, o trecho do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, já sobre a égide da Constituição de 1988, afirmando que:

[...] Os poderes executivo e legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só *determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais*.¹⁰⁴ (grifos nossos)

Igualmente, vale destacar o julgamento do Recurso Especial 23121/GO, que é enfático ao afirmar que “o poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”¹⁰⁵.

Destaque-se que se defende a não aplicação. Quem irá decidir, desde que questionado pelas vias previstas em lei acerca da correção desta atitude (não

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 240-241.

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Medida Cautelar na ADIN, nº 221. Procurador-Geral da República e Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 29 mar. 1990, disponível em www.stf.gov.br. Acesso em: 19.11.2006.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial nº 23121/GO, Estado de Goiás e Associação dos Procuradores do Estado de Goiás. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 06 out. 1993. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em: 19.11.2006.

aplicação da lei tida por inconstitucional), é o Poder Judiciário, que tem a função típica de solucionar este tipo de conflito.

Assim, a construção da ordem jurídica justa não é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo àqueles porventura prejudicados pelo exercício irregular destes órgãos as medidas judiciais e administrativas cabíveis.

Por isso, não se deve confundir a idéia de acesso à justiça, aqui entendida como acesso a uma ordem jurídica justa, apenas às atribuições típicas do Poder Judiciário. O acesso à justiça deve ser observado por todos os Poderes do Estado, quer na sua função típica ou não.

No entanto, no presente trabalho dar-se-á ênfase à função típica do Poder Judiciário, na medida em que é, por natureza, o órgão competente para solucionar os conflitos de interesse existentes na sociedade e onde se observará a necessidade de aplicação das normas referentes ao contraditório e sua vertente como cooperação judicial entre os sujeitos do processo.

4. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA SOB A ÓTICA DA ATRIBUIÇÃO TÍPICA DO PODER JUDICIÁRIO

4.1. O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA PELO PODER JUDICIÁRIO

Seguindo a linha traçada até o momento, classificamos o direito fundamental de acesso à justiça em duas vertentes: primeiro, a de acesso a uma ordem jurídica justa, abrangendo extensamente o conteúdo deste direito fundamental, englobando a atividade legislativa, executiva e judiciária, e, segundo, a de um direito fundamental a um controle jurisdicional efetivo e adequado às necessidades das pessoas e dos direitos em discussão, promovido exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Inclusive, como se viu, este direito fundamental encontra amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução da ONU – Organização das Nações Unidas, nº 217-A de 1948)¹⁰⁶, nos artigos 8º e 10º, que prevêm o recebimento “dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”¹⁰⁷, assim como, estabelecem o direito “em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir seus direitos e deveres”¹⁰⁸.

Como direito fundamental do homem, os denominados remédios efetivos contra atos que violem ou ameacem direitos fundamentais ou outros direitos, além da justa audiência para decisão acerca de seus direitos, devem ser adequados a atingirem

¹⁰⁶ Declaração dos Direitos Humanos. http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Nações Unidas no Brasil. Acesso em: 05/01/2007.

¹⁰⁷ **Artigo VIII.** Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes *remédio efetivo* para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

¹⁰⁸ **Artigo X.** Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma *justa* e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

estes objetivos. Daí decorre a finalidade do processo judicial, método¹⁰⁹ ou instrumento¹¹⁰ de trabalho adotado pelo Estado para solução dos conflitos de interesse a ele levados pelas partes envolvidas.

Não se tem dúvida que a proteção jurídica dos direitos, sejam eles fundamentais ou não, é um dos princípios norteadores do Estado de Direito, pois, “do princípio do Estado de direito, deduz-se, sem dúvida, a exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito*”¹¹¹, conferindo, portanto, proteção aos direitos. É abrangido ainda por este direito, que a proteção seja eficaz e adequada¹¹².

Contentemo-nos com o acesso à ordem jurídica justa por meio do Poder Judiciário. Mais precisamente, o acesso à ordem jurídica justa mediante o controle e solução jurisdicional, efetivo, dos conflitos de interesses gerados pelas relações sociais de natureza civil, não englobando o processo penal, o processo do trabalho, o processo eleitoral ou o processo militar. Eis o corte metodológico para a presente pesquisa.

Nossa Constituição previu, expressamente, a inafastabilidade do controle jurisdicional na apreciação de questões que envolvam ameaças e violação dos direitos das pessoas (art. 5º, XXXV). O referido dispositivo prevê, expressamente, o pleno exercício do direito de ação, ou seja, o direito do cidadão levar ao conhecimento do Judiciário seu conflito de interesse com outro particular ou com o Poder Público.

Seria, por assim dizer, e por muito tempo foi assim interpretado, o direito do exercício do direito de ação, sem que se analisassem os efeitos posteriores ao ajuizamento da ação e, principalmente, da efetivação da sentença que julga procedente o pedido. Os estudos tinham como paradigma metodológico o direito de ação. Não o processo, não a jurisdição.

A mudança do paradigma metodológico dos estudos da ciência processual foi

¹⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 238-239.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 47.

¹¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 385.

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 652.

preponderante para se dar ao direito processual o devido tratamento, conceitual e autônomo, sem perder de vista a sua função instrumental prevista na Constituição Federal, visando a consecução e tutela do direito material colocado em discussão dentro do processo.

Por isso, chegou-se à conclusão de que decorre também do art. 5º, XXXV, da CF/88, em análise conjunta com outros artigos e incisos da Constituição Federal (art. 3º, I, art. 5º, LIV, LV e LXXVIII), além das garantias previstas na Declaração de Direitos Humanos e no Pacto de São José da Costa Rica, o entendimento, correto, de que não basta garantir o acesso, apenas, ao Poder Judiciário. Este acesso deve ser facilitado, sim, é verdade. Porém, a resposta jurisdicional dada à questão deve ser efetiva, produzindo efeitos concretos para resolver o conflito e satisfazer a parte vencedora, tudo isso em um espaço de tempo razoável. Não se pode esquecer, no entanto, que até mesmo a parte sucumbente tem direito a uma proteção estatal, legislativa e judiciária, pois lhe é garantido direito de apresentação da defesa, além da garantia à ampla defesa e ao contraditório, sem se esquecer de outras garantias de índole processual. Chiovenda bem destaca este papel estatal quando afirma que com a restrição da autodefesa o Estado deve regular cada vez mais as relações entre as pessoas, assim como, prover, pelo processo, a observância destas normas, demonstrando a importância do processo judicial para a manutenção da sociedade e a necessidade de observância das normas processuais:

Quanto mais se reforça a organização política, tanto mais se restringe o campo da autodefesa, não, por certo, em virtude de um contrato entre os entes públicos e o indivíduo, mas pela natural expansão da finalidade do Estado. Enquanto de um lado, se regulam as relações entre indivíduos por meio de normas de lei sempre mais numerosas e precisas, do outro se provê com o processo a assegurar a observância das normas.¹¹³

A esta atuação do Estado¹¹⁴ pelo processo judicial, independentemente da vitória, denominaremos, de acordo com as lições Luiz Flávio Yarshell, *tutela jurisdicional*, na

¹¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bokseller, 1998. Vol. I, p. 57. Volume I

¹¹⁴ “E, além do quanto expendido, há que se considerar ainda que a *tutela jurisdicional* resulta da própria garantia do devido processo legal e dos meios dispostos às partes, para a obtenção de um resultado favorável. Dessa óptica, o desenrolar do processo dá-se sob o primado de inafastáveis (e já aludidos) *princípios, garantias ou regramentos* e, em face da respectiva atuação, não há como negar que o próprio devido processo legal – independentemente de quem vença – é forma de *tutela*.” YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 32.

medida em que apesar de o vencido não ter obtido sucesso em relação ao objeto do litígio, ele, certamente, teve assegurado todos os direitos e garantias inerentes ao procedimento:

Aceita a premissa anterior (tutela contida nos meios que conduzem ao resultado), é inafastável existir *tutela* para ambos os sujeitos parciais do processo. E também aceita essa premissa, não será difícil ir mais além para admitir – voltando, em parte ao resultado do processo – que o Estado também presta *tutela jurisdicional* ao *vencido*, embora de forma diversa daquela prestada ao vencedor.¹¹⁵

Esta nos parece a melhor forma de se conceituar a tutela jurisdicional, pois, efetivamente, não será somente o direito material discutido o único a ser tutelado pelo Estado durante o curso do processo. O Estado protege, resguarda, igualmente, o direito da parte (posteriormente vencida) exercer todos os direitos inerentes ao procedimento¹¹⁶. E não podemos deixar de lado a lembrança de que estes direitos de índole meramente processual são direitos considerados como fundamentais (ampla defesa, contraditório, devido processo legal, entre outros). Existem direitos fundamentais, de ordem material e processual. O direito do trabalhador, previsto na CF/88, por exemplo, é um direito fundamental visto sob a *ótica material*, ao passo que o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, corresponde a um direito fundamental observado na *perspectiva processual*.

Neste caso, a tutela jurisdicional, apesar de não conferir direito *material* algum a qualquer das partes, foi entregue aos jurisdicionados, na medida em que foram asseguradas todas as garantias processuais (devido processo legal, contraditório,

¹¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 32.

¹¹⁶ Enfatizando a questão relativa à tutela jurisdicional sob a ótica da proteção e proteção ao direito material, ver LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100: “O princípio-garantia do devido processo legal não pretende apenas a observância do procedimento estatuído em lei, com a realização de todos os atos inerentes a ele: pretende também a efetividade da tutela jurisdicional, concedendo proteção àqueles que merecem e necessitam dela. O direito material somente se efetiva se lhe corresponderem instrumentos adequados de tutela, com um processo justo mediante o tratamento igualitário das partes. Nesse ponto reside a preocupação do processualista moderno com o resultado jurídico-substancial do processo, seja para o demandante como para o demandado, com a relativização do binômio direito-processo. Observado o modelo procedimental previsto em lei, como tratamento paritário das partes, a tutela jurisdicional será concedida à parte que tiver razão em suas alegações, de acordo com o disposto no direito material. A tutela, vista como proteção, independe do resultado do processo; está presente na extinção do processo com ou sem julgamento do mérito. A atuação jurisdicional do Estado ocorre na declaração de existência ou inexistência do direito afirmado pelo autor ou de ausência de uma das condições da ação e dos pressupostos processuais.”

ampla defesa, fundamentação das decisões¹¹⁷). Ou seja, tutelaram-se *direitos fundamentais de índole processual*, apesar de não ser tutelado qualquer direito material posto em discussão no processo.

Por isso adotamos a classificação de Luiz Flávio Yarshell para considerar qualquer resposta do Poder Judiciário como *tutela jurisdicional*, pois a partir do ajuizamento da ação, pelo menos três direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, de índole estritamente processual, terão sido tutelados, a saber o direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV, da CF/88), o do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e o de fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF/88). Da mesma forma, se oportunizada a defesa ao réu, outros direitos fundamentais de índole processual estarão assegurados, como a ampla defesa e o contraditório. Tanto é assim que, a parte que sentir ter sido desrespeitado qualquer destes direitos poderá se insurgir até o Supremo Tribunal Federal para que estes direitos fundamentais lhe sejam reconhecidos e tutelados pelo Estado.

Lembremo-nos que “observar, adequadamente, o contraditório e o ‘devido processo legal’ não é gerar *ineficácia* dos direitos reconhecidos pela lei e pelo juiz; é seguir um trâmite em que ambos os interessados (credor e devedor) possam ser ouvidos na medida de seus direitos.”¹¹⁸

Candido Rangel Dinamarco, afirma que a “tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo”¹¹⁹. A tutela jurisdicional não se trata de tutela dos direitos, mas sim de

¹¹⁷ Sobre a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, ver NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 567-575 e GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 517-541.

¹¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo - REPRO 113**. São Paulo, Janeiro/Fevereiro de 2004. p. 24. O citado autor nada menciona acerca do conceito amplo ou restrito da expressão tutela jurisdicional, mas, a nosso ver, ao mencionar que devem ser observadas o direito fundamental do contraditório, reconhece que o Estado deve prover meios de assegurar o pleno exercício deste direito.

¹¹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil, Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 104. O mencionado professor afirma que a tutela jurisdicional “consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.” DINAMARCO,

tutela de pessoas¹²⁰. Dinamarco ainda afirma que há diferença entre tutela jurisdicional plena e tutela jurisdicional mais tênue e menos efetiva. A tutela jurisdicional *plena* é “aquela que *definitivamente* atribui o bem ao sujeito ou o imuniza a novas iniciativas do adversário”¹²¹, ao passo que a tutela jurisdicional *mais tênue e menos efetiva* seria aquela decorrente das extinções do processo sem apreciação do mérito como o abandono da causa, ilegitimidade, falta de interesse, ou seja, situações que permitam ao autor ajuizar nova demanda desde que não concorram aquelas situações que ensejaram a extinção anterior do processo.¹²² Com base nas premissas traçadas por Cândido Rangel Dinamarco, a tutela jurisdicional não se referiria à proteção dos direitos, materiais ou processuais, garantidos às pessoas. A tutela jurisdicional seria a proteção da esfera jurídica das pessoas, garantindo os direitos, imunizando a situação, ou simplesmente, impedindo que o processo se desenvolva quando não atendidos os requisitos mínimos legais.¹²³

Portanto, percebe-se pequena semelhança nos pensamentos de Flávio Luiz Yarshell e Cândido Rangel Dinamarco, pois ambos afirmam que o Estado presta a tutela jurisdicional, tanto ao autor como ao réu, independentemente da procedência da demanda.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni propõe uma classificação em relação à tutela conferida pelo Estado via Poder Judiciário, com a qual concordamos parcialmente. O referido autor afirma que o direito material envolvido, não se confunde com o direito fundamental, de índole processual, à efetiva tutela daquele direito, sendo que ambos são *independentes* um do outro para serem vistos como direitos fundamentais:

Note-se, aliás, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas proteção dos direitos fundamentais, *mas sim a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela direitos não-fundamentais, o único

Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 104.

¹²⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 105. Volume I.

¹²¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 107. Volume I.

¹²² DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 106-107. Volume I.

¹²³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 106.

direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela, *que obviamente não se confunde com o direito objeto da decisão*.¹²⁴

Com base nestas premissas, Marinoni afirma que “a tutela *jurisdicional* pode, ou não, prestar a *tutela do direito*” (grifos nossos). Explica o professor que só haverá *tutela dos direitos* quando (pela via jurisdicional) a sentença for *procedente* (reconhecimento do direito). Quando a sentença for de improcedência, haverá tutela jurisdicional, no entanto, não haverá tutela de direitos, pois direito algum está sendo tutelado pela via jurisdicional.¹²⁵

Apesar de parecer discordância com o posicionamento do mencionado professor, entendemos, utilizando as premissas adotadas acima, que não haverá tutela de *direitos* somente quando a sentença for procedente. Há sim, no caso de procedência da ação, *tutela do direito material* (o que é defendido pelo autor¹²⁶) alegado *pelo e para o autor*. No caso de improcedência, há tutela de direitos, processual, e algumas vezes, até mesmo material, para o réu, como se enfatizou acima. Exemplo disso são as ações dúplices, onde o julgamento improcedente reflete de maneira mais contundente na esfera patrimonial do autor, conferindo, de imediato, o direito material discutido, ao réu, parte oposta. Tutelaram-se direitos processuais e direitos materiais do réu, tendo o Estado prestado a tutela jurisdicional.

Da mesma forma, se a sentença for de improcedência e sobre ela incidir a coisa julgada, certamente terá o réu o seu direito material (posto em dúvida pelo autor) tutelado de forma definitiva¹²⁷. Disso não se tem dúvida. Diante disso, se o autor

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 223.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

¹²⁷ Cândido Rangel Dinamarco, analisando a tutela jurisdicional sob o enfoque da proteção das pessoas, afirma “assim conceituada, a tutela jurisdicional não é necessariamente *tutela de direitos*, mas tutela a *pessoas* ou a *grupos de pessoas*. Com muita freqüência ela é legitimamente dispensada a quem não tem direito algum, (a) ou porque não tem o direito que afirmou, sendo improcedente a sua demanda e portanto recebendo o réu a tutela jurisdicional, (b) ou porque ele viera a juízo precisamente para pedir a declaração de que entre ele e o réu inexistente determinada relação jurídica material (p.ex., ação declaratória negativa de obrigação cambial). A parte vitoriosa receberá uma tutela nesses casos, mas a tutela que receberá não é tutela a *direito*, simplesmente porque ele consistirá na negativa da existência de direitos entre os litigantes. A declaração judicial de inexistência de direitos ou relações jurídicas entre as partes é dotada da mesma *imperatividade* de que é portadora a sentença condenatória, a constitutiva ou a declaratória positiva. A tutela jurisdicional ministrada nesses casos consiste em aliviar o vencedor da pretensão do adversário (seja ele o autor ou o réu) e impedir que volte a ser formulada em processos futuros. Proteger a esfera

viesses novamente ajuizar ação idêntica (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir) para obter aquele bem da vida sobre o qual já haja pronunciamento judicial, o réu poderá opor a exceção de coisa julgada. Neste caso, o Estado estaria, por assim dizer, tutelando o direito material do réu anteriormente decidido a seu favor, reconhecendo a autoridade da coisa julgada que se operou¹²⁸.

Além disso, a tutela do direito material e processual pode ser observada pela vedação imposta pelo ordenamento jurídico de o autor não poder desistir da demanda sem o consentimento do demandado após a apresentação da defesa, pois o réu possui o direito de ver a demanda julgada a seu favor (art. 267, § 4º, e art. 598, parágrafo único, alínea “b”, ambos do CPC).

Por isso, adotadas as premissas acima, que são diferentes das adotadas por Luiz Guilherme Marinoni, a *tutela dos direitos* se confunde até certo ponto com a *tutela jurisdicional*. A distinção está na tutela do direito *material* que não pode ser confundida com a tutela jurisdicional, aqui compreendida em seu sentido amplo. Desta forma, não entendemos que a tutela dos direitos (material e processual) ocorre apenas quando o julgamento for procedente, na medida em que a parte vencida no processo terá tido assegurado todos os direitos processuais inerentes à participação no processo.

Como se disse, no entanto, tutela jurisdicional, a nosso ver, engloba todo e qualquer provimento jurisdicional, independente de seu resultado, pois configura justamente a satisfação do compromisso assumido pelo Estado de dar uma resposta às pretensões dos jurisdicionados quando algum de seus direitos estiver em suspeita de ameaça ou efetivamente violado (pois só se saberá, realmente, se existiu a ameaça ou a violação após o processo cognitivo), observando, evidentemente, as garantias inerentes ao processo judicial. Afinal, o Estado não se comprometeu apenas a se manifestar quando o direito material é tutelado, razão pela qual o inciso

jurídica *da pessoa* contra as incertezas decorrentes de futuras demandas é também ministrar-lhe tutela jurisdicional, na medida do imenso valor que tem a *certeza jurídica* na vida das pessoas.

¹²⁸ Cf. nota anterior, n. 123, onde Cândido Rangel Dinamarco enfatiza a questão relativa à imunização da situação decidida anteriormente, fazendo clara alusão à certeza jurídica propiciada pelo julgamento de determinada demanda. Além disso, de importância destacar trecho onde o referido autor afirma que “resumidamente, a tutela jurisdicional é conferida ora ao autor e ora ao réu, não necessariamente àquele; ela é sempre conferida a *pessoas* e não à *direitos*, podendo ser dada a um dos litigantes precisamente para negar que existam direitos e obrigações entre ele e o adversário”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 107.

XXXV do artigo 5º da Constituição Federal é claro ao afirmar que o Poder Judiciário irá *apreciar* a ameaça ou a lesão a direito.

Por isso, classificaremos de forma mais ampla a tutela jurisdicional, com base nas premissas acima traçadas, onde deve ser entendida como qualquer posicionamento do Estado-Juiz a uma demanda judicial. No entanto, deve-se destacar que é preciso que se institua uma denominação, uma classificação precisa do que vem a ser a proteção do Estado ao direito alcançado pelo autor pela via judicial. A este tipo de tutela, denominaremos *tutela jurisdicional do direito material do autor*.

Por isso, a *tutela jurisdicional do direito material do autor* deve ser efetiva, na forma do que prevêm os incisos XXXV e LIV do artigo 5º da Constituição Federal. É o que Dinamarco denomina de um “processo civil de resultados”¹²⁹. Para o autor, este processo civil de resultados consiste “na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em se encontrava antes do processo”¹³⁰.

Ao se falar em tutela jurisdicional efetiva do direito material do autor, não se pode perder de vista que esta tutela é alcançada por meio do *processo judicial*, mediante o exercício do *direito de ação e defesa das partes*, além do exercício da *jurisdição*.¹³¹ Afinal, o direito de ação previsto na Constituição, no inciso XXXV, do artigo 5º, “é, em última análise, direito ao devido processo constitucional, ou seja, ao instrumento destinado à solução de controvérsias, tal como modelado pela Constituição Federal”¹³². A jurisdição, o exercício do direito de ação e defesa e a prestação de tutela jurisdicional efetiva, estão abarcados no conceito e força principiológica do devido processo legal previsto na Constituição¹³³. Por isso, não se

¹²⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 108.

¹³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 108. O autor ainda esclarece que “não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida desta, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada”. DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 108.

¹³¹ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 293.

¹³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93.

¹³³ “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

pode confundir jurisdição com a tutela jurisdicional, na medida em que “a tutela é o resultado do processo em que essa função – jurisdição – se exerce”¹³⁴.

A jurisdição, em sua essência, “é exercida para dar remédio a insatisfações, definindo situações e terminando por atribuir o bem controvertido a quem tiver razão”¹³⁵. O meio escolhido para que os cidadãos exerçam seu direito de ação e o Estado exerça a jurisdição é o processo judicial¹³⁶, que deve atender a finalidade prevista para a jurisdição, qual seja, solucionar, a contento, o conflito de interesses, compreendendo, também, “a sua realização concreta, prática, com vistas à pacificação social.”¹³⁷ Este, portanto, o mecanismo escolhido para que o Poder Judiciário controle, efetive e permita o exercício pleno dos direitos e das liberdades individuais e coletivas, sem dúvida, é o processo judicial.¹³⁸

Não se deve olvidar, outrossim, que durante muito tempo o processo e a jurisdição eram vistos somente como forma de aplicação da lei. Satisfazer os interesses das partes de acordo com o que previa a lei. Esta visão derivou, claramente, dos ideais do Estado liberal ou Estado de Direito¹³⁹, onde se limitava a atuação do juiz ao que

demandante e a defesa pelo réu. O conceito de processo abrange o de *procedimento* e o de *relação jurídica processual*. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 295.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 63.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 299.

¹³⁶ Cândido Rangel Dinamarco destaca que “o direito processual é a disciplina do exercício da jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 87. O autor ainda enfatiza que “a existência do *processo* numa ordem jurídica é a imposição da necessidade do serviço jurisdicional: o processo existe acima de tudo para o exercício da jurisdição esse é o fator de sua legitimidade social entre as instituições jurídicas do país. Na medida em que a população necessita de juízes e do serviço que lhe prestam (a pacificação mediante o exercício da jurisdição), é também indispensável um método pelo qual esse serviço é prestado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 295.

¹³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 238.

¹³⁸ COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais), In: AMARAL, Guilherme Rizzo, CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 75.

¹³⁹ “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a uma ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. O princípio da legalidade, porém, constituiu apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. [...] No Estado Liberal de Direito, os parlamentos da Europa continental reservaram para si o poder político mediante a fórmula do princípio da legalidade. Diante da hegemonia do parlamento, o executivo e o judiciário assumiram posições óbvias de subordinação; o executivo somente poderia atuar se

determinava a lei.¹⁴⁰ Nos bem ditos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

A evolução deu-se no sentido de especializar-se a função de cada órgão da soberania. Ao legislativo coube, no Estado moderno, a tarefa de criar e implantar o ordenamento jurídico, ao judiciário ficou afetada a missão de aplicá-lo em sua função pacificadora específica. Dessa maneira o Estado de Direito se concebeu como sendo aquele em que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (CF, art. 5º, II) (princípio da legalidade).¹⁴¹

Em momento posterior, decorrente da ideologia liberal de exaltar a lei como ato supremo da tutela das liberdades, ganhou plena força o positivismo jurídico, “pois, partindo da idéia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador”¹⁴².

Nesta época, a jurisdição, que possuía como função a aplicação da lei, reflexo do nítido caráter de comprometimento com valores instituídos pelo Estado liberal e pelo

autorizado pela lei e nos seus exatos limites, e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la; o legislativo, assim, assumida uma nítida posição de superioridade. Na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era tarefa única e exclusiva do legislativo.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 23 e 25.

¹⁴⁰ “Assim, no Estado de Direito, a máxima fundamental seria a prevalência da lei, em todas as esferas do poder organizado e legitimado sob o império do ordenamento jurídico, do qual não escapariam os indivíduos nem o próprio Estado responsável por sua edição e manutenção”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 11.

¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 13.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 29. O autor destaca que “o positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses. Contudo, o positivismo jurídico não apenas aceitou a idéia de que o direito deveria ser reduzido à lei, mas também foi o responsável por uma inconcebível simplificação das tarefas e das responsabilidades dos juízes, promotores, advogados, professores e juristas, limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária. Isso significa que o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia. Nessa dimensão, passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei. Isso permitiu que a sociedade se desenvolvesse sob um asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a proteção de uma lei que, sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 30.

positivismo jurídico, a saber, a lei como forma de proteção dos direitos e liberdades das pessoas, passa a ter como função preponderante a proteção dos direitos subjetivos dos particulares por meio da aplicação da lei¹⁴³.

Atualmente, os conceitos de processo e jurisdição não resistem mais à ideologia do liberalismo e do positivismo jurídico, na medida em que se retirou da lei a supremacia da tutela das liberdades. Ganhou grande relevo o papel da atividade jurisdicional na proteção dos direitos das pessoas, influenciando, claramente, na idéia de processo. Não se deve perder de vista, no entanto, que a “transformação operada no curso da história incidiu sobre as concepções de direito e de jurisdição, mas o processo continua a ser um instrumento da jurisdição – com a diferença, é claro, de que esta não é a mesma de épocas atrás”.¹⁴⁴

Toda esta transformação deriva da instituição do Estado Constitucional, onde se dá especial relevância aos princípios norteadores dos direitos fundamentais, em detrimento do que prevê a lei¹⁴⁵. Isso porque o sistema de supremacia da lei ensejou uma série de abusos do legislador, prejudicando o controle dos atos legislativos. A lei que veio para controlar os abusos do absolutismo, na verdade, tornou-se uma

¹⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 31. “Os processualistas que definiram essa idéia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo de Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do executivo e do judiciário à lei.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 30-31.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 404. Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 12. “De um Estado de Direito, passou-se a um Estado Social de Direito, até chegar ao Estado Democrático de Direito, em que a simples observância da lei e a posterior introdução da tutela do coletivo e do social foi superada por um regime constitucional em que os valores jurídicos passaram a conviver com valores éticos, numa simbiose integrativa e aperfeiçoadora da ordem jurídica e das políticas públicas a serem desempenhadas por todos os órgãos detentores das funções soberanas do Estado. É claro que a jurisdição e seu instrumento de atuação – o processo – não puderam evitar os efeitos profundos da modernização operada pelo Estado Democrático de Direito.”

¹⁴⁵ “Mas o atual Estado Democrático não se contenta com uma pacificação formal em que a aplicação da lei se dê por meio de processo de subsunção fria e automática da norma geral ao caso concreto, como se chegou a imaginar ao tempo do positivismo exarcebado do Século XIX. O nível de civilização que se alcançou no Século XX impôs a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, a imperiosidade de que a leitura e aplicação de todo o ordenamento jurídico positivo tivessem que ser feitas a partir, antes de tudo, da observância preferencial dos princípios e valores assegurados pela Constituição.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 13.

forma de abuso pelo legislativo.¹⁴⁶

Daí a necessidade de se instituir um devido processo legal, sem o qual as pessoas não podem ser privadas de seus bens, direitos e liberdades, conforme reconhece o artigo 5º, LIV, da CF/88. Por isso, a efetividade do processo e, conseqüentemente, a idéia de acesso à justiça por meio do Poder Judiciário, não se limita ao inciso XXXV do artigo 5ª da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), devendo levar em consideração os incisos e artigos da Carta Magna que prevêm o devido processo legal (LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), o contraditório e a ampla defesa (LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes), a razoável duração do processo (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) a necessidade de motivação das decisões judiciais (IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação).¹⁴⁷

Como ferramenta para o exercício da jurisdição, o processo, visto sob a ótica do constitucionalismo como “devido processo legal”¹⁴⁸, é extremamente importante para o Estado Democrático de Direito, na medida em que é o instrumento eleito por este Estado para dirimir as controvérsias instauradas. Sendo o meio pelo qual o Estado resolve os conflitos gerados pela inobservância da lei, o devido processo legal deve

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 405.

¹⁴⁷ “Como no Estado Democrático de Direito os grandes valores sociais e éticos são agasalhados pela ordem jurídica fundamental, como por exemplo, igualdade, justiça, segurança, solidariedade e dignidade humana, o processo jurisdicional contemporâneo teve de afeiçoar-se a essa postura institucional. As sentenças não mais poderão limitar-se a aplicar o direito positivo, mas deverão fazê-lo de modo a que se cumpram, também, os princípios e valores constitucionais, o processo não deve ser só fonte de legalidade, mas também de justiça (princípio da supremacia e efetividade dos direitos fundamentais).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 13.

¹⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 13.

ser considerado como direito fundamental, na medida em que tem como função primordial solucionar, efetivamente, as controvérsias com base nas leis que regulam as condutas das pessoas. Ele é a forma do Estado assegurar a proteção dos direitos instituídos na Constituição e na lei, devendo ressaltar que a proteção aos direitos não ocorre somente pela atividade legislativa que estabelece as normas de direito material, mas também pelo estabelecimento de normas que permitem o pleno alcance da proteção do Estado em caso de descumprimento das normas materiais. Neste sentido, imprescindível citar as palavras de Robert Alexy ao tratar da organização e do procedimento como direitos fundamentais de proteção contra os arbítrios do Estado ou de terceiros:

Una comparación de los derechos a procedimiento em sentido estricto com los derechos a competencias de derecho privado muestra claramente los diferentes objetivos que se persigen em el ámbito de la organización y el procedimiento. Mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, los derechos a procedimiento em sentido estricto sirven, em primer lugar, para la protección de posiciones jurídicas existentes frente el Estado y frente a terceros. Por ello, es posible tratar a estos últimos también dentro del marco de los derechos a protección.¹⁴⁹

Neste aspecto, outrossim, os ensinamentos de Willian Couto Gonçalves reconhecem que de nada adiantaria se prever direitos fundamentais se o Estado não prever, igualmente, métodos ou instrumentos para que estes direitos sejam realizados e protegidos¹⁵⁰ em caso de não observância pelo próprio Estado ou pelos particulares:

No entanto, imprósperos seriam os discursos em torno dos direitos fundamentais com vistas à criação de princípios objetivos de respeitabilidade da dignidade humana, se descurasse o Estado de prover o cidadão de mecanismos hábeis para fazer valer tais princípios, caso inobservados no plano coexistencial com interferência intersubjetiva na esfera do direito de cada qual.¹⁵¹

¹⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 474.

¹⁵⁰ Cândido Rangel Dinamarco bem enfatiza esta questão quando afirma que “o exercício consumado da jurisdição há de ter por resultado a prevalência efetiva de uma pretensão, para que o conflito se elimine a cada um obtenha o que lhe é devido segundo o direito”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 61.

¹⁵¹ GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 81.

O devido processo legal deve ser “visto como o direito à efetiva proteção do direito material, do qual são devedores o legislador e o juiz, que então passa a ter um verdadeiro dever de se comportar de acordo com o direito fundamental à efetividade¹⁵² da tutela jurisdicional”¹⁵³, de acordo com os valores e princípios inseridos na Constituição Federal¹⁵⁴.

Digna de nota a lição de Cintra, Pelegrini e Dinamarco, ao afirmarem a instrumentalidade do processo como elo de ligação entre o processo e o direito material que ele visa tutelar, como forma de alcançar a ordem jurídica justa:

¹⁵² Dignos de nota as considerações de Willian Couto Gonçalves afirma que a produção de efeitos da jurisdição não seria efetividade da tutela jurisdicional, mas sim, eficácia, na medida em que o referido autor distingue efetividade de eficácia da jurisdição. Para o autor, a efetividade da jurisdição comportaria três etapas. “Prefere-se, então, tripartir o sentido do termo efetividade, fazendo-o compreender o direito à jurisdição, porque esta realmente existe como proposta, hodiernamente, do Estado Constitucional e de Direito (efetividade em seu primeiro estágio). O direito a um processo onde são garantidas as liberdades públicas do cidadão, porque de igual modo este também existe, garantindo a jurisdição (efetividade em seu segundo estágio). [...] E, por fim, o direito a que se faça cumprir aquilo que se pediu e que o Estado concedeu, por meio de um comando quer declaratório, quer condenatório, quer mandamental (efetividade em seu terceiro estágio), que, quando atua na situação fática que fez provocar a jurisdição, mais se identifica com eficácia, ou seja, produz o efeito desejado. GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 93-94.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 189. Deve se atentar, conforme informa José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar do “princípio da garantia de via judiciária” que “visando o princípio uma melhor definição judiciário-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos ‘segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado’, a abertura da via judiciária é uma *imposição directamente dirigida ao legislador* no sentido de dar operatividade prática à defesa de direitos. Esta imposição é de particular importância nos *aspectos processuais*.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 386. No entanto, para não fugir ao que acima se estabeleceu acerca do alcance à ordem jurídica justa por todos os poderes do Estado, entendemos, seguindo a lição de Luiz Guilherme Marinoni, que a imposição de um processo judicial adequado à tutela dos direitos não se dirige apenas ao legislador, mas também ao Poder Executivo e principalmente ao Poder Judiciário. Esclarece o autor que “o dever do juiz, assim como o do legislador ao instituir a técnica processual adequada, está ligado ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, compreendido como um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 188.

¹⁵⁴ Humberto Theodoro Júnior, enfatizando a necessidade de o processo ser uma ferramenta de busca da justiça, devido processo justo, afirma que “a reorganização do Estado Democrático moderno não se contentou com o princípio constitucional da legalidade, no seu sentido procedimental e de subsunção do fato litigioso à regra da lei material. Exigiu-se que em nome de outros princípios constitucionais, a própria regra de direito material fosse submetida a um juízo crítico, para conformá-la ao sentido mais harmônico possível com os valores consagrados pela Constituição. Assim, em vez de assegurar um resultado legal (compatível com a norma aplicada ao caso), o processo foi incumbido de proporcionar um resultado *justo* (mais do que apenas legal). E a garantia constitucional de tutela jurisdicional passou a ser não mais a do devido processo legal, mas a do *processo justo*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007. p. 14.

Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele *aspecto positivo* da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “*ordem jurídica justa*”. Para tanto, não é preciso ter a consciência dos *objetivos a atingir*, como também conhecer e saber superar os *óbices* econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.¹⁵⁵

Robert Alexy afirma que o direito de proteção jurisdicional, alcançado pelo devido processo legal, deve ser visto como o direito de efetiva proteção jurídica contra as ameaças aos direitos das pessoas, e para isso, o processo deve garantir ao titular do direito exatamente os direitos a ele assegurados, como se do processo não houvesse necessidade:

Los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una ‘protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos.¹⁵⁶

Não se pode olvidar que “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”¹⁵⁷ e que deve-se sempre “tornar possível, pelo processo, a obtenção de resultado idêntico, formal e substancialmente, àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais”¹⁵⁸. Por isso José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “a tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação.”¹⁵⁹

E este devido processo legal, com vistas à satisfação dos direito e das pessoas,

¹⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 27.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 472.

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20.

¹⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 34.

¹⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17.

alcança relevante posição quando se trata da defesa dos direitos fundamentais, na medida em que o processo existe para possibilitar o Estado a tutelar uma pessoa que teve um direito seu violado ou em ameaça de o ser, e sendo este direito em tela um direito fundamental, não se pode esquivar da importância do referido instrumento. Tal aspecto, inclusive, levou Luiz Guilherme Marinoni a afirmar que o direito à tutela jurisdicional deve ser visto como direito fundamental, sendo um dos mais importantes dos direitos, justamente por ser o meio eleito para se efetivarem os direitos:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência de sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.¹⁶⁰

Angélica Arruda Alvim, reconhecendo a força principiológica da garantia do devido processo legal como direito fundamental, e influenciada pelas lições de Nelson Nery Júnior¹⁶¹, afirma que se deve sempre respeitar “o núcleo que informa o princípio”¹⁶², e que por isso não se pode permitir que à legislação infraconstitucional se atribua a conceituação fechada do que deve ser o devido processo legal, sob pena de excluir “hipóteses que se virão a se revelar como suscetíveis de serem avaliadas à luz do princípio e seu respectivo conceito vago, mas que, com a definição, certamente, estariam descartadas, ou pior, estariam descartadas pelo legislador infraconstitucional.”¹⁶³

¹⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 184-185.

¹⁶¹ Nelson Nery Júnior, ao comentar o teor do devido processo legal previsto na Constituição Federal, nos ensina que o devido processo legal previsto no artigo 5º, LIV, da CF/88 é o “gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” e que este princípio é “o princípio fundamental do processo civil”. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

¹⁶² ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo - REPRO** 74. São Paulo, Abril/Junho de 1994. p. 21.

¹⁶³ ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo - REPRO** 74. São Paulo, Abril/Junho de 1994. p. 21. Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, afirma que o devido processo legal é o “núcleo central e comum” de todos os princípios processuais contidos na Constituição Federal. “Muitos desses princípios, garantias e exigências convergem a um núcleo

Influenciada por estas lições de Nelson Nery Júnior, Angélica Arruda Alvim afirma que o princípio do devido processo legal é um princípio fundamental e “dele decorrem todos os demais princípios processuais insculpidos no Texto Constitucional, tais como a proibição da prova obtida por meios ilícitos, o contraditório *propriamente dito*, publicidade dos atos processuais”¹⁶⁴, entre outros. Não se deve olvidar, outrossim, da lição de Rui Portanova ao tratar especificamente do princípio em questão, afirmando que:

O devido processo legal é uma garantia do cidadão. Garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas.

Assim, pelo princípio do devido processo legal, a Constituição 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 leis.¹⁶⁵

Thomas Fleiner, ao tratar do devido processo e sua relevância para os direitos, afirma que “os bons procedimentos garantem constantemente mais justiça do que as regras de direito propriamente ditas. A credibilidade de um procedimento, realizado de acordo com os padrões dos direitos humanos, depende da participação das pessoas implicadas no processo.”¹⁶⁶

O Estado Democrático de Direito contemporâneo caracteriza-se pela proteção conferida aos direitos assegurados aos jurisdicionados. O Poder Judiciário exerce um papel extremamente ativo e protecionista destes direitos, sendo ele o órgão incumbido do controle dos arbítrios, estatais ou particulares, que atentem contra os direitos assegurados a cada pessoa. Para tanto, o Estado-Juiz utiliza como ferramenta a *jurisdição*.

central e comum, que é o *devido processo legal*, porque observar os padrões previamente estabelecidos na Constituição e na lei é oferecer o contraditório, a publicidade, possibilidade de defesa ampla *etc.* São perceptíveis e inegáveis as *superposições* entre os princípios constitucionais do processo, sendo impossível delimitar áreas de aplicação exclusiva de cada um deles – até mesmo em razão dessa convergência e porque nenhum deles de conceitua por padrões rigorosamente lógicos, mas políticos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 198.

¹⁶⁴ ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo - REPRO** 74. São Paulo, Abril/Junho de 1994. p. 21.

¹⁶⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 145.

¹⁶⁶ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 59.

Como o Estado proibiu as pessoas que vivem em sociedade de protegerem seus direitos da forma que melhor lhes aprouvesse, conviesse, e, verdadeiramente, os satisfizesse, atraiu para si, no mínimo, a obrigação, o compromisso, de providenciar que todo aquele que tenha um direito violado ou sob ameaça, tenha este direito plenamente protegido e efetivado.

Assim, pleno sentido faz a impossibilidade de exclusão de apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça à direito, pois se o Estado proíbe a autotutela, deve criar mecanismos para que a sociedade se resguarde ou seja ressarcida das lesões ocorridas. Mesma posição é a de José Carlos Barbosa Moreira, que afirma categoricamente que a proibição da autotutela, por parte dos titulares de direitos, para garantia dos direitos ameaçados corresponde ao compromisso assumido pelo Estado de prestar efetivamente a tutela destes direitos:

Desde que o Estado proibiu a justiça de mão própria e chamou a si, com exclusividade, a tarefa de assegurar o império da ordem jurídica, assumiu para com todos e cada um de nós o *grave compromisso* de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas.¹⁶⁷ (grifos nossos)

Ovídio Batista esclarece que “no pano do direito processual [...] há o direito público subjetivo a que o Estado preste a tutela que ele próprio vedou, ao proibir a autotutela pelo titular do direito”¹⁶⁸. O Estado se comprometeu a prestar uma tutela jurisdicional *efetiva*. Esta tutela jurisdicional efetiva decorre do próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que, ao “proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito”.¹⁶⁹ O mencionado autor, em outra obra, já sustentava este ponto de vista, naquela ocasião, dando maior ênfase às tutelas de urgência e ao pedido liminar, quando

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva, in **Temas de Direito Processual**: segunda série. Saraiva: São Paulo, 1988. p. 21.

¹⁶⁸ E continua o professor, afirmando que “a verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o ‘pronunciamento’ da sentença que compõe o litígio, senão que corresponde à *realização do direito* material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação ,in MACHADO, Fábio Cardoso, AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

afirma, até mesmo de forma radical, que “o direito à *adequada* tutela jurisdicional é princípio imanente a qualquer Estado de Direito. Suprimir o direito constitucional à liminar, v.g., é o mesmo que legitimar a autotutela privada.”¹⁷⁰ (grifos no original) José Roberto dos Santos Bedaque, atento à necessidade da tutela jurisdicional ofertada pelo Estado ser efetiva e concreta, destaca que:

Essa garantia representa, portanto, o direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la.¹⁷¹

Portanto, como se viu, procura-se, cada vez mais, estudar o processo civil de acordo com as necessidades que ele visa suprir, tornando-o um instrumento de efetividade cada vez maior e significativa na pacificação social. Não basta mais estudar o processo civil e sua funcionalidade de acordo com as normas processuais, inseridas seja no Código de Processo Civil, seja na legislação esparsa. Muito menos, não é mais suficiente que se estude o processo civil de acordo com as normas de direito material previstas no Código Civil, Comercial, Tributário ou nas legislações extravagantes. É preciso estudar e analisar o processo civil de acordo com a Constituição Federal¹⁷², mormente porque ali estão inseridas todas as opções

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994. p. 68.

¹⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74.

¹⁷² “Não é nem pode ser novidade para ninguém que, para se tratar de ‘processo civil’, é insuficiente referir-se a ‘Código de Processo Civil’. Se é que isso já foi dito por verdadeiro alguma vez em tempos idos, o que é certo, absolutamente certo, é que o processo civil, como, de resto, todos os outros chamados ‘ramos’ do direito, está inserido em um contexto bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como tratar de direito, qualquer ‘direito’, sem voltar os olhos *também* para a Constituição. Evitando desvios de toda ordem, o que releva afirmar e fixar como premissa metodológica fundamental para tratar de qualquer assunto de processo civil é que os dispositivos do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante como um todo não bastam por si sós. Não estão ‘soltos’. Mais ainda: é insuficiente para a tão conhecida e festejada ‘interpretação sistemática do direito’ comparar alguns poucos textos de lei com outros textos da mesma ou de outra lei para estabelecer, entre eles, uma aparente ordem de ‘regra geral’ para ‘regra específica’ ou de ‘regra geral’ para ‘regra excepcional’. Mais importante do que tudo isso, e que deve ser posto em primeiro lugar, inclusive em ordem de pensamento, é verificar em que medida a Constituição Federal *quer* que o direito processual seja. A Constituição Federal é o necessário ponto de partida para qualquer reflexão sobre o direito processual civil. É constatar, na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual *deve ser*) o modo de ser (*dever ser*) do processo civil. É extrair, da Constituição Federal, o ‘modelo constitucional do processo’ e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então estão em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam desideratos que a Constituição quer

políticas e sociais¹⁷³ da República Federativa do Brasil¹⁷⁴ e a atividade jurisdicional, e, conseqüentemente, o processo judicial, não podem estar alheios a todos estes valores, principalmente quando se tratar de direitos fundamentais¹⁷⁵.

É necessário instituir-se, como vem sendo instituída, a instrumentalidade do processo, devendo todos os estudos convergir para o que se denomina “modelo constitucional do direito processual civil”¹⁷⁶. Ou seja, fazer com que o processo torne-se cada vez mais instrumental, em prol da satisfação do direito material envolvido, sem, contudo, perder sua autonomia científica, mas sempre com os olhos voltados para o que se espera deste instrumento de acordo com os valores inseridos

sejam realizados pelo processo ou que *concretizam* o modelo constitucional do processo.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 41-42.

¹⁷³ Como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “a estrutura mesmo do processo civil não é moldada apenas pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Estes valores, no fundo, é que estruturam a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada Estado”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 89.

¹⁷⁴ Cf. as considerações de Daniel Hertel, que afirma que “no Brasil, durante muito tempo predominou o mau vezo de interpretar o Direito Civil somente com base no CC; o Direito Processual Civil somente com arrimo no CPC; o Direito Processual Penal, com base exclusivamente no CPP etc. este fenômeno, embora tenha se justificado no passado, não pode ser mais admitido modernamente”. HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – 55**. São Paulo, Abril/Junho de 2006. p. 195.

¹⁷⁵ Cândido Rangel Dinamarco, fazendo menção expressa sobre o “*modelo constitucional do processo civil brasileiro*”, afirma que este modelo “é acentuadamente *garantístico*, no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mas estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 181.

¹⁷⁶ Cassio Scarpinella Bueno, que também reconhece a existência do “modelo constitucional do processo civil”, afirma que “o que se alterou de tempos mais recentes para cá [...] é, de um lado, a metodologia de compreensão dos fenômenos jurídicos que têm previsão desde a Constituição Federal e, de outro, o Código de Processo Civil. Não se trata, pois de destacar apenas alterações na lei processual civil propriamente dita, que não são poucas e tampouco superficiais, mas também das técnicas de sua análise e melhor compreensão para realização ‘efetiva’, ‘concreta’ do direito material. A primeira destas alterações, que bem pode ser chamada de ‘modelo constitucional do direito processual civil’, seguindo a proposta de Ítalo Andolina e Giuseppe Vigner, é tratada nestas linhas justamente como forma de melhor compreender a segunda das alterações apontadas, isto é, a relativa /às leis processuais civis. Elas, as leis processuais civis, têm sido alteradas não só na sua *quantidade*, m as também (e sobretudo), na sua *qualidade* e merecem, mais do que nunca, ser compreendidas desde o ‘modelo constitucional do direito processual civil’.” BUENO, Cassio Scarpinella. Sentenças concessivas de mandado de segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais: estudo de um caso. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos ... et tal(Coord.). **Execução civil**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007. p. 321.

na Constituição Federal¹⁷⁷.

Cândido Rangel Dinamarco, quando trata especificamente da *jurisdição*, sua função e importância para a solução dos conflitos e permissão do convívio social, afirma que o que enseja a busca pela tutela jurisdicional (exercida por meio do processo judicial) é sempre um estado de insatisfação:

O que motiva pessoas a terem a iniciativa do processo é sempre algum estado de *insatisfação*, para o qual pedem remédio ao demandar. A jurisdição é exercida para dar remédio a insatisfações, definindo situações e terminando por atribuir o bem controvertido a quem tiver razão. Quem concede a tutela a uma das partes (precisamente àquela que tiver razão) é o juiz, fazendo-o no exercício da *jurisdição* e sempre mediante o processo. Daí falar-se em tutela *jurisdicional* e daí, também, a percepção de que é a jurisdição que opera como ponte entre uma insatisfação e um remédio, produzindo *resultados* necessários à convivência social.¹⁷⁸

É por isso que a jurisdição “pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de efetividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos.”¹⁷⁹

A jurisdição, no entanto, não pode ser exercida de ofício, pois o Estado deve aguardar que os conflitos de interesses lhe sejam levados a conhecimento pelas partes interessadas, configurando a inércia do Estado-Juiz, conforme prevêem os

¹⁷⁷ Cassio Scarpinella ainda afirma que “o processo civil deve ser lido e relido à luz da Constituição Federal. Há uma correlação necessária entre ambos e uma inegável dependência daquele nesta. Tutela jurisdicional não é só *dizer* o direito: é também *realizá-lo*. Ao lado de uma ‘juris-dição’ tem que haver uma ‘juris-satisfação’.” BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo - REPRO 113**. São Paulo, Janeiro/Fevereiro de 2004. p. 25. Ver ainda no mesmo sentido BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42. Pertinentes os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco acerca da definição do modelo constitucional do processo civil. Para o referido autor trata-se de “[...] um modelo particularmente garantístico, com severos ditames preordenados ao processo justo e à preservação das liberdades (inclusive pela proibição das provas obtidas por meios ilícitos), no qual ao Poder Judiciário compete todo o controle jurisdicional – inclusive em relação a todas as causas envolvendo a Administração pública e à constitucionalidade das leis – podendo o controle de constitucionalidade ser difuso ou coletivo, dispondo o Supremo Tribunal Federal de competência para rejulgar as causas em grau de recurso extraordinário sem se limitar à mera cassação e sendo públicos os julgamentos feitos pela própria corte suprema e por todos os órgãos jurisdicionais em todas as Justiças existentes no Brasil.” (grifos do autor) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 183.

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 299.

¹⁷⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 238.

artigos 2º, 128 e 460, todos do CPC¹⁸⁰.

Para retirar o Estado desta inércia, as partes interessadas devem exercer o seu direito de ação, levando ao conhecimento do Poder Judiciário o conflito de interesse a ser solucionado. A nosso ver e seguindo a orientação de Cassio Scarpinella Bueno, o exercício do direito de ação é a garantia, preponderante, contida no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal¹⁸¹, pois aquela norma jurídica positivada impede que este exercício do direito de ação seja excluído.

Por isso, “a ordem jurídica tem que prescrever normas processuais que, de acordo com a experiência anterior e tomando em conta as falhas humanas, chegam mais o próximo possível da verdade”¹⁸², possibilitando averiguar qual ou quais pessoas devem ser tuteladas pelo Estado e como esta tutela deve ser feita para se alcançar a máxima efetividade, tudo no âmbito do exercício da função tipicamente jurisdicional, principalmente no que se refere ao processo civil moderno.

É visível que da aplicação da lei editada (atividade legislativa) de acordo com as formas legais, assim como, do exercício da atividade administrativa (atividade executiva), podem gerar conflitos de interesses. Para solucionar estes não raros conflitos, o Estado elegeu um determinado Órgão para solucionar o impasse. Este órgão é o Poder Judiciário. Por meio do Poder Judiciário, o Estado controla a atividade legislativa e administrativa, assim como, soluciona os conflitos de interesse, quaisquer que sejam os seu motivos.

Por isso diz-se que o Poder Judiciário é a “pedra angular do próprio Estado democrático de Direito, na medida em que representa a aferição de legalidade dos atos administrativos e da constitucionalidade das normas jurídicas.”¹⁸³ Além disso, “a confiança no juiz tem como base a instituição e o procedimento do tribunal, instituído

¹⁸⁰ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

¹⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 328.

¹⁸² FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 60.

¹⁸³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A eficiência do controle da imposição tributária: a tutela judicial efetiva em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Julho-Agosto de 2006. p. 157.

como nenhum outro para o indivíduo comum.”¹⁸⁴

Até bem pouco tempo, ao se falar em “processo” duas reações eram corriqueiramente observadas. As do que defendiam sobremaneira sua autonomia e cientificismo (o que acontece até os dias de hoje), e os que se preocupavam com o direito material em si. Neste aspecto, vale a pena do professor Hermes Zaneti Júnior, quando afirma que “o jurista do direito material, em razão de sua incompreensão ou, talvez, da má aplicação dos institutos processuais, imagina o processo como uma quimera formalista”.¹⁸⁵

A idéia que se passava (e que vem sendo derrubada de forma gradativa, tomando força nos últimos tempos) era de que a autonomia da ciência processual correspondia a seu isolamento de todo e qualquer valor decorrente das relações sociais e que o processo era “algo complexo, sofisticado, inatingível e de duvidosa logicidade, visto que recheado de exceções”.¹⁸⁶

Ou seja, defendia-se que o processo era neutro, insensível às necessidades e peculiaridades do direito material e até mesmo da Constituição. O aspecto formal prevalecia sobre o substancial.¹⁸⁷

Claramente concedia-se especial importância ao direito de ação ao invés da jurisdição e da tutela jurisdicional¹⁸⁸, o que não acontece nos dias atuais, mormente pelo fato de que se trata de uma visão “individualista e restrita ao processo civil”¹⁸⁹.

Esta mudança de paradigma (ênfase na função jurisdicional – exercício da

¹⁸⁴ FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 58.

¹⁸⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição. In MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 28.

¹⁸⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição. In MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 25.

¹⁸⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

¹⁸⁸ Reconhecendo esta situação e a mudança de paradigma metodológico do estudo da ciência processual civil, mormente no que toca ao exercício do direito de ação e tutela jurisdicional, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “o atual momento metodológico da ciência processual autoriza o retorno às especulações em torno da idéia de *tutela jurisdicional*, que fora banida dos estudos dos processualistas de um século atrás e agora volta reabilitada e revigorada, em novas vestes. Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição, ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como o contraposto do poder de ação. A ação em si considera-se satisfeita e exaurida sempre que emitido esse provimento, quer seja favorável ou desfavorável”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 55.

¹⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 79.

jurisdição e não o direito de ação e o processo em si), foi a essencial modificação para se buscar a efetividade do processo judicial, em especial, no processo civil:

A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passar com a preferência pela ação ou pelo processo, correspondente à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus.¹⁹⁰

Cândido Rangel Dinamarco, pioneiro na observação da necessidade de adequação do processo aos objetivos que dele se esperam, ensina que a função da fase autonomista foi plenamente alcançada pela definição de conceitos¹⁹¹, devendo, nesta fase contemporânea, buscar-se alcançar a finalidade precípua do processo, qual seja, prestar a tutela jurisdicional e assegurar a pacificação social:

O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico.¹⁹²

Além disso, não se deve deixar de lado a função da jurisdição e do processo como

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 81. O referido autor já demonstrava a preocupação com a mudança metodológica do estudo do direito processual civil, da ação para a jurisdição, quando afirma que “todas as doutrinas processualistas dão primazia à ação e isso me parece que acaba distorcendo metodologicamente a visão correta que o processo deve receber. Parece-me que dos quatro institutos fundamentais de direito processual [processo, ação, defesa e jurisdição], o que merece primazia é a jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 86.

¹⁹¹ Dignos de nota os comentários de Daniel Roberto Hertel a respeito, ao reconhecer, igualmente, que “muito operadores do direito, no entanto ainda estão arraigados à concepção que foi dominante na segunda fase evolutiva do direito processual, apegando-se a questões de natureza exclusivamente processual e considerando o processo como algo existente por si só.” HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a substancial das formas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 51.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 21. O autor ainda destaca que “é a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.”

um dos mecanismos do exercício e manifestação do poder estatal¹⁹³.

Antes de adentrarmos a fase processual contemporânea, mister analisar com cuidado as fases históricas antecedentes para identificarmos com clareza os motivos de desvirtuamento e desligamento do direito processual de sua finalidade original, e como se chegou à conclusão de que a ciência processual deveria ser revisitada para promoção de sua evolução no sentido de se tornar mais efetiva.

4.1.1. Evolução histórica da ciência processual civil

A história evolutiva do Direito Processual Civil remete basicamente a três fases diversas e bem delineadas, quais sejam, a) praxismo ou sincretismo, b) processualismo ou autonomista e c) instrumentalidade. Para alguns doutrinadores, a fase evolutiva em que nos encontramos denomina-se formalismo-valorativo¹⁹⁴ e moderna instrumentalidade¹⁹⁵.

Até a metade do século XIX, o processo civil ainda era visto como “simple meio de exercício dos direitos (daí, *direito adjetivo*, expressão incompatível com a hoje reconhecida independência direito processual).”¹⁹⁶ Além disso, a ciência processual estava intimamente ligada ao direito material, não existindo conscientização da

¹⁹³ “Exercendo o Estado o seu poder sob vários aspectos, sendo várias as expressões do poder e sendo a jurisdição uma dessas expressões, parece-me que assim nós chegamos ao direito processual pela via da Constituição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 87.

¹⁹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19-20. Neste caso, o professor, continuando seqüencialmente seu raciocínio, destaca que descreve o formalismo-valorativo como sendo “o movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual [...] à força do caráter nitidamente instrumental do processo”.

¹⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40.

¹⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

autonomia da relação processual em relação jurídica de direito material¹⁹⁷.

O sincretismo, nos dizeres de Daniel Francisco Mitidiero “é a pré-história do direito processual civil”, onde o processo era visto como sucessão de atos e mero procedimento, sem nada afirmarem acerca da relação jurídica processual e a participação dos litigantes.¹⁹⁸

Nesta fase processual, o processo nada mais era do que o concatenar de atos tendentes ao reconhecimento do direito material invocado. Aparentava mais uma seqüência de atos, onde não se podia destacar com clareza o que seria o processo e o direito material pretendido. Como bem salienta Cassio Scarpinella Bueno, nesta fase sincrética do processo civil, “faltavam-lhe elementos mínimos para *separar*, para *distinguir*, as normas processuais civis e, conseqüentemente, o próprio direito processual civil as normas de outra qualidade, de outra categoria, as normas substanciais.”¹⁹⁹

A “obtenção de um direito é exatamente a obediência aos ritos exigidos para conseguir o direito pretendido e, por isso, o aspecto processual encontrava-se incluído no próprio direito substancial, de tão importante era o ritual à sua obtenção²⁰⁰, daí a comprovação do sincretismo, havendo extrema confusão entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material. Os institutos de direito processual nada mais eram do que “reflexos ou desdobramentos necessários, usuais, das próprias regras de direito substancial.”²⁰¹

Após esta fase de sincretismo entre o direito processual e o direito material, o processo civil começou a ser visto de forma científica, fase esta denominada de por Cintra, Grinover e Dinamarco, como autonomista²⁰², onde a principal intenção foi a

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

¹⁹⁸ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17-18.

¹⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

²⁰⁰ SARTÓRIO, Elvino Ferreira. **Tutela Preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 3-4.

²⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48. Adotando a mesma classificação, Cassio Scarpinella Bueno afirma que “o que caracteriza o pensamento do processualista civil desta fase é o alto grau de *autonomia* (por isto, ‘fase autonomista’, às vezes

tecnicização do direito e a despolitização de seus operadores, postulando um processo civil como instrumento técnico, alheio a valores em sua intencionalidade operacional, tornando-se um mero expediente de índole técnica.²⁰³

Foi a partir daí que “tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual.”²⁰⁴

Tal fase iniciou-se com obra de Oscar Von Büllow, em 1868²⁰⁵, após a intensa discussão promovida por Windscheid e Muther sobre a natureza do direito de ação. A partir daí o processo começou a ser estudado de forma autônoma, separadamente do direito material, buscando fincar suas raízes conceituais e científicas, reconhecendo-se que os institutos de direito processual eram independentes dos institutos de direito material. José Roberto dos Santos Bedaque, atento a essa questão, salientou que nesta fase autonomista, “evoluiu-se da pura técnica para a ciência, do mero procedimento para o direito processual.”²⁰⁶

Ou seja, o processo não era mais visto mesclado ao direito substancial perseguido, possuindo seus conceitos definidos cientificamente isolado dos conceitos do direito material. Como bem destaca Cassio Scarpinella Bueno, nesta fase “o estudo do direito processual civil se desenvolveu e que todos os seus institutos foram, com solidez, traçados”²⁰⁷, tais como os conceitos de ação, processo e jurisdição, dentre muitos outros²⁰⁸.

chamada de ‘fase científica’) entre o ‘direito processual civil’ e as demais normas jurídicas.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

²⁰³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18-19.

²⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 48.

²⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição**. In MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 47. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. Volume I. p. 253. GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 74.

²⁰⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26.

²⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41.

²⁰⁸ “O dogma da autonomia deste [do processo], cultuado com obsessão durante um século, já produziu os resultados científicos desejáveis e não merece ser erguido em pedestal capaz de isolar o

Fazendo uma análise desta fase histórica da ciência processual sob a ótica filosófica e a valorização do homem, fazendo expressa remissão ao pensamento de Herbert Spencer (“o homem provém do universo, sendo o resultado de um processo evolucionista que se encontra no próprio universo”²⁰⁹), Willian Couto Gonçalves, chama a atenção para o fato de que nesta fase prima-se pela dignidade do homem, sendo este aspecto influência o processo e a jurisdição de forma a garantir esta reconhecida dignidade e os direitos fundamentais que daí emergem:

O *Processualismo Científico* voltado para garantir a esse homem identificado pela filosofia maior medida de segurança dos direitos comuns e decorrentes de sua dignidade, firma-se na autonomia da ciência processual tida como de Direito público e distinta do Direito privado. Prestigia a jurisdição como poder, dever e função, a par de apontar o processo como instrumento garantidor do exercício da jurisdição.

Na filosofia do *Processualismo Científico* transparecem todos os discursos políticos de sua precedência, bem como as mais vivas expressões do ideário filosófico que suportou as históricas tomadas de posições que tiveram por escopo a valoração do homem, colocando-o no seu vero lugar no universo, afastando a concepção *cosmológica* em seu torno e admitindo sua natureza antropológica para afirma, ao fim, sua dignidade e seus direitos fundamentais.

Então, *princípio* que emergem da cultura dos grupos sociais hodiernos são agasalhados por suas respectivas Constituições e inserem-se no *Processo* e na *Jurisdição* que nele e por ele se faz, para que do homem sejam preservados a sua *dignidade* e os seus *direitos fundamentais*.²¹⁰

Não se tem dúvida que nesta fase iniciou-se a falsa idéia de que o direito processual estaria divorciado plenamente do direito material que visava proteger, pois se buscou de toda forma impregnar o direito processual de autonomia científica extrema. Na verdade, demonstrou-se que o estudo da ciência processual, por assim dizer, ultrapassou os limites de sua autonomia. Por se primar pela autonomia e

processo da realidade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996. p. 55.

²⁰⁹ GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 76.

²¹⁰ GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 75-76. Relevante destacar, nas palavras do referido autor, que “Pode-se afirmar que a identificação dos princípios não prescinde, outrossim, da história e do evoluir do pensamento filosófico-jurídico sobre a *Jurisdição* e o *Processo*. Mas foi nos albores do século XIX, precisamente na Alemanha, onde se iniciou a marcha do *Processualismo Científico*, que tais foram mais bem identificados e tidos como definitivamente inseparáveis da boa ordem jurisdicional e processual de um Estado que, impedindo a justiça privada, tomou para si o poder e o dever de dizer o direito sempre ao abrigo de princípios maiores, quais os da *dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem*.”

isolamento do processo, do direito de ação e seus conceitos, marginalizou-se o direito material dando especial e maior destaque aos aspectos formais do que aos substanciais, sempre buscando exaltar a ciência processual e seus conceitos cuidadosamente definidos.

O processo, em si, foi visto como único meio do cidadão exercer seu direito ao acesso à justiça. Ajuizada a ação, o acesso à justiça estaria garantido pelo exercício do direito de ação, porquanto se o processo fosse extinto com ou sem a apreciação do mérito, bem sucedida teria sido a prestação jurisdicional e, conseqüentemente, o acesso formal à justiça. José Roberto dos Santos Bedaque destaca bem essa questão afirmando que a “técnica passou a imperar, e era considerada valor quase-absoluto, acima até mesmo do próprio direito material, que foi relegado a plano inferior.”²¹¹

A despeito de ser uma fase extremamente importante para o desenvolvimento conceitual do processo, isso não se pode negar, a verdade é que esta fase científica pouco desenvolveu o processo do ponto de vista da tutela justa e efetiva do direito material, levando os estudos do processo a um outro patamar, a saber, o estudo de aspectos de efetiva entrega da tutela jurisdicional.²¹² As críticas a esta fase processual, atualmente, podem parecer justificadas, mas não podemos esquecer que sem este isolamento e estudo aprofundado, estaríamos ainda vivenciando a fase sincrética do direito processual, sem que este ramo do direito pudesse ser elevado ao status de ciência.²¹³

²¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

²¹² SARTÓRIO, Elvio Ferreira. **Tutela Preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 4.

²¹³ “Não há razão para criticar o que, analisado com os olhos de hoje, pode parecer errado ou exagerado. Todas as escolas que se voltaram a estudar ‘cientificamente’ o direito processual civil, isolando-o dos demais ramos do direito e, de forma bem ampla, do direito material, negando qualquer grau de interferência entre um e outro plano, apenas aplicaram as premissas mais amplas do pensamento jurídico reinante de sua época. Limitaram-se a reagir a escolas passadas em busca de respostas e de soluções que então se impunham para melhor entender o ambiente do ‘direito processual civil’ a partir de uma ótica de direito, de Estado e de pensamento jurídico então reinante. Não se pode, até mesmo, desprezar que o isolacionismo entre os planos material e processual justificou-se, até mesmo, como forma de tornar *científico* o posto daquela que se voltava a analisar o ‘direito processual civil’, deixando cair por terra, com esta iniciativa, a pecha de ‘praxistas’, nome que ao longo da formação do que se convencionou chamar de ‘processo comum’ (ou ‘processo romano-canônico’), na Idade Média, era reservado para descrever o comportamento dos que estudavam as fontes romanas (com as influências germânicas e bárbaras que a elas foram incorporadas), buscando não só entendê-las mas, muito mais do que isto, justificar os usos e os costumes do processo de então e resolver problemas eminentemente *práticos*.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso**

Na fase histórica evolutiva posterior²¹⁴, o reconhecimento da instrumentalidade do processo, buscou-se, sem retroceder ao sincretismo, um maior entrelaçamento entre o processo e o direito material, porquanto se percebeu que os conceitos científicos do processo pouco contribuíam para a solução dos conflitos se o processo transformou-se em um caminho longo sem boas perspectivas. Nesta fase, o processualista contemporâneo pretende “corrigir os excessos de suas fases anteriores”²¹⁵, pois já “sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade.”²¹⁶

A esta fase preocupada com o desenvolvimento de mecanismos aptos a conferir maior efetividade ao processo denominou-se instrumentalista ou da instrumentalidade do processo. Dentre nós, quem capitaneou esta fase em obra paradigma foi Candido Rangel Dinamarco na obra clássica “A instrumentalidade do processo”.²¹⁷ Nesta obra o referido autor destaca os escopos, as finalidades do processo civil, fazendo considerações sobre a necessidade de estreitar as ligações entre o direito material e o direito processual, enfatizando o aspecto instrumental do processo. Ou seja, o processo serve a um bem maior, qual seja, atender o direito material perseguido.

Com base nesta idéia de instrumentalidade, os institutos do processo civil (jurisdição, processo, ação, defesa e tutela jurisdicional) passaram a ser estudados com os olhos fixados no atendimento de suas funções primordiais, prevista na Constituição Federal como extensão do princípio do devido processo legal, qual seja, a solução dos conflitos e a pacificação social. Por esta razão afirma-se que durante esta fase “já foi possível tomar consciência do relevantíssimo papel deontológico do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade

Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 41-42.

²¹⁴ Willian Couto Gonçalves, afirmando que ainda vivemos a fase do cientificismo do direito processual, destaca que “assim, de 1868 até hodiernidade vive-se o *Período do Processualismo Científico*, que marca o último período da *História do Processo*. Não há que se admitir um Período Pós-Científico se do Científico muito há por conhecer.” GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual:** estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 76.

²¹⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43.

²¹⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

e o Estado, e não só em face da ordem jurídico-material”²¹⁸.

Busca-se atualmente analisar e estudar o processo civil de acordo com os valores insculpidos na Constituição, ou seja, buscar sempre fazer com que o processo atinja a real pacificação social, solucionando corretamente as lides que aprecia, expandido, sobremaneira, o conceito de devido processo legal.

A esta fase processual denomina-se, como se disse, instrumental, mas em decorrência desta instrumentalidade declarada e reconhecida do processo, outros doutrinadores evoluíram a forma de estudo do processo civil. É o caso de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, afirmando haver a necessidade de interpretação das normas de formalidade de acordo com o *formalismo-valorativo*²¹⁹. Para José Roberto dos Santos Bedaque, o processo deve ser visto como forma de se instituir uma *moderna instrumentalidade*²²⁰. Outra forma de se estudar o processo é analisando suas finalidades de acordo com os valores da Constituição Federal, como se viu da contribuição de Cassio Scarpinella Bueno (modelo constitucional do direito processual civil)²²¹. Apesar da distinção da nomenclatura, todas estas concepções convergem para o mesmo ponto, qual seja, observar e analisar o processo de acordo com o que dele se espera pelos preceitos constitucionais. Ou seja, enfatizam-se os anseios e garantias constitucionais do processo, para conferir uma melhor tutela jurisdicional, sem, no entanto, afastar ou ignorar a autonomia científica deste ramo do direito.²²²

²¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49-50.

²¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. No mesmo sentido Daniel Francisco Mitidiero, com base nas lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, descreve o formalismo-valorativo como sendo “o movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual [...] à força do caráter nitidamente instrumental do processo”. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 19-20.

²²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40. O autor menciona, em seqüência, que esta moderna instrumentalidade é “informada por conotações deontológicas, que impõem alteração da maneira como a técnica deve ser aplicada”, recebendo “influência dos aspectos éticos do processo, pelo que predomina a idéia de fim, de efetividade, de economia.”

²²¹ Nesta concepção, o autor destaca que para se extrair do processo civil o que a Constituição dele espera é necessário que se verifique “em que condições o legislador e o magistrado, cada um desempenhando seu próprio mister institucional, têm que conceber, interpretar e aplicar as leis para realizar adequadamente o modelo constitucional do processo.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42.

²²² “É justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve-se utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e seus princípios.”

Ao se falar em “processo”, a nova concepção volta seus olhos para os direitos constitucionalmente garantidos, fundamentais ou não, e os princípios constitucionais de índole processual, além de se primar pela concretização do direito material, demonstrando que o processo passou a ser visto sob o envelope do direito substancial. Volta-se a atenção para a necessidade do direito material e em que medida o processo vai ser útil para promover a sua tutela.

4.1.2. Os escopos da jurisdição na perspectiva dos direitos fundamentais

Como se viu acima, o direito fundamental de acesso à justiça por meio do processo jurisdicional deve ser visto, estudado e compreendido, como o direito a ter aquilo que o ordenamento jurídico garante a cada pessoa, da mesma forma como o seria se o direito não tivesse sido violado. Ou seja, a situação do direito material pós-processo (se procedente a ação julgado procedente e devidamente executado), deve ser a mesma para o caso em que do processo não se precisasse utilizar, ou, em outras palavras, se a conduta do sujeito que viola o direito não tivesse ocorrido. Diz-se, portanto, que a tutela jurisdicional deve ser efetiva.

Pois bem! Como o Estado se comprometeu a tutelar os direitos das pessoas, o processo, meio eleito para que isso seja feito pelo poder estatal, deve ter em mente a concretização de alguns objetivos. E como o processo é o meio eleito para que se tenha acesso à jurisdição, os escopos do processo confundem-se com os escopos da jurisdição.²²³ Estes objetivos são os denominados escopos do processo.

Tal característica do processo (na verdade, da jurisdição) foi trazida à lume por Cândido Rangel Dinamarco, em sua clássica e importante obra a Instrumentalidade do Processo.²²⁴ Os escopos do processo seriam o social, o político e o jurídico.

O escopo jurídico significa a realização da função típica do Poder Judiciário, qual

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 85.

²²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 150-151, e ainda HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional: a substancial das formas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 41.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 149-224.

seja, a de solucionar os conflitos de interesse aplicando a lei ao caso concreto. Ou, melhor dizendo, o processo serve para concretizar aquele direito material que não foi alcançado voluntariamente, é o instrumento de realização deste direito. Por isso se diz que o “escopo jurídico está em plena sintonia com a finalidade instrumental da função jurisdicional.”²²⁵

Por sua vez, o escopo social subdividir-se-ia em dois aspectos, a saber, a pacificação social e a educação da sociedade.²²⁶ Quando ocorre a solução do conflito gerado, pacificam-se as relações sociais. Da mesma forma, quando se decide por um ou outro direito, educa-se a sociedade, demonstrando que aquela conduta é certa ou errada.²²⁷ Nos dizeres de Dinamarco, “o Estado está, com isso, positivando o seu poder, no sentido de evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras”.²²⁸ O escopo político seria justamente a manifestação de poder do Estado. É, em síntese, “uma forma de reafirmação do poder estatal”²²⁹, porquanto é por meio da jurisdição e do processo que o Estado cumpre o dever assumido pelo monopólio da solução dos conflitos de interesses.

Perceba-se que o Poder Judiciário, exercendo sua típica função constitucional, a jurisdição, está obrigado a resolver os conflitos de interesse levados ao seu conhecimento. A esta “resposta” do Poder Judiciário, denominaremos *tutela jurisdicional*, independentemente de seu resultado, pois o cidadão tem direito a um *posicionamento*, favorável ou desfavorável, do Estado acerca da situação por ele narrada. E é exatamente isso que salienta Bedaque quando afirma que o acesso à ordem jurídica justa não remete à idéia de que o resultado seja favorável a quem pretende a tutela jurisdicional, e, por outro lado, também não permite o mero acesso formal à instituição Poder Judiciário.²³⁰

²²⁵ HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 42. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 1994. p. 177.

²²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 159-160.

²²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 160, e HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 42.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 160.

²²⁹ HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 43.

²³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74.

Nas linhas de pensamento de Luiz Guilherme Marinoni, o julgamento do mérito só, e somente só, será relevante, se o direito material for plenamente (e não parcialmente) realizado, além de reconhecido nos moldes traçados pelo Estado de Direito.²³¹

Relevante mencionar que existem direitos fundamentais, de ordem material e processual. O direito ambiental previsto na CF/88 é um direito fundamental visto sob a ótica material, ao passo que o direito a uma tutela jurisdicional, efetiva, tempestiva, em obediência aos princípios do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões, é um direito fundamental observado na perspectiva processual. Considerações estas feitas por Luiz Guilherme Marinoni:

Note-se, aliás, que o direito o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas proteção dos direitos fundamentais, *mas sim a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela direitos não-fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela, *que obviamente não se confunde com o direito objeto da decisão*.²³²

Com base nestas premissas, Marinoni afirma que “a tutela *jurisdicional* pode, ou não, prestar a *tutela do direito*” (grifos nossos). Explica o indigitado professor que só haverá tutela dos direitos quando (pela via jurisdicional) a sentença for procedente (reconhecimento do direito). Quando a sentença for de improcedência, haverá tutela jurisdicional, no entanto, não haverá tutela de direitos, pois direito algum está sendo tutelado pela via jurisdicional.²³³

Por isso, para nós a tutela jurisdicional, com todo o respeito aos ilustres doutrinadores que pensam de forma diversa, não se limita ao juízo de mérito, porquanto direitos fundamentais de índole processual, como o contraditório e a ampla defesa, também são assegurados aos litigantes. Há sim, no caso de procedência da ação, tutela do direito material (o que é defendido pelo autor²³⁴) alegado *pelo e para o autor*. No caso de improcedência, há tutela de direitos,

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 180.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 223.

²³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 146.

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 145.

processual ou material, para o réu. Exemplo disso são as ações dúplices, onde o julgamento improcedente reflete de maneira mais contundente na esfera patrimonial do autor, conferindo, de imediato, o direito material discutido, ao réu, parte oposta.

No entanto, se a sentença for de improcedência e sobre ela incidirá a coisa julgada, sendo que o réu teria o seu direito material (posto em dúvida pelo autor) tutelado de forma definitiva. E se o autor viesse novamente ajuizar pretensão de ser tutelado em relação aquele direito, poderia o réu opor a exceção de coisa julgada, sendo inclusive causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, assim como objeto de ação rescisória. O Estado-Juiz estaria, por assim dizer, tutelando o direito material do réu e pretendido pelo autor.

Por isso, a tutela dos direitos se confunde até certo ponto com a tutela jurisdicional. A distinção está na tutela do direito *material* que não pode ser confundida com a tutela jurisdicional. A tutela do direito material é também conferida ao réu. Inclusive, de se salientar que o autor não pode desistir da demanda sem o consentimento do demandado após a apresentação da defesa, pois o réu possui o direito de ver a demanda julgada a seu favor (art. 267, § 4º, e art. 598, parágrafo único, alínea “b”, ambos do CPC). Além disso, como colocado acima, o réu, a partir do momento em que recebe a citação, já possui pleno *direito de índole processual* a lhe ser assegurado o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o direito probatório, dentre outros de natureza processual.

Desta forma, não se poderia entender que a tutela dos direitos (material e processual) ocorre apenas quando o julgamento for procedente, na medida em que a parte vencida no processo terá tido assegurado todos os direitos processuais inerentes à participação no processo.

4.1.3. Necessidade de adequação das técnicas processuais para conferir efetividade à tutela jurisdicional

A técnica, citando a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, possui duas

grandes finalidades, a saber, permitir adequada segurança ao instrumento, possibilitando absoluta isonomia no tratamento para que influenciem no resultado final e garantir que a tutela prestada pelo Estado por meio do Poder Judiciário seja o mais próximo possível do que realmente seria se o direito não tivesse sido violado²³⁵. No mesmo sentido Daniel Roberto Hertel afirma que a técnica processual “propicia a transformação das fontes materiais do direito em fontes formais.”²³⁶

Sendo assim, pelo amplo conceito de técnica jurídica, conclui-se que a técnica de direito processual é uma espécie deste gênero. A técnica processual, utilizada e entendida como instrumento de interpretação e aplicação das normas de direito processual ao caso concreto apresentado. Diga-se desde já: a técnica processual é criada pelo legislador infraconstitucional, devendo sempre ter em mente o modelo constitucional do processo civil.²³⁷

Daniel Roberto Hertel, citando classificação de Podetti, destaca que a técnica processual deve ser analisada sobre três aspectos, a saber: o da elaboração, o da forma de ensinar o direito processual e o de interpretar as suas normas. A técnica processual da elaboração remete o processualista à técnica legislativa, fase em que as normas processuais são elaboradas, devendo estar presentes os valores de direito material, vislumbrando sempre que a norma processual a ser elaborada contenha meios eficazes de atingir os escopos do processo. A técnica de aprendizado (conhecimento) que permite o estudo dos dispositivos legais pelos alunos, dando-se ênfase para a compreensão da extensão verdadeira dos institutos processuais e das metas a serem perseguidas por estes institutos. Por sua vez, e completando o ciclo, a técnica processual da interpretação, que seria a análise da verdadeira razão pela qual a norma processual foi elaborada, buscando sempre fazer com que dela se extraia tudo aquilo para que ela tenha sido elaborada, olhando sempre para o reflexo constitucional do processo. Ou seja, a interpretação

²³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77-78.

²³⁶ O mencionado autor ainda destaca que “a técnica jurídica não se restringe apenas ao procedimento de criação de normas. Mais do que isso, a idéia de técnica jurídica passa também pela de interpretação das normas criadas e de sua aplicação às situações concretas da vida em sociedade”. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 67.

²³⁷ Fazendo expressa menção à criação da técnica processual de inércia da jurisdição e princípio da demanda proveniente do legislador infraconstitucional, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 23-24.

da norma processual não deve nunca se distanciar do modelo constitucional do processo.²³⁸

Este aspecto é bem salientado por José Roberto dos Santos Bedaque, apesar do referido professor não adotar explicitamente a classificação da técnica processual da forma acima. O mencionado autor salienta que a técnica processual “deve ser concebida à luz dos princípios que regem o sistema jurídico do país, especialmente aqueles de natureza constitucional.”²³⁹

A técnica processual, por assim dizer, deve permitir que o processo alcance tudo aquilo que dele se espera, desde a sua elaboração até a interpretação e aplicação, enfatizando os anseios do direito material. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira bem destaca esta prioridade quando afirma:

O ideal é colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos sujeitos processuais, de modo que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada e proporcionada do feito.²⁴⁰

Deste breve intróito, extrai-se que a técnica processual não poderá nunca ser contrária ao que a Constituição Federal prevê para o processo²⁴¹, mormente o processo civil, pois os valores intrínsecos ao processo devem sempre ser preservados a qualquer custo.²⁴²

Adotando a classificação acima, vamos nos ater à técnica processual sob o prisma da interpretação e aplicação, porquanto as outras duas fases não configuram objeto do presente estudo.

²³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 68-70.

²³⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73.

²⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 126.

²⁴¹ Ao se referir ao processo como meio estatal de solução de controvérsias, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “o importante é que esse mecanismo seja apto a possibilitar o cumprimento dos objetivos a que se propôs o Estado ao chamar para sai a função jurisdicional. Toda técnica processual é construída para melhor dotar o instrumento de aptidão para obter resultados, como garantia dos próprios interessados.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41.

²⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 24.

A limitação do estudo da técnica sob o prisma da interpretação, é, a princípio o norte para que se resolva o problema da efetividade do processo²⁴³, pois, muitos aspectos do processo acabam por impedir o andamento célere do instrumento de solução de controvérsias.²⁴⁴

Interessante notar que muito se debateu nas últimas décadas acerca dos meios de se efetivar o resultado do processo judicial, e pouco, muito pouco, se atentou para o fato de que a maior parte da solução estava bem diante dos olhos de todos. Não se atentou para o fato de que uma mudança de paradigma na interpretação das normas processuais pudesse alavancar a efetividade do processo. Não seria necessário socorrer à técnica legislativa, muitas vezes falha, diga-se de passagem, para que o processo se tornasse mais efetivo. Bastaria deixar de lado alguns rigores excessivos em favor da forma. Deixar de pensar no formalismo como óbice intransponível ao escopo social do processo.²⁴⁵

Evidencia-se que não se pretende abolir o formalismo do processo para que se alcancem a efetividade e a celeridade a qualquer custo²⁴⁶. Busca-se apenas

²⁴³ HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 70.

²⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 74.

²⁴⁵ Cassio Scarpinella Bueno demonstra que a mera mudança de interpretação das normas que já se encontram em nosso ordenamento jurídico permitem que o processo se torne mais efetivo. Em um dos trechos, o autor enfatiza que “o artigo 5º expressamente prevê – e são setenta e oito incisos com amplíssimos desdobramentos – não excluir que também seja parte integrante do direito brasileiro – do sistema constitucional brasileiro – aquilo que deriva do regime dos princípios adotados pela Constituição brasileira e pelos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. [...] basta-nos destacar a importância de identificar, no ambiente do processo civil, aquilo que derive da própria Constituição – do ‘modelo constitucional do processo civil’ -, sem necessidade de haver lei para concretizar, realizar, aquele modelo.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 79-80. Ainda, considerações relevantes são feitas por José Roberto dos Santos Bedaque: “Pretende-se, à luz da visão instrumentalista do processo, examinar a técnica processual e a forma dos atos do procedimento. As questões processuais com certa frequência, e infelizmente, são solucionadas sem a preocupação com os objetivos da atividade jurisdicional e do processo. Isso tem levado a resultados indesejados, porque refletem valorização exagerada do meio, em detrimento do fim. Conseqüência dessa visão equivocada da técnica é o grande número de sentenças de extinção do processo sem julgamento do mérito, como se essa fosse a melhor utilidade possível a ser extraída da atividade jurisdicional. Trata-se de verdadeira inversão de valores, especialmente porque esses julgamentos em grande parte ou poderiam ser evitados, ou contêm exame do mérito.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

²⁴⁶ O formalismo processual, inclusive, é elevado a certo grau de importância por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira enfatiza que “o formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de

esclarecer que muito do formalismo existente é herança da época em que se primava pelo cientificismo isolado do direito processual civil, época que não se apresenta adequada aos anseios e necessidades da sociedade moderna.

Cabe neste tópico enfatizar que a técnica processual existente, como a determinação do princípio da demanda, o princípio da correlação entre pedido, causa de pedir e decisão final, preclusões, entre outros, são critérios estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, focando sempre o que o legislador constitucional previu como valores ao processo, principalmente o processo civil. Por isso, é salutar que a técnica processual civil, estabelecida pelo legislador infraconstitucional, não se sobressaia em relação ao modelo constitucional do processual civil²⁴⁷, sob pena de inversão de valores e descumprimento do dever do Estado permitir o acesso à ordem jurídica.

4.1.4. A tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental

Após estas breves considerações, é necessário retornarmos à demonstração de como o Poder Judiciário, por meio da tutela jurisdicional efetiva, exercida através do processo, se enquadra como um direito fundamental de promover uma forma mais adequada de acesso à justiça na concepção de ordem jurídica justa. Tratando especificamente sobre a importância do processo no âmbito constitucional, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, bem salienta que “já no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo,

disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. [...] O formalismo processual controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando por conseguinte como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 8-9.

²⁴⁷ Fazendo expressa menção à “perspectiva constitucional do processo” Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que “a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 15.

especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos.”²⁴⁸

Com razão o referido autor, pois João Mendes Júnior, citado por José Frederico Marques, já em 1899 salientava que o processo “deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o *juízo*, como ao fim remoto, que a *segurança constitucional dos direitos*.”²⁴⁹

No âmbito constitucional, outrossim, deve-se observar que existem garantias fundamentais de índole processual, e, sendo assim, aplica-se o artigo 5º, § 1º, da CF/88 que estabelece que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata”.

As garantias processuais albergadas pela Constituição Federal (celeridade, efetividade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros) são garantias autoaplicáveis, não podendo ser limitadas senão pela própria Constituição (artigo 5º, § 1º, da CF/88).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, fazendo alusão a esta idéia, afirma que tanto os preceitos consagradores dos direitos fundamentais, como os direitos fundamentais de índole processual, não dependem de leis para sua concretização e sua regulação.²⁵⁰ São autoaplicáveis, justamente por serem vistos como direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O processo na busca da tutela jurisdicional ganha, ainda, relevante importância pelo fato incontestável de que o órgão judicial tem o poder de exercer coercitivamente os direitos dos cidadãos, fundamentais ou não (por meio de atos ou omissões dos sujeitos envolvidos).²⁵¹ Afinal, esta é a função típica do Poder Judiciário, a saber, solucionar, de acordo com a Constituição Federal e com as leis, os conflitos de interesse surgidos do convívio social decorrentes do descumprimento das normas legais estabelecidas. Nada melhor, por isso, que o processo possua um desenho traçado pela própria Constituição Federal, de modo a permitir o seu uso adequado na busca da tutela jurisdicional efetiva.

²⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 261.

²⁴⁹ MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição voluntária**. 1ª ed. revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium Editora, 2000. p. 9.

²⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 263-264.

²⁵¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 264.

Não se pode olvidar, igualmente, que o processo também é meio de conformação e correção da interpretação da lei pelo órgão judicial, sempre buscando alcançar os valores contidos na Constituição Federal.²⁵² Isso fica bem claro pelo sistema de controle de constitucionalidade difuso adotado pelo nosso ordenamento, demonstrando, mais uma vez, que se o processo não for adequado, a Constituição Federal e os valores fundamentais nela inseridos, estarão em risco.

Para garantir sua plena eficácia social, além de armar-se contra as investidas nocivas dos maus aplicadores do Direito, a Constituição Federal precisou desenhar, de forma a atender suas eventuais necessidades, um modelo constitucional de processo civil.²⁵³

Em outras palavras, um processo célere, efetivo, seguro, com ampla participação dos sujeitos envolvidos, que pudesse converter seu resultado à maior coincidência possível ao estado social que se desenhou na própria Constituição Federal. Por isso, a “Constituição Federal é o necessário ponto de partida para qualquer reflexão sobre o direito processual civil.”²⁵⁴ Mesma idéia é passada por Hermes Zaneti Júnior, ao mencionar que “o direito constitucional se *revela a matriz de onde os diversos ramos do direito buscam a orientação e a fonte que serão especificadas nas normas ordinárias* (sentido material).”²⁵⁵

Diante destas considerações, percebe-se, a autonomia da ciência processual é plenamente preservada, não se admitindo, por certo, o seu isolamento das normas e valores inerentes ao direito constitucional como proposto acima.

Como se disse, tal concepção da nova perspectiva de tutela jurisdicional (em sentido amplo) efetiva, decorre exatamente do reconhecimento da necessidade de satisfação das garantias constitucionais e dos direitos materialmente consagrados, sempre observando os valores processuais contidos na Constituição Federal.

²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 224-225.

²⁵³ Atento a isso, Cândido Rangel Dinamarco já afirmava que “o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. Malheiros: São Paulo, 1994. p. 191.

²⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 42.

²⁵⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição. In MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 25.

Perceba-se que tanto na fase instrumentalista como na fase processual contemporânea onde se estuda o processo civil com base no seu modelo constitucional, não se pretende afastar a cientificidade, tecnicismo e autonomia adquiridos pela ciência processual durante sua fase de maior desenvolvimento teórico. Pretende-se apenas (re)adequá-lo à sua real função, qual seja, a solução dos conflitos de interesses com efetividade, resgatando os valores inseridos na Constituição Federal²⁵⁶. “Reconhece-se e defende-se a autonomia do direito processual. Não se aceita, todavia, seu isolamento”²⁵⁷ dos demais ramos dos direito, principalmente do direito constitucional. “Se o processo pode ser visto como instrumento, é absurdo pensar em neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social”²⁵⁸.

²⁵⁶ Com base nisso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca: “Realmente, o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 261. Apêndice.

²⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 20.

²⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 191.

5. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO AO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

5.1. BREVE NOTÍCIA SOBRE A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Conforme bem expressou Consuelo Salamanca o princípio do contraditório, atualmente, “se não for o mais nobre, com certeza é um dos mais relevantes princípios processuais constitucionais”²⁵⁹, certo é que ele não foi sempre assegurado aos litigantes. A defesa das partes evoluiu para o que se denomina *audiência bilateral*, com berço na antiga Grécia, que, com base num posicionamento jusnaturalista, previa que o juiz apenas poderia decidir sobre o deferimento ou não do pedido do autor, após dar ciência ao réu deste pedido-lhe oportunidade de se manifestar²⁶⁰. No direito romano antigo, a ausência do réu impedia o juiz de analisar o conflito de interesse levado a seu conhecimento²⁶¹. “O juiz romano mostrava-se incapaz de promover o julgamento de quem voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo, se a força física do autor não era suficiente para tanto.”²⁶² Por isso, “quem se recusasse a comparecer perante o juízo não podia ser julgado”²⁶³.

Leonardo Greco destaca que a filosofia medieval instituiu o processo judicial de acordo com as razões lógicas e éticas, principalmente no que se refere à busca pela verdade²⁶⁴, salientando que “o raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da apuração da verdade, pois, através dele, o juiz adquire um saber que

²⁵⁹ SALAMANCHA, Consuelo. Bilateralidade da ação: respeito ao contraditório visando a função social do processo. **Revista de Processo - REPRO 73**. São Paulo, Janeiro/Março de 1994. p. 149.

²⁶⁰ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 71.

²⁶¹ MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos Del procedimiento civil**. Traducción del inglés y notas por La Dra. Catalina Gossmann. Ediar S.A. Editores: Buenos Aires, 1945. p. 47-48.

²⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228.

²⁶³ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

²⁶⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 71.

nenhuma mente individual poderia procurar autonomamente, o saber das partes que revela a verdade prática”²⁶⁵.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que esta situação perdurou até mesmo em meados do “antigo direito germânico, que não dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, aplicando medidas de proscricção, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantia de seu comparecimento.”²⁶⁶ No entanto, a situação começou a se alterar quando o “Pretor introduziu medidas de coerção como a *missio in bona*, a instar o comparecimento do renitente”²⁶⁷.

Posteriormente, foram criados mecanismos para que o réu fosse compelido a comparecer em juízo. Destaca Oliani que “iniciada a fase do direito romano pós-clássico, passou-se a conceber a prática de atos processuais e o julgamento sem a presença física do réu”²⁶⁸, condicionada às exigências legais para cientificar o demandado.²⁶⁹ Tanto assim que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, destacando a dificuldade na modificação da concepção dominante, para que o réu pudesse ser processado sem sua presença, desde que devidamente cientificado de acordo com a lei, afirma que:

A idéia de que o tribunal pode promover atos processuais e julgar a causa na ausência do demandado, previamente cientificado este de acordo com as formalidades estabelecidas em lei, efetivamente se inicia com o procedimento contumacial do direito post-clássico, assim mesmo depois de uma longa e penosa batalha de superação da antiga concepção. Antes, o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda.²⁷⁰

Por isso, muito foi preciso superar para modificar a concepção de que o réu não poderia ser demandado sem sua presença, o que possibilitou, já naquela época, a

²⁶⁵ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual** 24. São Paulo, Março/2005. p. 71.

²⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228.

²⁶⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228.

²⁶⁸ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

²⁶⁹ MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos Del procedimiento civil**. Traducción del inglés y notas por La Dra. Catalina Gossmann. Ediar S.A. Editores: Buenos Aires, 1945. p. 48.

²⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228.

melhoria dos mecanismos de soluções de conflito.²⁷¹

Já no século XII, John of Salisbury, citado por Leonardo Greco, destacava “a concepção dialética como *ars opponendi et respondendi*”²⁷², onde a “adequada audiência bilateral impunha igualdade de tratamento entre as partes”²⁷³. No entanto, esta regra de igualdade foi mitigada pelas monarquias absolutas do século XVI, onde o controle do processo foi absorvido pelo príncipe²⁷⁴, ensejando a restrição do contraditório e da audiência bilateral²⁷⁵. Observa-se, ainda, que os regimes ditatoriais sempre tentaram, de todas as formas, impedir o exercício do contraditório. Como bem observado por Leonardo Greco:

O positivismo da segunda metade do século XIX e da primeira metade do século XX, por sua vez, se encarregou de esvaziar a função axiológica da audiência bilateral e do próprio contraditório, desclassificando-o como princípio imanente do processo judicial e sobrevivendo circunstancialmente como regra técnica característica de alguns procedimentos, mas não de outros.²⁷⁶

Inclusive, reconhecendo a tentativa de rebaixamento do contraditório, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira enfatiza que esta garantia passa a “perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e

²⁷¹ MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos Del procedimiento civil**. Traducción del inglés y notas por La Dra. Catalina Gossmann. Ediar S.A. Editores: Buenos Aires, 1945. p. 49.

²⁷² GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 71. Ainda vale mencionar as considerações do autor quando afirma que “e assim, o contraditório deixou de impor apenas a ciência inicial do réu ao pedido do autor e sua resposta a esse pedido, para tornar-se um método contínuo preparatório de todas as decisões adotadas no processo”.

²⁷³ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 72.

²⁷⁴ “Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudicarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do Contraditório**. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 229.

²⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Garantia do Contraditório**. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 229 e no mesmo sentido GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 72.

²⁷⁶ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 72. O autor ainda afirma, na mesma página, que “nas décadas de 20 e 30, foram expressivas as críticas de Carnelutti e Betti a um contraditório generalizado. Este último chegou a dizer que uma decisão justa poderia ser atingida sem a cooperação das partes. Na Alemanha nazista chegou a ser proposta a eliminação do contraditório e a absorção do processo de partes na jurisdição voluntária”.

intrínseco mecanismo de investigação da ‘verdade’, rebaixado a princípio externo e puramente lógico-formal.”²⁷⁷

Historicamente, observa-se que o contraditório “foi mitigado ou suprimido nos períodos e locais em que vigoraram regimes totalitários.”²⁷⁸ Nos regimes de governo democráticos²⁷⁹ não existe supressão ou restrição do contraditório, sendo certo afirmar que “o princípio do contraditório está intimamente ligado ao regime democrático e que as nações que o praticam prestigiam este princípio e, numa demonstração inequívoca de sua importância para o sistema, lhe dão *status* constitucional.”²⁸⁰

A atual concepção do contraditório em nada se assemelha ao que predominou no direito europeu²⁸¹, que começou a ser modificada com a introdução da lógica de Pierre de la Ramée, no século XVI, que visa obter uma verdade menos provável²⁸². A partir daí, nos dizeres de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, foi que o contraditório “deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da ‘verdade’, rebaixado a princípio externo e puramente lógico-formal”²⁸³.

A concepção decorrente do liberalismo²⁸⁴ “atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também

²⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantia do Contraditório*. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 230. O autor, inclusive, destaca que ao se falar em contraditório fazia-se “menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.”

²⁷⁸ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

²⁷⁹ Cândido Rangel Dinamarco enfatizou que o contraditório “é, resumidamente, a garantia de participação, que nem se restringe ao processo jurisdicional só, mas constitui inerência do próprio regime democrático. A participação é que legitima todo o processo político e o exercício do poder.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 285.

²⁸⁰ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

²⁸¹ “No processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual. O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars discedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantia do Contraditório*. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 228-229.

²⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantia do Contraditório*. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 229.

²⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantia do Contraditório*. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 230.

²⁸⁴ É lógico que o contraditório, no processo civil contemporâneo, tem significado completamente diverso daquele que lhe era atribuído à época do direito liberal. Nesta época em que o Estado estava

sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento”²⁸⁵, assim como imputava às partes a total responsabilidade pela instrução probatória.²⁸⁶

O pleno exercício do contraditório, que teve como principal finalidade a possibilidade de “construção” e obtenção da verdade, passou a ser visto pelos maus litigantes como forma de impossibilitar a efetividade da tutela e tumultuar o andamento do processo judicial. Não se pode negar que o pleno exercício do contraditório é uma forma de atrasar o andamento do processo, apesar de isso ocorrer de forma indireta. Até mesmo em um sistema hipoteticamente célere, bem estruturado, o exercício do contraditório das partes é um mecanismo, ainda que de pequena proporção, de propiciar o atraso na conclusão da solução do conflito de interesses.

A efetividade necessita da satisfação rápida do direito do autor e, de outro canto, a prerrogativa do réu de se defender de todas as formas possíveis, bem como, de conferir ampla participação às partes, são formas de impedir a satisfação imediata do direito pleiteado.²⁸⁷ No entanto, como se verá adiante, o contraditório não pode ser entendido como mera faculdade de defesa do réu. Além disso, ele está intimamente ligado ao direito de ação e à atividade jurisdicional.

Por isso, retomados os estudos durante o século XX “outros valores passaram a influenciar a conformação da garantia, especialmente a necessidade de maior ativismo judicial, a ânsia de efetividade [...] e a revitalização do caráter problemático do direito.”²⁸⁸ Com base na retomada dos estudos da lógica e da dialética em

proibido de tratar de forma distinta as diferentes posições sociais e em que o próprio direito de ação era visto como direito formal de propor a demanda, o contraditório era visto como mera garantia de conteúdo formal. Não havia como se falar, assim, em *efetividade* ou em *realização efetiva* do contraditório, nem muito menos em *obstáculos sociais* capazes de impedir a participação em contraditório. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 409.

²⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 90.

²⁸⁶ “Sintomaticamente, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto do litígio o domínio das partes sobre a relação em litígio, seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 90.

²⁸⁷ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 78.

²⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 230.

meados do século XX, voltam-se as atenções e necessidades para a importância do “diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e destes com as partes”.²⁸⁹ A esta retomada de valor do princípio do contraditório, pode-se creditar à reconstrução do Estado de Direito após a Segunda Guerra Mundial²⁹⁰ que “redefiniu suas relações com os cidadãos, firmando o primado da dignidade humana e a eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à sua tutela através da Justiça.”²⁹¹ Além disso, nesta fase, outrossim, tornou a adquirir “relevância método dialético de solução de conflitos e paridade de tratamento dos litigantes, componentes essenciais do princípio do contraditório, como fatores indispensáveis à concretização no processo judicial dos valores humanitários”²⁹².

No Brasil, tanto a Constituição de 1946²⁹³, primeira Constituição pós guerra, como a Constituição Federal de 1967 previram o princípio do contraditório como garantia direcionada apenas ao processo penal²⁹⁴, apesar de ter regulação infraconstitucional nos outros ramos do processo civil e trabalhista²⁹⁵. Nelson Nery Júnior afirma que o artigo 153, § 16, da CF de 1969 previa o contraditório somente para o processo penal, mas existia a “correta manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil e ao administrativo.”²⁹⁶

²⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 231.

²⁹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 16.

²⁹¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 72.

²⁹² GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005. p. 72. Também neste sentido ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 230-231.

²⁹³ Apesar de constar no art. 141. § 25, que “é assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas” e que esta “instrução criminal será contraditória” o § 36, II, do mesmo artigo determina que “a lei assegurará a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram” demonstrando a necessidade de cientificação dos atos às partes, oportunizando a sua participação.

²⁹⁴ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77.

²⁹⁵ Sobre as justificativas para se considerar o contraditório como princípio constitucional do processo civil, remetemos o leitor ao artigo do professor Cândido Rangel Dinamarco, intitulado “O princípio do contraditório”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 83-100.

²⁹⁶ “A inovação foi profunda porque fez com que o princípio alcançasse expressamente os processos civil e administrativo, pois na carta revogada havia previsão expressa da garantia do contraditório somente para o processo penal (art. 153, § 16, CF de 1969), nada obstante houvesse a correta

Apesar de não existir na Constituição Federal daquela época um dispositivo específico sobre a garantia do contraditório para o processo civil, sua aplicação e desenvolvimento não encontraram obstáculos, pois “os termos do artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e o princípio da igualdade davam embasamento suficiente”²⁹⁷ para que tal garantia fosse aplicada. Francisco Tiago Duarte Stockinger destaca, seguindo a mesma linha de raciocínio de Rui Portanova acerca da necessidade de se envidar esforços interpretativos para elevar a garantia do contraditório, que:

No plano constitucional, somente por esforço interpretativo é que se podia antes de 1988 enxergar a garantia da ampla defesa e do contraditório às normas de processo civil. A aplicação do princípio da inafastabilidade da lesão ao Poder Judiciário, combinado com o princípio da igualdade e do devido processo legal, estabelecia que a decisão do órgão jurisdicional, para ser legítima perante um Estado de Direito, necessitava conferir a ambas as partes a possibilidade de apresentarem suas defesas, suas provas e enfim, sua influência sobre a formação do livre convencimento do juiz.²⁹⁸

Com a reabertura democrática ocorrida pela promulgação da Constituição Federal de 1988, o contraditório ficou consagrado como um direito fundamental, previsto no Título, II da Carta Magna “catalogada no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos (título II e capítulo I, CF), e tem aplicação imediata (art. 5º, inc. LXXVII, § 1º, CF).”²⁹⁹

Ultrapassada a breve notícia histórica da evolução do princípio do contraditório, passa-se a demonstrar os motivos pelos quais o mesmo é considerado um direito fundamental, intimamente ligado a outros princípios fundamentais como o da igualdade, do devido processo legal e do acesso à justiça.

manifestação da doutrina de que aquele princípio se aplicava, também, ao processo civil e ao administrativo.” NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 169.

²⁹⁷ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161.

²⁹⁸ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 77.

²⁹⁹ CASTRO, Cláudio Henrique de. Breves anotações sobre o direito ao contraditório. **Revista de Processo – REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997. p. 311.

5.2. O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Verifica-se, pela simples análise dos dispositivos constitucionais acima mencionados, que o contraditório teve cuidadoso tratamento, com o fito de conferir a esta garantia a amplitude necessária para sua melhor aplicação. Inclusive mesmo antes da Constituição Federal de 1988, já era tido como um princípio constitucional aplicável também ao processo civil, por força de interpretações das garantias processuais, como se viu acima. Como bem acentua José Roberto dos Santos Bedaque, “entre as garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro, encontra-se a do contraditório”³⁰⁰. Claro é que o princípio do contraditório no processo civil e administrativo é diferente do contraditório previsto para o processo penal³⁰¹, pois neste se exige que o contraditório seja absoluto e substancial, inclusive com defesa técnica ainda que o acusado seja revel ou insuficientemente defendido, conforme prevêm os artigos 261 e 497, V,³⁰² do Código de Processo Penal.³⁰³

Pelo exercício do contraditório, além de se oportunizar a ampla defesa das partes³⁰⁴,

³⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93.

³⁰¹ Ao referir-se à amplitude do contraditório no processo civil e no processo penal, Nelson Nery Júnior destaca que “no processo civil o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa.” NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-174.

³⁰² Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código:

[...]

V - nomear defensor ao réu, quando o considerar indefeso, podendo, neste caso, dissolver o conselho, marcar novo dia para o julgamento e nomeado outro defensor;

³⁰³ Ver sobre a distinção entre o contraditório no processo penal e no processo civil NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 172-174.

³⁰⁴ Enfatizando a necessidade de contraditório no processo de execução, ver as considerações feitas por Flávio Cheim Jorge, para quem no processo de execução, apesar de não se poder mais discutir o

é possível observar a aplicação de outros princípios de ordem constitucional, como o da igualdade³⁰⁵ e paridade das partes³⁰⁶ e de sua efetiva participação na formação do provimento jurisdicional³⁰⁷, legitimando o processo como manifestação e exercício do poder pelo Estado³⁰⁸.

Tratando especificamente da participação das partes para a legitimação do processo como forma de exercício de poder pelo Estado (no caso, o Estado-juiz)³⁰⁹, Luiz Guilherme Marinoni bem esclarece que as decisões judiciais são manifestações de poder, sendo certo que estas decisões podem ser impostas às pessoas,

mérito, o direito material em si, ainda permanece a garantia do contraditório na fase de execução, pois o executado ainda poderá participar dos vários atos do procedimento executório, inclusive, apresentando defesa e interpondo recursos. JORGE, Flávio Cheim. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. **Revista de Processo - REPRO 114**. São Paulo. Março/Abril de 2004. p. 307-308.

³⁰⁵ “Também o princípio da igualdade das partes relaciona-se intimamente com o contraditório, como veremos a seguir, já que esse (sic), princípio informativo do processo, neste viabiliza aqueles dois preceitos constitucionais, o da ampla defesa e o da igualdade.” MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? **Revista de Processo - REPRO 17**. São Paulo, Janeiro/Março de 1980. p. 111.

³⁰⁶ “Outro ângulo ainda se entremostra na formação das bases da defesa no processo: é a relação com o princípio da igualdade, adotado pelos Estados Democráticos de Direito. Se todos são iguais perante a lei, e, na lei, a prerrogativa de mostrar fundamentos fáticos e jurídicos para a obtenção de tutela jurisdicional favorável deve corresponder a igual oportunidade e prerrogativa de demonstrar a inviabilidade da pretensão material.” MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34-35. No mesmo sentido, cf. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 170.

³⁰⁷ Para haver defesa, é preciso participação no processo. Por outro lado, afigura-se nas relações entre o Estado e o indivíduo a existência de garantias individuais, com abrigo constitucional limitando as medidas e formas do exercício do poder estatal. Assim, garantindo a participação na atividade estatal o ordenamento jurídico moderno viabiliza a concretização dos princípios estruturantes, do chamado Estado Democrático de Direito. A participação do indivíduo na atividade jurisdicional propicia o exercício de defesa (limitando o poder estatal) e viabiliza a legitimidade do produto desta atividade, que é a atuação do ordenamento jurídico para concretização dos seus escopos político, social e jurídico na expectativa da realização da justiça.” MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 406-407.

³⁰⁹ Neste sentido, ver primeiro, as considerações de Cândido Rangel Dinamarco, enfático ao afirmar que “pensando em Estado de direito e em regime democrático, da participação das pessoas nas atividades do Estado, na vida do Estado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 85. Com o mesmo entendimento, Cassio Scarpinella Bueno, afirmando que “o que se deve destacar a respeito é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação do Estado *influenciar* – ou, quando menos, ter condições de buscar *influenciar, influir* - em alguma medida, a decisão a ser proferida”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54. Cândido Rangel Dinamarco ainda enfatiza que “a participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada na ordem política, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados” DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 214. Ver ainda ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 128.

independentemente de sua vontade, e, sendo assim, imprescindível a participação das partes, efetivamente, na construção deste pronunciamento para que se legitime, democraticamente³¹⁰, o processo e as decisões judiciais³¹¹. No mesmo sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, neste aspecto, salienta que:

Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes.³¹²

No entanto, bem lembrado pelo autor que não é somente o contraditório o fator de legitimação do processo e das decisões judiciais como manifestação de poder do Estado, pois imprescindível que esta legitimação não se limite à efetiva participação das partes, sendo necessária a plena fundamentação das decisões e a publicidade dos atos, pois o juiz, no exercício da jurisdição, interpreta a legislação de acordo com os princípios e valores constitucionais previstos pelo constituinte, sendo que, muitas vezes, deve o juiz afastar a legislação infraconstitucional (atacando, de forma direta, a atividade do Poder Legislativo) para fazer valer os preceitos previstos na

³¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 285. Ainda: “A legitimidade do exercício do poder, nas democracias, se dá através da abertura à participação. Assim como a legitimidade do processo legislativo depende de a lei ter sido produzida por uma casa legislativa eleita pelos cidadãos, algo semelhante deve servir para dar dimensão democrática ao processo em que o Estado atua para proteger direitos, especialmente quando se percebe que nesse processo é agora possível controlar a própria lei, fruto da opção da maioria eleita pelo povo.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 405. Também na mesma esteira de pensamento, Cassio Scarpinella Bueno destaca que “não é por razão diversa que se fala tanto em ‘legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal’, querendo com isso destacar que a manifestação do Estado – de todo ele, não só do Estado-juiz – será tanto mais legítima quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para *influenciar* a autoridade competente *antes* de sua decisão”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

³¹¹ “No processo jurisdicional, o exercício do poder deve prestar contas aos litigantes, isto é, àqueles que são atingidos pela coisa julgada material e por todas as decisões proferidas pelo juiz. Embora a sua base esteja no princípio político da participação, entende-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 (art. 5º, LV, CF)”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 407.

³¹² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 144.

Constituição Federal, mormente os direitos fundamentais³¹³. Como se viu nos capítulos 2, 3 e 4, tanto o legislador como o administrador devem *obediência irrestrita e incondicional* ao que determina a Constituição Federal, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais lá previstos, expressamente ou implicitamente, permitindo, assim, o controle jurisdicional fundamentado das normas legais infraconstitucionais. Afinal, o juiz não pode se limitar ao que o legislador infraconstitucional estabelecer, devendo ater-se, principalmente, ao que foi estabelecido pela Constituição³¹⁴.

O contraditório, como se vê, não é apenas a oportunidade conferida a uma das partes para responder³¹⁵ à demanda da qual se faz parte³¹⁶. O contraditório é o

³¹³ “Mas 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 nacional. Como a jurisdição, no Estado constitucional, exige a compreensão da lei à luz dos direitos fundamentais, é preciso não ignorar que à tarefa jurisdicional pode se atribuir uma natureza contramajoritária. Mais precisamente, o problema está em que a jurisdição, ao interpretar os direitos fundamentais, condiciona o poder do legislador, eleito pela maioria. 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.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 407-408. Ver ainda, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 267. Apêndice.

³¹⁴ “O Juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, ‘*la bouche de la loi*’, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito” GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). **Revista de Processo – REPRO 70**. São Paulo, abril-junho de 1993. p. 138. “O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 54. Digna de nota e reconhecimento a lição, datada de anos atrás, de Cândido Rangel Dinamarco ao afirmar que “o poder, como capacidade de influir nas decisões alheias, ou capacidade de impor suas decisões, é exercido pelo Estado e fala-se então em poder estatal, ou poder nacional como outros preferem, exercido sob diversos aspectos. Exerce o Estado o seu poder em toda essa gama multifária das suas atividades que se multiplicam e se ampliam cada vez mais na sociedade moderna, no Estado contemporâneo. Exerce o seu poder, inclusive e com muita freqüência, em processos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 84-85.

³¹⁵ Relevante de consideração a observação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando reconhece que com a tendência das Constituições ocidentais do século XX, o contraditório ultrapassou a fase de mera contraposição à demanda, começando a constituir “um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Determina, assim, uma mudança de sentido, que de modo nenhum pode ser ignorada, instando a que o princípio deixe de ser meramente formal, no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice. p. 231.

direito de *efetiva participação*³¹⁷ no processo judicial, mormente, no atual estágio dos estudos da ciência processual e constitucional, onde se busca de todas as formas ampliar cada vez mais a aplicação dos direitos e garantias fundamentais destinadas aos cidadãos. Humberto Theodoro Júnior compartilha deste entendimento, quando afirma que da observância do contraditório extrai-se a conclusão de que “toda decisão só será proferida depois de ouvidas ambas as partes, ou pelo menos depois de ensejada oportunidade para que ambas se manifestassem”³¹⁸. Na mesma esteira de pensamento, Cláudio Henrique de Castro conceitua o contraditório como “a oportunidade dos sujeitos de direito manifestarem-se, na discussão sobre o fato e/ou direito, em igualdade de condições, na esfera judicial e/ou administrativa, num momento procedimental determinado, bilateral e isonômico às partes”³¹⁹. O mencionado autor ainda afirma que o contraditório serve para assegurar aos cidadãos o “trinômio vida-liberdade-propriedade”³²⁰.

³¹⁶ Domingos Sávio Dresch da Silveira afirma que “Ao contrário do que comumente se entende, o princípio do contraditório não se esgota na oportunidade dada ao demandado de responder. Consiste, em verdade, em submeter toda tramitação processual a um permanente diálogo entre as partes, o qual é controlado pelo Juiz. Nessa perspectiva, o contraditório significa democratização da relação processual, visando assegurar a igualdade entre as partes, a paridade de armas e, no fundamental, a igualdade de oportunidades de alegar e provar as versões da realidade postas no processo. SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao Judiciário e do contraditório. In: ALVARO, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 62.

³¹⁷ José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar especificamente sobre a garantia do contraditório, afirma que “trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93. Ver ainda DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 214, BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 17, GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo - REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 171 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35

³¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios Gerais do direito processual civil. **Revista de Processo - REPRO 23**. São Paulo, Julho/Setembro de 1981. p. 182.

³¹⁹ CASTRO, Cláudio Henrique de. Breves anotações sobre o direito ao contraditório. **Revista de Processo - REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997. p. 312-313.

³²⁰ CASTRO, Cláudio Henrique de. Breves anotações sobre o direito ao contraditório. **Revista de Processo - REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997. p. 313. O autor justifica este entendimento afirmando que “esse trinômio é a expressão do *due process of law*, do acesso de acordo com a forma (art. 5º, inc. LIV, CF), que está diretamente conectado com a bilateralidade dos atos processuais – o princípio da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF) e indiretamente conectado com os princípios; do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII e LIII, CF), o princípio da proibição da prova ilícita (art. 5º, inc. LVI, CF)” dentre outros princípios, como o da inafastabilidade, segurança jurídica ((art. 5º, inc. XXXVI, CF).

No entanto, sempre vem à tona a questão atinente à relativização do contraditório quando existe o deferimento de medidas de urgência, sem a oitiva da parte contrária. Neste aspecto, não se vislumbra nenhuma ofensa direta ao referido princípio constitucional, pois, o deferimento de liminar antes de se ouvir o réu é medida necessária, em muitos casos, para garantir a satisfação de outro princípio, qual seja, a de efetivo acesso à justiça, inclusive de forma preventiva. É a nítida hipótese de ponderação e proporcionalidade, sendo certo que a não observância momentânea de um princípio para dar efetividade a outro princípio de mesma natureza não possui o condão de revogá-lo ou invalidá-lo. O relacionamento entre os princípios consiste numa superposição, solucionada por meio de sopesamento dos valores incluídos em cada um deles³²¹, de acordo com o caso concreto.³²²

Sobe este enfoque, bem observado por Humberto Theodoro Júnior que devido às peculiaridades de cada caso e os riscos que daí podem advir, “apenas se tolera uma inversão temporal entre a providência judicial e a ouvida da parte contrária.”³²³

Imprescindível destacar que o direito ao contraditório compreende tanto o direito de ação como o direito de defesa, na medida em que estes, como manifestação da efetiva participação na formação do provimento jurisdicional, são expressões da garantia aqui estudada.³²⁴ Não se pode perder de vista o fato de que a ampla defesa

³²¹ Interessante texto a respeito dos critérios extraídos da “fórmula do peso” de Robert Alexy, Marcelo Lima Guerra traz importantes noções necessárias à sua aplicação, como a definição dos valores envolvidos e a interferência que um destes valores provocará naquela que não for aplicado em GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “formula do peso” de Robert : significância e algumas implicações. **Revista de Processo – REPRO 141**. São Paulo, novembro de 2006. p. 53-71

³²² Humberto Ávila enfatiza, ao analisar o critério de conflito normativo para distinguir regras e princípios não pode ser tido como caráter absoluto “ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51-52. Ver ainda a lição de Delosmar Mendonça Júnior, que enfatiza que “os princípios coexistem, permitindo o balanceamento de valores e interesses, conforme o seu peso em determinada situação e ponderação com outros conflitantes. Assim, havendo colisão entre dois princípios pode haver a primazia de um em certa hipótese concreta ou do outro em determinada circunstância social, permanecendo os dois no sistema com igual validade.” MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14.

³²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios Gerais do direito processual civil. **Revista de Processo - REPRO 23**. São Paulo, Julho/Setembro de 1981. p. 183. E o autor ainda enfatiza que “realizada, porém, a medida de urgência, o requerido é citado e tem ampla oportunidade de discutir e provar contra a pretensão do requerente, obtendo, inclusive a revogação do provimento inicial, se conseguir demonstrar sua injuridicidade. O contraditório, portanto, aí se instala amplamente.”

³²⁴ “O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do *estado de direito*, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.” NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 170.

é consideravelmente diferente do contraditório. Por ampla defesa entende-se, em suma, a permissão da parte utilizar todos os mecanismos processuais e meios de prova para defender-se e comprovar suas alegações em juízo, ao passo que o contraditório, como se viu, é a “ciência e resistência ou informação e reação”³²⁵, ou seja, a efetiva possibilidade de participar e influenciar a formação da decisão judicial³²⁶, utilizando-se das garantias de defesa (ampla defesa) à disposição da parte.

No entanto, o contraditório, como direito fundamental e garantia constitucional, de aplicação imediata³²⁷, é de suma importância para o processo, não podendo apresentar conteúdo simples e sem a amplitude necessária, sendo certo que não se pode limitá-lo às atitudes das partes, devendo ser estendido, igualmente, à atividade jurisdicional, ou seja, ao juiz. Cândido Rangel Dinamarco já enfatizava esta questão há vários anos, quando afirmou que “a participação ativa do autor e do réu no processo é cada vez mais esclarecedora para o espírito do juiz e a própria qualidade do exercício jurisdicional acaba melhorando”³²⁸. Dignos de nota, igualmente, o pensamento de José Alexandre Manzano Oliani, quando reconhece a faceta do princípio do contraditório como participação efetiva em igualdade de oportunidades dos litigantes, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial, devendo as partes *dialogar* com o julgador:

Ao inserir o princípio do contraditório no corpo da Constituição Federal brasileira, o legislador constituinte buscou não apenas afirmar o caráter democrático da República Federativa do Brasil, mas sobretudo instituir um ‘paradigma processual’ segundo o qual a cada um dos partícipes do processo – judicial ou administrativo – deve-se assegurar a mesma quantidade e qualidade de oportunidades para participar do processo, dialogando com a parte contrária e com o julgador.³²⁹

O conteúdo atual do princípio do contraditório, sua amplitude e importância para o

³²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 53.

³²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93. COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. Verbete in: **Digesto delle Discipline Privatistiche** (sexione civile). Volume IV. 1989. p. 7.

³²⁷ Ver capítulo 2.

³²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 90.

³²⁹ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 15.

processo enseja a *necessidade de participação tanto das partes como do juiz e de terceiros*, na formação da decisão judicial, pois a “visão moderna desse princípio considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua função atinja determinados objetivos consistentes nos escopos da jurisdição”³³⁰. No mesmo sentido, bem observa Leonardo Greco ao reconhecer que o contraditório deve ser compreendido como contraditório participativo, ou seja:

[...] o contraditório que não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor de seus interesses mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa.³³¹

Por isso Nicola Picardi, também reconhecendo a necessidade do contraditório se estender ao juiz e não se limitar às partes enfatiza que *“in questo quadro il contraddittorio non costituisce tanto uno strumento di lotta fra le parti, quanto, piuttosto, un strumento operativo del giudice e, quindi, un momento fondamentale del giudizio”*³³² (grifos nossos).

Não foi por outra razão que Elio Fazzalari afirmou que, ao distinguir o procedimento do processo que *“il ‘processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività.”*³³³ E o autor italiano prossegue no seu raciocínio, afirmando que o processo desenvolve-se em contraditório, justamente por se observar a dialética estruturante

³³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93.

³³¹ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual** 24. São Paulo, Março/2005. p. 73.

³³² PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale n. 3**. CEDAM, Anno LIII, luglio/Settembre 1998, p. 680. O contraditório deixa de ser um instrumento de luta entre as partes, passando a ser um instrumento operativo da justiça e um momento fundamental do julgamento. (tradução livre)

³³³ FAZZALARI, Élio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. VIII ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 82. “O ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” Tradução de Elaine Nassif em FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2006. p 118-119.

do procedimento:

*Talle struttura consiste nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell'atto finale allá fase preparatória del medesimo; nella simmetrica parità delle loro posizioni; nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l'emanazione del provvedimento); nella rilevanza delle medesime per l'autore del provvedimento: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare um insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l'autore dell'atto debba tener conto dei risultati.*³³⁴

O contraditório deve, portanto, ser analisado como “atividade cooperatória à função jurisdicional, para a boa qualidade desta.”³³⁵ Recupera-se, com esta visão, assim, o diálogo entre as partes e o juiz, eliminando a raiz liberal restritiva à atuação do Estado que imperava no processo judicial³³⁶. Inclusive, como bem assevera Luiz Guilherme Marinoni, no Estado liberal, a atuação do Estado era extremamente mal vista, sendo que o direito de participação era visto somente em relação ao Poder Público:

Em razão disso, imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa,

³³⁴ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. VIII ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 83. “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.” Tradução de Elaine Nassif em FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119-120.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 89-90. STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 80.

³³⁶ “Como se sabe, o Estado liberal clássico, diante de sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal. A lei deveria ser, ao mesmo tempo, ‘clarividente e cega’. Esse tratamento igualitário é que garantia a liberdade dos indivíduos. É claro que essa intenção teve repercussão sobre o Estado-Juiz, uma vez que de nada adiantaria ‘formatar’ a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35-36.

mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida.³³⁷

Vale registrar passagem do texto de José Carlos Barbosa Moreira, escrito em francês, onde ele enfatiza o conteúdo do princípio do contraditório na Constituição Federal do Brasil, enfatizando exatamente a questão da participação das partes e do juiz na atividade probatória, além da plena discussão das matérias que se pode conhecer de ofício, antes da prolação da decisão:

*“La garantie du contradictoire signifie essentiellement que lê demandeur et le défendeur doivent jouir tous lês deux de la possibilite effective de participer au déroulemente du procès, d’exposer leurs raisons au juge, d’apporter les preuves de leurs allégations, de présenter leurs observations sur lês arguments de l’adversaire et sur lês preuves apportées par celui-ci ou ordonnées d’office. Elle implique pour lê juge l’interdiction de prendre dès mesures sans em avertir lês parties et d’appuyer sês décisions sur dès faits et dès résultats de l’instruction au sujet desquels elles n’auraient pu s’exprimer”.*³³⁸

Encerra-se a fase de estudo do contraditório como mera bilateralidade da audiência – *audiatur et altera pars*. Por isso, o contraditório, atualmente, deve ser visto não apenas como forma de dar ciência dos atos processuais às partes e conferir-lhes igualdade de tratamento³³⁹, mas sim como forma de possibilitar a efetiva participação das partes no processo judicial³⁴⁰, auxiliando o juiz na formação da decisão judicial, evitando inconvenientes como decisões surpresa, fundamentadas

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 40.

³³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution Brésilienne*. in **Temas de Direito Processual**: quinta série. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 42.

³³⁹ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil**: relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 80.

³⁴⁰ “Tradicionalmente, o princípio do contraditório, enquanto exigência de audiência e igualdade das partes, é considerado princípio fundamental, ao qual se contraporía o princípio inquisitório, que se manifestaria predominantemente quando o interesse público devesse prevalecer sobre o interesse particular, como é o caso, no direito processual civil, dos processos de jurisdição voluntária. Essa visão, contudo, não se coaduna com aquela mais atualizada sobre o princípio do contraditório, bem como sobre o processo em geral, que se insurge contra o formalismo da doutrina processual conceitualística, apontando para uma concepção do contraditório não como mera possibilidade de participação no processo, mas sim como uma garantia de efetiva participação.” GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 171.

em questões de ofício ou fatos sobre os quais as partes não discutiram ou tiveram ciência anterior. Ou seja, as partes devem participar, ativamente junto com o juiz, da formação da decisão que irá prestar a tutela jurisdicional, envidando esforços conjuntos com o juiz para a busca da verdade, mormente por ser a decisão judicial uma forma de manifestação e exercício do poder pelo Estado.

Enfatizando mais ainda a evolução e aplicação do princípio do contraditório para a conformação do princípio do devido processo legal, imprescindível lembrar que sua faceta como cooperação e participação estende-se, outrossim, aos terceiros que, de alguma forma, podem e devem contribuir para a boa formação da decisão judicial. É o caso, por exemplo, do *amicus curiae*, que “legitima-se, ao lado das partes ou de quaisquer outros sujeitos processuais, como portador de informações, elementos, dados, documentos, *valores* que, de outro modo, poderiam não chegar ao conhecimento do magistrado”³⁴¹ além do fato de que ele é um “adequado *portador* de dados, de elementos, de informações que são pertinentes para o julgamento da causa e que, por isso mesmo, devem ser disponibilizados para o magistrado que os avaliará consoante lhe pareça melhor.”³⁴²

³⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57.

³⁴² Cassio Scarpinella ainda afirma, com propriedade, que “o *amicus curiae*, também aqui, tem aptidão para desempenhar adequadamente o seu papel de cooperar com o magistrado e, de resto, com as próprias partes nessa busca. Sendo a expectativa mínima que gravita em torno de sua figura a de auxiliar o juiz no sentido de lhe levar informações e material útil (se não necessário) ara exame, não há como dissociar o *amicus* dessa busca pela ‘verdade’ no âmbito do processo civil.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 60.

6. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO A COOPERAÇÃO JUDICIAL ENTRE AS PARTES, O ESTADO JUIZ E TERCEIROS, PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Na esteira do que foi acima mencionado, necessário demonstrar a evolução do princípio do contraditório para sua faceta de cooperação judicial entre as partes, terceiros e o juiz, observando a necessidade de efetiva participação de todos³⁴³, para a formação adequada da prestação jurisdicional. Inicialmente, tivemos a impressão de que o contraditório como cooperação era uma idéia nova, promulgada pela doutrina nacional, capitaneada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁴⁴. No entanto, após pesquisas de vários textos, encontramos, inicialmente, a vertente de contraditório como cooperação em textos da década de 80, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, de autoria de José Carlos Barbosa Moreira³⁴⁵ e Cândido Rangel Dinamarco³⁴⁶.

Apesar do reconhecimento da colaboração entre as partes e juiz por Cândido Rangel Dinamarco e José Carlos Barbosa Moreira, quem iniciou o estudo do contraditório como cooperação nos moldes atualmente promulgados na doutrina e legislação estrangeiras, foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁴⁷. O autor enfatiza que

³⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 173, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 17 e BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 56.

³⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo - REPRO 71. São Paulo, Julho/Setembro de 1993**.

³⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo - REPRO 35**. São Paulo, Julho/Setembro de 1984. p. 231-238. Este texto, na verdade, demonstra a preocupação com o contraditório na fase probatória do processo, enfatizando a colaboração do juiz e das partes para obtenção das provas adequadas à verificação da verdade e formação de seu convencimento. O autor nada menciona acerca do dever de esclarecimento ou advertência às partes, limitando seu estudo ao contraditório, como cooperação/colaboração, para a instrução do processo. Chega-se até a mencionar a nocividade das surpresas durante a instrução probatória, mas nada menciona sobre as questões reconhecidas de ofício e necessidade das partes serem ouvidas antes de qualquer decisão judicial.

³⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 83-100. Neste texto o autor enfatiza que a participação das partes não se limita à atividade probatória, mas sim à efetiva participação no processo.

³⁴⁷ O autor enfatiza neste texto a necessidade da dialética como forma de melhoria da atividade jurisdicional como um todo, não só no momento da instrução probatória. O autor já destacava a

a antiga concepção do princípio do contraditório não é suficiente para atender os anseios do processo civil moderno, pois o conteúdo deste princípio deve englobar “também a oportunidade concedida às partes para se manifestarem, em prazo razoável, sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa”³⁴⁸

Em momento posterior, digna de nota também a contribuição de José Roberto dos Santos Bedaque, enfatizando a imprescindível necessidade de observância do princípio do contraditório para permitir que as partes participem do provimento final até mesmo nas questões reconhecíveis de ofício e na flexibilização dos limites da demanda.³⁴⁹

Como defendido desde o início da presente pesquisa, o processualista moderno, antes mesmo de culpar a legislação processual em vigor pela não efetividade da tutela jurisdicional do direito material do autor, deve buscar, nas próprias leis já existentes e na Constituição Federal, mecanismos de interpretação e integração das normas processuais com os anseios e desejos do direito material, enfatizando que o processo deve seguir à risca o que a Constituição Federal para ele estabeleceu, principalmente no que se refere à tutela dos direitos fundamentais: *imunizar* e *reparar*, quando preciso, o direito material, de acordo com os preceitos e valores inseridos na Constituição Federal.

A conscientização de que a força normativa da Constituição Federal alcança todo o processo civil (direito constitucional aplicado), como se viu, acentuou os poderes do juiz no processo, conferindo ao julgador importantes atribuições para proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa, sem que, no entanto este incremento de poderes configure arbítrio, porquanto o juiz deve agir lealmente no

necessidade de manifestação das partes para evitar os pronunciamentos judiciais com base em pontos sobre os quais as partes não tiveram oportunidade de conhecer ou debater. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo - REPRO 71. São Paulo, Julho/Setembro de 1993.** p. 35. Cf. ainda MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution Brésilienne.* In **Temas de Direito Processual:** quinta série. Saraiva: São Paulo, 1994. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

³⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo - REPRO 71. São Paulo, Julho/Setembro de 1993.** p. 35-36.

³⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).** São Paulo: RT, 2002. p. 19-42.

processo, observando e respeitando o contraditório.

O que se pretende, como se disse, é demonstrar que o direito de pleitear junto ao Judiciário a tutela de seus direitos, não deve ser vista apenas como possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, e muito menos como direito a uma tutela (resposta) jurisdicional. O processo possui uma finalidade, repita-se, a pacificação social, a solução efetiva dos conflitos e a tutela dos direitos fundamentais assegurados.³⁵⁰

O acesso à ordem jurídica justa deriva de um devido processo jurisdicional, fundado em celeridade, segurança jurídica e efetividade, e o alcance destas garantias passa necessariamente pela boa aplicação do contraditório em sua concepção de cooperação judicial, mormente se verificado que o processo é um instrumento público (que possui uma finalidade extremamente pública, portanto), não se limitando mais à concepção de instrumento de realização de interesses particulares, como prevaleceu durante o Estado liberal. Não se pode esquecer em momento algum que o processo judicial é formado de acordo com os anseios e necessidades de cada povo³⁵¹, visando conferir maior proteção aos direitos consagrados, mormente os direitos fundamentais do cidadão, tendo sempre em vista o caráter público de sua função.

Como se defendeu acima, o processo judicial e a formação da decisão jurisdicional não podem mais ser vistos como responsabilidade exclusiva das partes envolvidas no litígio, devendo o juiz³⁵² exercer uma atividade mais ativa e qualificada³⁵³, sempre

³⁵⁰ “Ao ver do legislador constitucional, o processo, com suas características essenciais, é mecanismo adequado a proporcionar não apenas acesso à Justiça, mas à ordem jurídica justa. Daí falar-se no processo equo e justo, ou seja, aquele instrumento apto a assegurar efetivamente os direitos estabelecidos no ordenamento jurídicomaterial.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 14.

³⁵¹ José Roberto dos Santos Bedaque bem destaca esta questão quando afirma que “foi-se o tempo em que o processo era concebido como fenômeno puramente técnico, caracterizado pelo formalismo estéril. Os institutos processuais são construídos sob a profunda determinante de valores éticos, exatamente aqueles que norteiam a própria Constituição. Cada país tem seu modelo processual-constitucional, idealizado em conformidade com as opções ideológicas dominantes.

³⁵² GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 174.

³⁵³ Enfatizando a necessidade de maior participação do juiz na condução do processo, no tratamento paritário das partes envolvidas e na formação do provimento jurisdicional do que a realizada de acordo com o modelo do Estado Liberal, Paulo Henrique dos Santos Lucon esclarece que o juiz deve “estar consciente de seu dever de pacificar com justiça os conflitos, não se limitando a um *laissez faire* da filosofia liberal, incompatível com o Estado social de direito da atualidade e com a realização do *processo adequado e justo*.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99.

visando a formação de seu convencimento para melhorar o desempenho e qualidade o provimento jurisdicional e sua efetivação. Neste aspecto tem-se como importante mecanismo o tratamento igualitário das partes no processo, possibilitando que ambas sejam agraciadas pelos princípios e garantias do processo, em igual proporção, fortalecendo o contraditório por meio da atividade participativa dos sujeitos parciais do processo.³⁵⁴

Neste diapasão, a doutrina brasileira, influenciada pela doutrina e legislação estrangeira, “já começa a falar em um ‘princípio da cooperação’, que nada mais é do que uma específica faceta – quiçá uma ‘atualização’ – do princípio do contraditório”.³⁵⁵ Esta cooperação deve ser vista como “o princípio do contraditório inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado, na sua atuação concreta”.³⁵⁶ Além disso, decorre desta visão evolutiva do princípio do contraditório como cooperação a *maior e mais qualificada participação das partes, do juiz e dos terceiros* aptos a fornecer elementos desconhecidos dos tradicionais sujeitos do processo (em especial o juiz e as partes) para a melhor formação da decisão jurisdicional. Este, a nosso ver, é o *conteúdo do contraditório atual, efetivo e hipertrofiado*, exaltado como valor fundamental do modelo constitucional do processo civil brasileiro.³⁵⁷

No direito português e alemão, muito se tem discutido acerca da garantia do contraditório como garantia dos sujeitos do processo (partes, juízes e auxiliares do juízo) para que se obtenha um processo mais seguro e mais eficiente, além, é claro, de mais célere. No entanto, como bem observa Cândido Rangel Dinamarco, também

³⁵⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 98. “A igualdade está estreitamente vinculada ao devido processo legal, ao contraditório e à imparcialidade. Há, por assim dizer, uma importante conjugação de princípios que contribuem para formar um todo dotado de coerência teleológica, atribuindo desse modo um propósito comum às normas, em consonância com os anseios politicamente eleitos pela nação.”

³⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

³⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

³⁵⁷ “Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 18.

na França (art. 16, 1ª, 2ª e 3ª alíneas do *nouveau code de procédure civile*³⁵⁸) estabeleceu-se que “*le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*”³⁵⁹ (1ª alínea), “*Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement*”³⁶⁰ (2ª alínea) e que “*il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”³⁶¹ (3ª alínea). E deve-se sempre ter em mente o contraditório efetivo, permitindo a ampla participação das partes e do juiz, principalmente evitando as decisões surpresa sem que as partes tivessem a oportunidade de se manifestar a respeito de fatos e questões de direito.

Da mesma forma, o *Codice de Procedura Civile*³⁶² (Código de Processo Civil Italiano), em seu artigo 183, parágrafo quarto, afirma que “*il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*”³⁶³, demonstrando que o direito processual italiano também tem se preocupado com a participação e manifestação das partes anteriormente às questões decididas pelo juiz, ainda que sejam consideradas questões de conhecimento de ofício.

³⁵⁸ NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE. LEGIFRANCE. <http://www.droit.org/code/CPROCIV0-16.html>. Acesso em 10.01.2008.

³⁵⁹ Tradução de Cândido Rangel Dinamarco “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele próprio o princípio do contraditório” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Malheiros: São Paulo, 2000. Volume I. p. 130-131. Edoardo Ricci, por sua vez, traduz o referido artigo da seguinte forma: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, provocar o respeito e respeitar ele mesmo o princípio do contraditório”, in RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 496.

³⁶⁰ O juiz somente pode levar em consideração, em sua decisão, os meios, as explicações e os documentos alegados ou apresentados pelas partes se elas puderem ter discutido sobre eles em obediência ao contraditório. Tradução livre.

³⁶¹ Edoardo Ricci traduz o dispositivo afirmando que o juiz “não pode fundamentar sua decisão em motivos, explicações e documentos propostos de ofício sem ter antes solicitado às partes que apresentassem suas defesas”, in RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 496.

³⁶² Nuovo Codice di Procedura Civile. Studio Cataldi. <http://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/librosecondo.asp>. Acesso em 10.01.2008.

³⁶³ “O juiz indica às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão”. Tradução de Edoardo F. Ricci, com a colaboração de Mariulza Franco in RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 496.

Em Portugal, o contraditório já é visto como forma de cooperação mais acentuada entre as partes e o juiz (art. 3º, n. 3), pois o CPC Português *determina* que o juiz promova a observação irrestrita do contraditório durante todo o processo, estando ele impedido de decidir questões sobre as quais as partes não tenham se manifestado³⁶⁴. Atualmente em Portugal o princípio da cooperação decorre exclusivamente de lei, estando previsto nos artigos 266³⁶⁵, 266-A³⁶⁶ e 519³⁶⁷, todos do Código de Processo Civil Português.

Em decorrência deste diálogo entre as partes e o juiz e maior participação de todos, permite-se, com reflexo no princípio da cooperação, até mesmo a alteração do pedido e da causa de pedir, com o objetivo precípuo de evitar o desperdício de atividade jurisdicional e a propositura de novas demandas. É o que prevêm os artigos 272 e 273 do CPC Português:

³⁶⁴ “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”

³⁶⁵ ARTIGO 266. (Princípio da cooperação)

1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes *cooperar* entre si, *concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.*

2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os *esclarecimentos* sobre a matéria de *facto* ou de *direito* que se afigurem *pertinentes* e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no nº 3 do artigo 519.º.

4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

³⁶⁶ ARTIGO 266-A (Dever de boa fé processual)

As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

³⁶⁷ ARTIGO 519. (Dever de cooperação para a descoberta da verdade)

1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

2. Aqueles que recusem a colaboração devida serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no nº 2 do art. 344.º do Código Civil.

3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar:

a) Violação da integridade física ou moral das pessoas;

b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações;

c) Violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no nº 4.

4. Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

ARTIGO 272. (Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo)

Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1ª ou 2ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.

ARTIGO 273. (Alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo)

1. Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor.

2. O pedido pode também ser alterado ou ampliado na réplica; pode, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo.

Observa-se que o direito português é bem rigoroso em relação à questão da necessidade de cooperação (aqui entendida como exercício do contraditório por meio da ampla participação) entre as partes e o juiz, tachando de nula a sentença que tiver sido proferida sem a observância deste princípio, conforme se observa no artigo 201³⁶⁸ do CPC Português.

O instituto da cooperação como amplitude do princípio do contraditório que aqui se propõe, tem suas raízes no direito alemão, e corresponde ao “direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*Frege und Aufklärungspflicht*)”.³⁶⁹ No direito alemão, o dever de cooperação entre juiz e partes é considerado tão importante para o exercício do contraditório que é admissível interposição de recurso “quando não tenha sido exercido, devendo tê-lo sido, isto é, nos casos em que fosse aconselhável o esclarecimento das posições de fato e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes.”³⁷⁰ A raiz forte, portanto, do princípio da cooperação da forma como aqui se propõe, encontra-se no direito alemão, e austríaco, este desde a reforma

³⁶⁸ ARTIGO 201.º(Regras gerais sobre a nulidade dos actos)

1. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, a prática de um acto que a lei não admita, bem como a omissão de um acto ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produzem nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa.

³⁶⁹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 248.

³⁷⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real. in **Revista Dialética de Direito Processual nº 06**. Dialética: São Paulo, Setembro de 2006. p. 47.

introduzida por Klein no final do século XIX³⁷¹ permanecendo até os dias atuais no ZPO (*Zivilprozessordnung*)³⁷² Austríaco (código de processo civil austríaco).³⁷³ Neste aspecto, disciplina o § 139 da ZPO Alemã:

§ 139 - Materielle Prozessleitung

(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.

(4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

*(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.*³⁷⁴

³⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 92.

³⁷² Zivilprozessordnung. **dejure.org**. <http://dejure.org/gesetze/ZPO/139.html>. Acesso em 10.01.2008.

³⁷³ Nesse terreno a idéia da oralidade encontra campo fértil, situando-se o debate público e oral em posição central e dominante. Os recursos ficam, em princípio, limitados às decisões definitivas. O juiz passa a estabelecer uma relação imediata e direta com as partes e as provas, estas livremente apreciadas, em muito cresce a atividade do órgão judicial, munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir sua marcha rápida". ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50. No mesmo sentido a constatação de Jefferson Carús Guedes: "a Áustria, por ter patrocinado uma singular sucessão de modificações no direito processual, coroadas pelo *Zivilprozessordnung* de 1895, projetado por Franz Klein, mas iniciadas por alterações nos procedimentos de matrimônio (1819), sumário (1843) e de coisas de valor insignificante/bagatelas (1873). A lei de 1895, paradigma até hoje, marcou por dispor às partes a pretensão, assim como a apresentação de fatos e meios de provas, também por conferir papel ativo e a livre apreciação ao juiz, por limitar recursos e, principalmente, por introduzir a oralidade e a imediatidade, embora mitigadas no século seguinte". GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

³⁷⁴ § 139 — CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO.

(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão

Por isso, claro fica que a legislação estrangeira reconhece a necessidade de um contraditório como cooperação/participação entre as partes e o juiz, buscando, de todas as formas, melhorar a qualidade do provimento jurisdicional pela maior participação do magistrado, partes e terceiros em relação aos pedidos e provas, almejando, ainda, que questões de fato e de direito não discutidas pelas partes não sejam conhecidas de ofício pelo juiz.

A cooperação como extensão do princípio do contraditório, como se percebe, permite o elastecimento dos poderes do magistrado, primando pela possibilidade do juiz se tornar um sujeito mais ativo no processo (ao invés de permanecer neutro em relação à pretensão discutida em juízo pelas partes) e, principalmente, permitindo maior atividade e participação na direção do processo, mudando, claramente, a concepção de juiz e jurisdição como mero aplicador da lei.

François Ost bem dá a idéia do que se espera do juiz contemporâneo³⁷⁵ ao compará-lo com figuras extraídas da mitologia grega. O modelo de juiz “Júpiter”³⁷⁶ é

de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito. Tradução de PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Pode o juiz considerar na sentença matéria de direito ou fato não alegada pelas partes sem observar o contraditório substancial? **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, nº 206. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1650>. Acesso em: 30 jul. 2007.

³⁷⁵ Não podemos deixar de destacar, ainda, o texto do professor Willis S. Guerra Filho, onde o mesmo faz referência a três tipos de magistrados, o juiz *tradicional*, o juiz *revolucionário* e o juiz *tolerante*. O primeiro seria aquele juiz que está arraigado com a lei, reconhecendo e respeitando a separação dos poderes, e, inconscientemente, permitindo a manutenção do estado atual das coisas. O segundo, por sua vez, seria o extremo oposto, ou seja, aposta na modificação da ordem jurídica vigente de forma a tentar melhorar o mundo que o rodeia. O terceiro tipo de juiz é justamente a figura mediana, ou seja, aquele que reconhece a necessidade de manter o estado das coisas, mas lutando de forma a convencer os outros da necessidade de mudança, atuando de forma progressiva, e não abrupta, para a mudança dos paradigmas existentes até então. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 135-142.

³⁷⁶ De acordo com Ost, o modelo *jupiteriano* (pirâmide) é o que se pode denominar de *clássico* e é o que se ensina, na maioria dos casos, nas faculdades de direito, mantendo as representações canônicas dos juristas. É o modelo codificado, reduzido à simplicidade de uma obra única, vista na forma piramidal e hierárquica. O modelo da pirâmide (clara alusão aos ensinamentos de Hans Kelsen) ou do código, denominado pelo autor de Direito Jupiteriano (Júpiter), adota a forma da lei, agregando um depósito sagrado de leis, códigos e constituições modernas. O direito decorreria, então, desta índole suprema das normas, suficientemente emanado em forma das decisões jurisdicionais. No ápice da pirâmide encontra-se a lei, que deve ser o ponto de onde irradia toda justiça. Ou seja, o juiz é vinculado ao que está na lei, não podendo contrapor-se a ela, estando engessado ao que ela prevê, preservando, desta forma, o estado das coisas. OST, François. Júpiter,

aquele que adota a forma de uma pirâmide³⁷⁷, enquanto a forma de juiz “Hércules”³⁷⁸ adota a forma de uma pirâmide ao contrário, um funil³⁷⁹. Por sua vez, o juiz visto como “Hermes” (o mensageiro dos deuses do Olimpo) representa-se por uma rede, principalmente devido à multiplicidade de pontos inter-relacionados³⁸⁰.

O autor sugere este novo modelo de juiz, representado por Hermes, o mensageiro dos deuses do Olimpo³⁸¹. O juiz Júpiter adota, como se viu, a forma de uma pirâmide, enquanto Hércules adota a forma de um funil. O modelo de Hermes, no entanto, representa-se por uma *rede*, principalmente devido à multiplicidade de pontos interrelacionados, caracterizando a *multiplicação* de atores, sujeitos, juristas (e não somente juízes), como também uma diversificação de regras e uma inversão das argumentações. O interessante desta construção e o seu ponto de ligação com todos os aspectos da presente pesquisa deriva justamente do fato de que a circulação de significados e informações não está contida em um código ou conjunto

Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, 1993. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em 7 de julho de 2006), p. 170 e 172-176.

³⁷⁷ Na classificação proposta por Willis S. Guerra Filho, este seria o juiz tradicional. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 135-136.

³⁷⁸ O autor caracteriza o juiz *Hercules* é o julgador que presta assistência, e que diante das complexidades vivificadas no mundo, possui grande preocupação com os aspectos sociais, e na fase *pré-contenciosa*, aconselha, orienta e previne. Na fase contenciosa ele não discrepa da evolução da jurisprudência, adaptando suas decisões, se for o caso, conforme as necessidades que o caso exige. Enquanto o juiz jupiteriano era um homem enraizado na lei, o juiz Hércules se desdobra busca lapidar o lado social. O enfoque dado por este modelo exalta a jurisprudência, pois é a decisão, e não a lei, que cria a autoridade. A singularidade e a concretude de cada caso se superpõe à generalidade e abstração da lei. OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, 1993. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em 7 de julho de 2006), p. 170-171 e 176-182.

³⁷⁹ Este seria, na classificação de Willis S. Guerra Filho o juiz revolucionário, que se preocupa com as necessidades sociais e busca de todas as formas quebrar os paradigmas existentes na tentativa de modificar o *status quo*. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 135-136.

³⁸⁰ A rede jurídica, assim como necessita da força (hierarquia normativa e institucional), é dependente da interpretação, donde se extrai a hermenêutica a manifestação de vontade dos sujeitos. A pluralidade de *atores* (sujeitos) jurídicos é um dos primeiros indícios da ocorrência do direito pós-moderno, pois o direito não se resume à interpretação do legislador (Júpiter) ou à interpretação do juiz (Hércules). Pelo contrário, a interpretação decorre de juristas e dos usuários do direito. Não se pode negar que atualmente a influência de particulares e da sociedade na construção das regras de comportamento é grande, o que permite concluir que a participação destes particulares na interpretação também é de relevante importância, dada a necessidade extrema de não distanciar a norma dos anseios da sociedade e das relações que ela visa proteger e estabelecer. OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, 1993. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em 7 de julho de 2006), p. 182-184.

³⁸¹ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, 1993. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em 7 de julho de 2006), p. 183-184.

de jurisprudência. Muito pelo contrário! Ela se expressa na forma de um *banco de dados*, constituindo-se uma estrutura em rede que traduz um sem número de informações disponíveis de maneira instantânea, e, ao mesmo tempo, dificilmente destacadas.

Não se pode negar que atualmente a influência de particulares e da sociedade na construção das regras de comportamento é grande, o que permite concluir que a participação destes particulares na interpretação da lei e formação do provimento jurisdicional³⁸² também é de relevante importância.³⁸³ Esta, sem dúvida, é uma importante fase na mudança do paradigma metodológico para o estudo do direito processual civil, com ênfase para o desenvolvimento e evolução do princípio do contraditório.

Em razão disso, nas últimas décadas cresce a ânsia pelo papel mais ativo do juiz³⁸⁴, buscando-se cada vez mais a ligação entre o juiz e a causa, de forma a beneficiar a atividade e a prestação da atividade jurisdicional. Sendo o juiz uma figura mais ativa no processo, deve tomar todas as providências para que a prestação jurisdicional tenha a melhor qualificação possível, inclusive possibilitar as partes uma maior participação na formação da decisão final. Possibilita-se uma maior participação das partes no processo, bem como, evita-se as decisões surpresa, fundadas sobre fatos e questões não discutidas pelas partes. Neste compasso observa-se a ligação entre o contraditório e a cooperação judicial, na medida em que permite o diálogo das partes entre si e com o juiz, visando melhorar a qualidade do provimento

³⁸² Ao afirmar a necessidade do estabelecimento da cooperação entre partes e juiz, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira destaca que a cooperação “mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 18. Isso apenas demonstra exatamente que o desenvolvimento da sociedade atual é tão intenso e tão veloz que ao juiz é impossível conhecer rotinas, fazer juízos de valor seguros e conhecer detidamente os fatos envolvidos no processo que está para sua apreciação, havendo plena necessidade de participação da sociedade na verificação e apuração dos fatos e elementos para formação da sua convicção.

³⁸³ OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, 1993. (http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em 7 de julho de 2006), p. 183-184.

³⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 94, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Em relação ao papel mais ativo do juiz e as dificuldades encontradas para que este aspecto processual se desenvolvesse, merece especial destaque o texto de BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo - REPRO 27**. São Paulo, Julho-Setembro de 1982. p. 186-199 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo - REPRO 35**. São Paulo, Setembro de 1984. p. 178-184.

jurisdicional.³⁸⁵

A figura do juiz também é plenamente atingida por esta nova concepção do princípio do contraditório, visto como participação, na medida em que o julgador passa a participar mais efetivamente da formação do provimento jurisdicional, buscando formas de suprir sua deficiência em relação ao conhecimento dos fatos alegados pelas partes e procurando extrair o máximo de proveito da atividade jurisdicional que lhe é colocada para apreciação.³⁸⁶

O juiz, possuindo um papel mais ativo na condução do processo e precisando de informações vitais ao seu convencimento, deve *advertir* às partes para manifestação completa “sobre os pontos necessários à solução do litígio”³⁸⁷, permitindo a maior participação de todos aqueles (partes ou terceiros) que possuam aptidão para fornecer tais elementos, sempre objetivando a melhor formação do provimento jurisdicional.³⁸⁸

De acordo com esta nova concepção, esta visão contemporânea do princípio do contraditório, o julgador possui “a obrigação de esclarecer os fatos do litígio (*Aufklärungspflicht* ou *Hinweispflicht*) e de incitar as partes a trazerem para os autos

³⁸⁵ “Significa dizer que a função jurisdicional somente poderá ser desempenhada satisfatoriamente pelo magistrado, se este contar com a colaboração das partes (autor e réu) através da formulação de suas razões, o fornecimento de informações e a produção de provas.” MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 156.

³⁸⁶ “A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2000. p. 131. Volume I.

³⁸⁷ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *In Revista da Esmape*, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 250.

³⁸⁸ “Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se, deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultado conjunto de todos os sujeitos do processo. Ora, a idéia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 17-18.

os complementos de informação ou as provas necessárias à solução do litígio.”³⁸⁹

Fredie Didier Junior, em ensaio específico sobre o tema da cooperação, informa que o magistrado possui, de acordo com esta visão cooperativa, os seguintes deveres a) *esclarecimento*: para sanar as dúvidas de modo a evitar decisões equivocadas que geram a extinção desnecessária do processo; b) *consultar*: onde deve solicitar a manifestação das partes sob determinado ponto, de fato ou de direito, para que o processo não tome rumos indesejáveis e desnecessários, como a extinção do processo por outros fundamentos ou fatos não discutidos pelas partes, antes delas serem ouvidas a este respeito; c) *prevenir*: para apontar as deficiências dos requerimentos e defesas (sentido amplo) das partes, valendo para qualquer situação, mormente para aqueles casos em que o êxito a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.³⁹⁰ Não se olvide que junto com estes deveres/direitos do magistrado, as partes possuirão enorme importância, participando e demonstrando a conformação desta cooperação como extensão do princípio do contraditório.

Muito se poderia questionar, *a priori*, sobre a imparcialidade do juiz e seu papel ativo nos deveres de consultar, prevenir e esclarecer as partes sobre questões jurídicas e fatos importantes para o desenrolar da lide e formação de seu convencimento, tudo de forma a permitir uma melhor qualidade no provimento jurisdicional a ser proferido. Creemos, todavia, que este empecilho encontra-se superado, mormente pelo que dispõe o artigo 133 do CPC, que permite ampla atividades instrutória do juiz sem que isso configure arbítrio e desconfiança de parcialidade.³⁹¹ Inclusive, este aspecto já vinha sendo ponto de estudo desde a década de 80, quando José Carlos Barbosa Moreira salientava, mencionando expressamente o artigo 139 da ZPO Alemã, que era importante para o fortalecimento da igualdade substancial das partes no

³⁸⁹ Tais lições são extraídas do direito processual alemão por Lúcio Grassi Gouveia in GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 249.

³⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo - REPRO 127**. São Paulo, Setembro de 2005. p. 77.

³⁹¹ Sobre os poderes instrutórios do juiz, ver a obra de José Roberto dos Santos Bedaque in BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Em relação ao papel mais ativo do juiz e as dificuldades encontradas para que este aspecto processual se desenvolvesse, merece especial destaque o texto de BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo - REPRO 27**. São Paulo, Julho-Setembro de 1982. p. 186-199 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo - REPRO 35**. São Paulo, Setembro de 1984. p. 178-184.

processo, que:

No propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade (ou mesmo o dever) de prestar-lhes informações sobre os ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovar alegações.³⁹²

Não se pode negar que a importância desta visão contemporânea do princípio do contraditório³⁹³ como cooperação judicial entre partes e juiz auxilia na busca pela verdade real³⁹⁴ (e não meramente formal), porquanto permite que os interessados no resultado do processo cooperem entre si para a formação do resultado que se anseia. Com esta busca pela realidade dos fatos de forma completa e participativa, evita-se a má aplicação da norma jurídica, bem como que o processo tome rumo não pretendido pelas partes e pelo Estado-Juiz:

Em tal seara, a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não se cuida apenas de investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas de estabelecer o seu conteúdo e alcance, não só evitando surpresas mas também as conseqüências negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e da tutela de outros valores, como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial.³⁹⁵

³⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in **Temas de Direito Processual**: terceira série. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 52.

³⁹³ “Faceta importante a ressaltar é 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. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006. p. 18. Ainda de considerável importância a afirmação de Cassio Scarpinella Bueno: “Parcela de nossa doutrina tem defendido, de forma absolutamente atual e convincente, que o contraditório não pode ser mais entendimento simplesmente como sinônimo de ‘defesa do réu’ ou, mais amplamente, ‘do acusado’. Que contraditório, à luz da teoria dos direitos fundamentais, deve ser entendido como *cooperação*, como *diálogo*, como participação ativa de todas as partes (e não só do réu!), de eventuais interessados, e do próprio juiz ao longo de todo o procedimento.” BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

³⁹⁴ “Na seara dos fatos, o Contraditório propicia a importante dialética na (re)construção da realidade, equacionando o conflito e a sintaxe do direito.” CASTRO, Cláudio Henrique de. Breves anotações sobre o direito ao contraditório. **Revista de Processo – REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997. p. 318.

³⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 103.

Afinal, “na perspectiva judicial, diria que a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”³⁹⁶ e sendo assim, imprescindível a participação da parte na formação do provimento jurisdicional.

Como se viu nos capítulos anteriores, durante o processo instituído no Estado liberal, as partes, e não o Estado, eram tidas como as mais interessadas no resultado do processo. Inclusive, as partes possuíam uma gama de poderes para o início, desenvolvimento e fim do processo, além, é claro, da delimitação de seu objeto³⁹⁷.

No entanto, nos dias atuais, o processo judicial visto somente da ótica privatista e nos moldes do princípio dispositivo que prevaleceu durante o Estado liberal, não atende aos anseios da justiça e às finalidades do Estado, pois a concessão dos poderes exclusivamente às partes demonstrou-se método falho e caótico, na medida em que não lograram alcançar os escopos do processo³⁹⁸. O “caráter privado não corresponde mais à concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, pois a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido pelos participantes do processo”.³⁹⁹ De outro lado, sugere-se a imposição de um processo civil com a “plena exclusão do princípio dispositivo e absoluto império do

³⁹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 97.

³⁹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 90.

³⁹⁸ Com propriedade, José Carlos Barbosa Moreira destaca que o Estado Social contemporâneo reduz sensivelmente a importância dos aspectos privados e individuais dos direitos tutelados, primando pela tutela de direitos sociais e coletivos, sendo que tal modificação influenciou sobremaneira na visão do processo, principalmente na sua função social: “A transição do liberalismo individualista para o ‘Estado social de direito’ assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das ‘regras do jogo’ e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do ‘social’ também no processo derrui o império do *laissez faire*. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da ‘divisão de tarefas’ entre as partes e o órgão de jurisdição.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in **Temas de Direito Processual**: terceira série. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 51.

³⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 91.

princípio da oficialidade em prol da ampla investigação da verdade ‘real e objetiva’⁴⁰⁰.

Não se pode negar que limitar os poderes e atividade do juiz no processo é uma forma de não se alcançar a *verdade real*. Cabe aqui ressaltar que quando se diz verdade real, sempre se pensa em processo penal e também no processo do trabalho (onde vigora o princípio da primazia da realidade). Ao se tratar de processo civil, estranhamente, muda-se da busca pela verdade real para a prevalência da verdade formal, ou seja, somente aquela “verdade” existente nos autos formado pelas partes. Acompanhando o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior⁴⁰¹ e Cassio Scarpinella Bueno⁴⁰², somos da corrente que denuncia a equivocada idéia de que a verdade no processo civil seja apenas aquela estampada nos autos, principalmente se o juiz não se demonstrar um sujeito ativo e comprometido com o provimento jurisdicional.

Ora, se esta atividade fica restrita às partes, certo é que cada uma agirá de acordo com o seu interesse. Sem a participação ativa do juiz, a busca pela verdade se apresenta como ilusão, na medida em que a verdade a ser alcançada será aquela proveniente, exclusivamente, do que as partes tiveram oportunidade e interesse em trazer ao conhecimento do Estado-Juiz.

Afinal, conforme bem descreve Jair Pereira Coitinho fazendo uso das lições extraídas de um trecho de Jeremy Bentham, este destacando a necessidade de

⁴⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 91.

⁴⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios Gerais do direito processual civil. **Revista de Processo - REPRO 23**. São Paulo, Julho/Setembro de 1981. p. 185.

⁴⁰² “A busca de uma ‘verdade real’, em regra, é atribuída ao processo penal. É naquele ramo do direito processual, lê-se com freqüência, que o magistrado deve preocupar-se com a busca da ‘verdade’ que mais pareça com aquilo que, realmente, ocorreu no mundo dos fatos. É comum ler que ao processo civil é suficiente a busca da verdade ‘formal’, assim compreendida a ‘verdade dos autos’, aquilo que em função da iniciativa das partes, é levada aos autos e, nessa exata proporção, é passível de apreciação pelo magistrado. Somos daqueles que repudiam essa distinção. No estágio atual da evolução do pensamento do processo civil não há mais como admitir deva ele se contentar com uma outra verdade que não aquela que corresponda, na medida do possível, àquilo que realmente ocorreu ou está para ocorrer no mundo dos fatos e, por isso mesmo, dá ensejo à propositura da ação. Se o que se busca no processo penal é uma ‘verdade real’, é essa mesma verdade que deve motivar o processo civil. O processo é público, e os compromissos do juiz com a sociedade também o são, trate-se de processo voltado à aplicação da lei penal ou da lei não penal. A distinção entre as “verdades” não justifica a distinção desses – e de outros – ramos do direito processual. Os valores constitucionais a serem realizados pelo processo, civil ou penal, são os mesmos. O ‘modo de ser’ do processo é um só, totalmente vinculado à Constituição Federal.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58-59.

provas para comprovação dos direitos alegados em juízo, “ter direito e não ter meio de prová-lo é processualmente quase como não o ter, decorrendo daí a sempre atualidade da lição segundo a qual ‘*el arte Del proceso no es esencialmente outra cosa que el arte de administrar las pruebas*’.”⁴⁰³

Não raro, durante a fase probatória, ocorrem “tropeços” de alguma das partes, ou até mesmo de ambas, seja pela deficiência de seus procuradores, seja pela impossibilidade prática de se obter os elementos necessários à defesa de seus interesses⁴⁰⁴. Por isso, diz-se que “tais limites, impostos naturalmente ou pelo próprio ordenamento jurídico, acabam se revelando entraves à reconstrução dos fatos”.⁴⁰⁵

Se a atividade probatória para o convencimento do magistrado depender exclusivamente das partes do processo, a busca pela verdade e até mesmo o convencimento do magistrado ficará comprometida, razão pela qual se demonstra plenamente necessária a extensão dos poderes do juiz, de forma a permiti-lo atuar de forma mais ativa na condução do processo. Há necessidade, portanto, de participação mais intensa do juiz no processo e em particular na investigação dos fatos, conferindo-lhe direção efetiva e não apenas uma direção formal do processo.

Como se viu, Franz Klein, na Áustria, no final do século XIX ao promover a reforma processual naquele país, implantando as primeiras sementes da cooperação, preocupou-se em criar um processo civil no qual aquela parte menos hábil e menos culta, privada de recursos financeiros capazes de lhe permitir a contratação de um bom defensor, pudesse ficar, processualmente falando, “em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário”⁴⁰⁶.

⁴⁰³ COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais), In: AMARAL, Guilherme Rizzo, CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro**: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76. “A arte do processo não é outra coisa senão a arte de administrar as provas (tradução livre).” Tradução livre.

⁴⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in **Temas de Direito Processual**: terceira série. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 52-53.

⁴⁰⁵ COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais), In: AMARAL, Guilherme Rizzo, CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro**: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

⁴⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 92-93.

Por isso, para garantir que as partes possuam um tratamento mais isonômico no processo é que não se pode confiar exclusivamente a elas a direção do processo judicial, porquanto se estaria dando vazão a um processo obviamente fundado na verdade dos autos e não da realidade. Desta necessidade de nivelamento de condições no processo é que surgiu o “fortalecimento dos poderes do órgão judicial, a ponto de se impor a este não apenas a faculdade, mas o dever de advertir os litigantes das irregularidades e lacunas de seus pedidos e alegações”⁴⁰⁷. Busca-se, na verdade, uma maior participação do juiz para que se obtenha a satisfação de outro princípio constitucional, a saber, o da igualdade (tratamento isonômico) das partes.⁴⁰⁸

O juiz, então, passa de mero agente fiscalizador para exercer função mais ativa, presente, participante, “com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante”⁴⁰⁹. Orienta-se o magistrado a tomar posição de

⁴⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 93.

⁴⁰⁸ A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não se pode ser uma tal igualdade aquela que sem tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.” KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 158. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 97. “No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e as desigualdades presentes no caso concreto.” Ainda, ver COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Dicembre de 1994. p. 1086. ver também HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – 55**. São Paulo, Abril/Junho de 2006. p. 199. Ainda sobre o princípio da igualdade processual, ver RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 63. Volume 1.

⁴⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 93.

agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.⁴¹⁰

O tratamento isonômico das partes (art. 5º, caput, da CF/88 e artigo 125, I, do CPC) já era tido como uma das formas de se garantir a igualdade de oportunidades às partes envolvidas no processo, tanto é assim que Humberto Theodoro Júnior já chamava a atenção para tal fato em 1981⁴¹¹. Igualmente, fazendo clara menção à importância do papel ativo do juiz para o efetivo contraditório e igualdade substancial das partes, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que:

O contraditório interessa aos sujeitos do processo e não apenas aos sujeitos parciais do processo, ou seja, o juiz deve participar ativamente da preparação do julgamento a ser proferido. Isso porque é escopo da jurisdição a pacificação social com justiça. O juiz tem deveres primários de promoção e preservação da igualdade substancial entre as partes, neutralizando eventuais desigualdades.⁴¹²

Em uma primeira análise, poder-se-ia imaginar que o elástico dos poderes do juiz e sua maior participação na condução do processo permitiria o arbítrio judicial perante determinados casos concretos e que sua imparcialidade estaria em constante perigo. Contudo, o próprio sistema cria mecanismos⁴¹³ para o efetivo e específico controle para obstar tal conduta, tais como garantia do contraditório, dever de motivação e possibilidade de reexame da decisão em segundo grau. Cassio Scarpinella Bueno bem esclarece que:

⁴¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo - REPRO 127**. São Paulo, Setembro de 2005. p. 76.

⁴¹¹ “O princípio da igualdade, observa Couture, domina todo o processo civil, e, por força da isonomia constitucional de todos perante a lei, impõe que ambas as partes da lide possam desfrutar, na relação processual, de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres. Mas, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de o juiz ouvir, previamente, a pessoa perante a qual irá proferir a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há, em tal situação, privilégio algum, de qualquer sorte, que possa desequilibrar a isonomia dos litigantes.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios Gerais do direito processual civil. **Revista de Processo - REPRO 23**. São Paulo, Julho/Setembro de 1981. p. 182.

⁴¹² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 106.

⁴¹³ Neste aspecto, ver o artigo SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Processo civil contemporâneo: elementos para um novo paradigma processual. In: ALVARO, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 18-19 e as obras de LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

Certo é que as partes, como sujeitos *parciais* da relação processual, e o juiz, na qualidade de sujeito *imparcial*, não têm interesses iguais refletidos no contraditório. Este, o juiz, não pode, por definição, ter interesse nenhum naquilo que julga, sob pena de ruptura com um dos sustentáculos da jurisdição, que é a *imparcialidade*; aquelas, as partes, têm interesses seus deduzidos em juízo, e que são, por definição também, colidentes. Isso, contudo, não significa que não exista *outro* tipo de interesse, que é comum a todos os sujeitos processuais, que é o resolver a questão pendente de apreciação pelo Poder Judiciário da melhor forma possível, imunizando-a de ulteriores discussões.⁴¹⁴

Ou seja, a participação e colaboração de todos os envolvidos com o provimento jurisdicional, partes, juiz, advogados, terceiros aptos a colaborar, é extremamente importante para o devido acesso à justiça, para o bom desenvolvimento do devido processo legal, demonstrando, assim, a importância do contraditório como efetiva participação e colaboração.⁴¹⁵

De se destacar, outrossim, que em decorrência desta visão cooperativa, a atividade probatória deverá ser feita em *conjunto* com as partes e não em substituição a elas⁴¹⁶, porquanto o juiz, indiretamente, está interessado no resultado, efetivo, rápido e seguro do processo.⁴¹⁷ É a visão do processo como instrumento de manifestação de poder do Estado e pacificação social, dependendo, para sua legitimidade e funcionamento, da contribuição das partes.

Em relação à participação dos terceiros estranhos à relação de direito material discutida em juízo, clara está a atividade dos peritos judiciais, dos tradutores, dos

⁴¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 55.

⁴¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 107. Somente a título de exemplo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira salienta que, “sem a colaboração do advogado, mesmo o juiz mais competente não estará inteiramente habilitado a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático [...] ainda com a maior boa vontade, faltar-lhe-á tempo e o mesmo interesse dos representantes das partes.” Esta afirmação, correta a nosso ver, demonstra, não só a importância do advogado para a justiça e democracia, como também permite observar a necessidade de cooperação e participação de todos aqueles envolvidos e comprometidos com a formação do provimento jurisdicional.

⁴¹⁶ “A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in **Temas de Direito Processual**: terceira série. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 54.

⁴¹⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 108.

auxiliares e todos aqueles que possuam elementos importantes ao deslinde do processo, como documentos e informações. Neste último caso, estende-se esta necessidade de participação das testemunhas ouvidas em juízo, do Ministério Público enquanto *custos legis* e do *amicus curiae*.⁴¹⁸ Em relação a este último, o problema maior é a difusão do conhecimento de como se deve tratar o *amicus curiae*, o tipo de seu interesse e os limites de sua atuação no processo⁴¹⁹. No que se refere ao Ministério Público, quando atua como *custos legis*, dificuldades não existem, na medida em que a necessidade de sua atuação está expressamente prevista em lei. No que se refere às testemunhas, o limite de sua atuação, apesar de extremamente importante em alguns casos, é extremamente reduzido ao seu depoimento.

Prima-se, portanto, pela possibilidade de correção, adequação, conformação, dos pedidos, causa de pedir, procedimentos, produção de provas, entre outros, com a finalidade de impedir o desperdício de atividade jurisdicional com um processo que possa não levar a lugar algum, ou pior, levar a destino incorreto e injusto. Sem

⁴¹⁸ “Se o princípio do contraditório quer significar o que, acima, já salientamos que ele significa, é nesse ambiente, que deriva *diretamente*, repetimos, da Constituição – e de forma expressa -, que nos postamos para analisar a figura do *amicus curiae*. A falta de uma norma jurídica que reconheça essa figura no direito brasileiro, de forma expressa, assim, é o que menos importa. Se o juiz é agente do Estado, se o processo deriva do modelo político do Estado, se o juiz, diante do fato, *deve* decidir, não há como deixar de destacar que haja – que possa haver, pelo menos – alguém, um ‘sujeito processual’, que aja nesse plano, acrescentando ao debate jurisdicional valores dispersos no próprio Estado ou na sociedade civil.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 80-81.

⁴¹⁹ Conforme citado por Cassio Scarpinella Bueno, o STF já admitiu a inserção do *amicus curiae* em processo objetivo de controle da constitucionalidade, razão pela qual recomendamos a leitura da Decisão Monocrática proferida pelo Ministro Relator da ADIN 2130, no Supremo Tribunal Federal, admitindo o *amicus curiae* no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade: “A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* - tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional. [...] Tenho para mim, contudo, na linha das razões que venho de expor, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo - como o de controle abstrato de constitucionalidade - cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 81-82.

qualquer óbice, outrossim, pretende-se conferir maior diálogo e oralidade ao processo, permitindo às partes em audiência, demonstrarem realmente o valor e fundamentos de suas pretensões.

Outro fator, extremamente importante, é que se imagina que a adoção desta cooperação poderia dilatar a duração, já extensa, do processo. No entanto, apesar de ser verdade que o exercício do contraditório irá estender a duração do processo, não se perca de vista que esta dilação busca uma tutela mais segura e mais eficiente, sem contar a prevenção contra a ocorrência de nulidades que acarretam a demora do provimento jurisdicional final. Muitas vezes a simples intimação, o mero exercício do contraditório em questão que aparenta ser de pequena proporção, permite que o processo seja conduzido de forma mais segura e eficaz.

Pode-se citar como aplicação desta idéia, que vem sendo adotado há bastante tempo, é a intimação do embargado quando os embargos de declaração possam gerar efeitos modificativos. Apesar de não haver regra específica que determine a intimação do embargado para responder aos embargos, a prática forense promove esta intimação para que, num futuro, se modificada a decisão recorrida, não se alegue o cerceamento do direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório (garantias constitucionais que devem prevalecer sobre as normas legais do processo), anulando-se todo o processo. Esta é uma regra prática onde fica clara a análise do processo sob a égide dos valores e garantias proporcionadas pela Constituição Federal.

Da mesma forma, é a produção de provas pelo juiz da causa, observando que as partes não estão devidamente assistidas e pontos importantes do litígio estão carentes de provas e até mesmo manifestação, não permitindo a formação adequada do convencimento e prolação da decisão judicial.

O dever de cooperação, em seu sentido amplo, apesar de em muitos casos demandar mais atos processuais, implica na realização e maior proximidade da verdade e da controvérsia existente nos autos. Mas deve-se deixar bem claro que a realização de mais atos processuais não acarreta, necessariamente, a demora do processo. Exemplo disso é a Justiça do Trabalho, mais especificamente o processo do trabalho, onde o processo possui formalidades tendentes a permitir o exercício pleno das garantias processuais, mas se apresenta célere na sua maioria de casos, sempre dando especial ênfase ao diálogo judicial. O problema não está na

quantidade de atos, mas sim na estrutura física e pessoal formada para a realização destes atos, razão pela qual não se pode imputar, exclusivamente, ao contraditório a demora da prestação jurisdicional. Nunca é demais lembrar que a demora do processo é um mal que nunca será superado, pois os prazos processuais, extremamente importantes ao exercício da ampla defesa e do contraditório, por si só, ensejam uma demora. Fora isso, existe o prazo razoável para que as provas sejam produzidas, tempo para que o juiz tome conhecimento dos fatos e fundamentos da demanda (formando seu convencimento), e tempo para os atos decorrentes do impulso oficial. Claro, portanto, que a demora estará sem presente, cabendo a todos os envolvidos buscar mecanismos que evitem esta demora, principalmente no tocante à estrutura do Poder Judiciário.

Além disso, a cooperação permite o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo que as partes podem trazer a conhecimento do juízo informações de maior relevância, mas que devido à complexidade do caso, encontravam-se escondidas sob as várias páginas de inicial, contestação e demais manifestações do processo. Não se pode negar, contudo, que a aplicação desta nova concepção encontra vários óbices de natureza procedimental, além de esbarrar de forma contundente em vários dogmas construídos pela corrente processual adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

E é justamente aqui que deve ser inserida a técnica processual de interpretação, de modo a permitir que o aplicador das normas processuais tenha plena capacidade de transferir os anseios constitucionais do processo para a realidade, fazendo com que este instrumento de solução de conflitos atinja suas finalidades primordiais.

6.1.1. O contraditório e as questões que o juiz pode conhecer de ofício

Muito se tem discutido na atualidade até que ponto o princípio do contraditório deve ser aplicado nas denominadas *questões reconhecíveis de ofício pelo juiz*. Não se

tem dúvida que o juiz possa, de ofício, conhecer de questões mesmo que as partes não as tenham levantado ou argüido. É o que preceituam os artigos 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC. Ou seja, as questões relativas à nulidade de citação, incompetência absoluta, inépcia da petição inicial, litispendência, coisa julgada, carência da ação e outras medidas elencadas nos incisos do artigo 301 do CPC, podem ser conhecidas pelo juiz, de ofício. Da mesma forma, os requisitos de admissibilidade dos recursos são matérias reconhecidas de ofício pelos juízes no juízo de admissibilidade respectivo. Todos são pontos sobre os quais não recai a preclusão e independem de argüição das partes.

Muitas vezes, isso é o que ocorre. O juiz, detectando algumas destas questões decide sem consultar as partes, extinguindo o processo, declinando sua competência ou não admitindo o recurso. As partes somente são intimadas da decisão após sua efetiva prolação, sem que tivessem participado, de qualquer forma, da formação do ato decisório.⁴²⁰

Como se viu acima, a legislação estrangeira, mormente a processual italiana, alemã, francesa e portuguesa, reprime o fato do juiz decidir questões de ofício sem consultar as partes, pois nitidamente tal conduta retira dos litigantes o direito de participar da formação do ato decisório⁴²¹.

Como se tem abordado ao longo da presente dissertação, o contraditório não pode mais ser visto como mera ciência bilateral das partes, sendo necessário e imprescindível que as partes efetivamente participem da formação do comando judicial, seja ele de mérito ou não.

⁴²⁰ Enfatizando a necessidade de observância do contraditório nas questões reconhecíveis de ofício, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz conhecer das questões independentemente de provocação, deve, antes de proferir a decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 39.

⁴²¹ “Nesse sentido, adotando-se uma visão dinâmica do processo, compreende-se que o mesmo é *relação jurídica* impulsionada em um *procedimento*. Haure-se daí o conjunto de *situações jurídicas* que envolvem partes e juiz, coordenando suas atividades com vistas à obtenção da tutela jurisdicional, o que só ganha relevo se legitimado em contraditório, isto é, se lhe for inerente o diálogo. Ocorrido isso, justifica-se o provimento e confortam-se os jurisdicionados.” COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais), In: AMARAL, Guilherme Rizzo, CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro**: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 83.

A necessidade de observância de tal princípio é tão relevante para as legislações estrangeiras que algumas, como o artigo 16, 3ª alínea, do Códice de Procédure Civile Francês, o artigo 183, parágrafo quarto do Códice de Procedura Civile Italiano, o artigo 3º, 3 do Código de Processo Civil Português e artigo 139, 2, do ZPO Alemão (*Zivilprozessordnung*)⁴²². Todos eles primam pela observância do princípio do contraditório, reprimindo a tomada de decisões com fundamento em questões reconhecíveis de ofício sem a participação das partes.⁴²³

O nosso Código de Processo Civil, ainda que de forma tênue, possui semelhante determinação, quando no artigo 284 determina que o juiz permita ao autor da ação emendar ou aditar a inicial no prazo de 10 dias⁴²⁴. Ou seja, a inépcia da inicial é uma questão reconhecível de ofício pelo juiz, a teor do artigo 301, III, do CPC, mas o próprio ordenamento processual permite uma atenuação desta técnica prevista em legislação infraconstitucional, de modo a permitir que o autor ofereça argumentos que reformulem o entendimento do juiz acerca desta inaptidão ou corrija o equívoco existente. Mesmo ocorre com o artigo 511, § 2º, do CPC, que determina que o juiz intime a parte recorrente para complementar o valor das custas necessárias a interposição do recurso. Ou seja, o juiz intima a parte para solucionar o vício, não tomando decisão, mesmo em matéria reconhecível de ofício, sem que a parte

⁴²² Sobre as considerações promovidas pela legislação alemã e italiana, ver RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 495-499, GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 260.

⁴²³ Tratando especificamente desta questão e destacando a existência de legislações estrangeiras, Leonardo Greco enfatiza que “apesar de existirem nos diversos sistemas processuais questões muitas vezes consideradas *de ordem pública*, que o Judiciário deve apreciar de ofício, independentemente de provocação dos interessados, como certas preliminares processuais (falta de condições da ação ou de pressupostos processuais cuja inobservância acarrete nulidade absoluta), ou fatos que, em certas hipóteses, podem ser transmitidos ao conhecimento do juiz sem a iniciativa das partes, também sobre aquelas ou estes devem ser ouvidas as partes, evitando-se julgamentos de surpresa.” GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual** 24. São Paulo, Março/2005. p. 76-77. Também interessante o entendimento de Júnior Alexandre Moreira Pinto, afirmando que “é inadmissível que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apóie em ponto que os mesmos não tiveram, ao menos a oportunidade de discutir.” PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 61. Cassio Scarpinella Bueno também faz esta observação ao afirmar que “essa faceta do princípio do contraditório mostra-se tão *forte* que impõe a sua observância mesmo naqueles casos em que usualmente, a prévia e efetiva manifestação das partes não seria sequer concebida, vale dizer, na prática dos atos de ofício pelo magistrado.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110.

⁴²⁴ Exemplo dado por MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, in **Temas de Direito Processual: terceira série**. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 52.

participe de forma a evitar o prejuízo.

Em texto específico sobre o tema, Edoardo Ricci destaca que o princípio do contraditório pode ser considerado sob vários aspectos, sendo que um deles é justamente a necessidade da parte tomar conhecimento de todos os aspectos da demanda, conferindo às partes a oportunidade de se manifestar sobre tais questões. O segundo ponto de vista decorreria justamente da necessidade de se instaurar o diálogo judicial de forma a permitir uma melhor e mais justa decisão, ouvindo ambos os lados e tomando conhecimento de todos os aspectos relativos ao conflito de interesse. O terceiro aspecto, por outro lado, se configuraria pela necessidade de equilibrar as forças no processo, de forma a permitir que exista a igualdade substancial e não meramente formal⁴²⁵.

Neste aspecto, o princípio do contraditório ganha os contornos da cooperação tanto nos deveres de *esclarecimento* quando de *prevenção*. No primeiro deles, o juiz tira algumas dúvidas a respeito de determinada questão, podendo evitar decisões equivocadas no que diz respeito a extinção de um processo por falta de interesse processual ou algum pressuposto processual. Com este dever de esclarecimento, o juiz pode evitar, outrossim, a não admissão de um recurso por questão de intempestividade quando for feriado municipal na comarca de origem do processo. No segundo dever, de prevenção, o juiz permite que as partes supram deficiências existentes no processo, de modo a se aproveitar ao máximo o que o processo pode propiciar, sem que o formalismo excessivo dificulte a apreciação do mérito pelo poder judiciário. Neste último caso os exemplos dos artigos 284 e 511, § 2º, são clarividentes.

Busca-se com esta nova concepção do princípio do contraditório as denominadas decisões surpresa⁴²⁶, afinal, é da essência do contraditório a necessária informação oportunizando a possível reação⁴²⁷. De se enfatizar a afirmação de José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar especificamente sobre a atividade condutora do juiz e

⁴²⁵ RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 497-498.

⁴²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 103.

⁴²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 93.

a remoção dos obstáculos à efetividade do contraditório, de que “não pode o juiz manter-se preso às noções superadas de processo dispositivo e de passividade judicial”⁴²⁸.

Retomando o que se tem abordado a todo o momento durante o trabalho, para a efetivação do contraditório é imprescindível que a parte tome conhecimento das questões jurídicas que lhe são desfavoráveis em decorrência das alegações da *outra parte*. Da mesma forma, se algum terceiro estiver apto a fornecer informações e documentos para a formação do provimento jurisdicional, as partes terão ciência (informação) e terão a oportunidade de se manifestarem a respeito, ainda participando da formação do provimento jurisdicional (reação).

Considerando, pois, este pensamento, não se vê motivos para que a parte também tome conhecimento, prévio, das questões que podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz. Se o provimento jurisdicional é uma construção das partes⁴²⁹, do juiz e dos terceiros aptos a auxiliar no julgamento⁴³⁰, claro se faz o entendimento de que até mesmo das questões reconhecíveis de ofício pelo juiz as partes envolvidas tomem conhecimento para influenciar, positiva ou negativamente na tomada de decisão. Da mesma forma que uma questão, fática ou jurídica, possa se tornar pertinente e relevante para o trâmite do processo e tomada de decisão, independente de quem a traga aos autos (as partes, os terceiros ou o juiz⁴³¹), e, de igual forma, desconsiderando a natureza cogente ou dispositiva, tal questão deve ser apreciada

⁴²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 40.

⁴²⁹ “A vontade e atividade das partes tendem, outrossim, a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

⁴³⁰ “Com efeito, ao juiz, enquanto diretor do processo, coloca-se o dever de investigação oficiosa do *thema probandum*, cujo cumprimento exigirá a colaboração da parte ou de terceiros para subministrar o meio de prova.” COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais), In: AMARAL, Guilherme Rizzo, CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89.

⁴³¹ “Efetividade do contraditório significa a real participação das pessoas no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 96. Desta singela frase de Dinamarco extrai-se justamente a participação de todas as pessoas envolvidas com o processo. Percebe-se que ele diz “pessoas” e não “sujeitos” ou “partes” do processo. Isso demonstra, efetivamente, que a todos os envolvidos cabe a possibilidade de influenciar o julgador a construir o provimento jurisdicional.

em conjunto com as partes, para que elas, maiores afetadas pela decisão⁴³², possam influenciar o comando judicial que dali resultar⁴³³.

Na verdade, a possibilidade de reconhecimento de ofício de determinadas questões nada mais é do que a permissão conferida pelo legislador infraconstitucional para que o juiz tome conhecimento de determinadas questões, ainda que não alegadas pelas partes. O legislador infraconstitucional não poderia permitir a tomada de decisão com base nestas questões conhecidas de ofício, sem a participação das partes, pois e assim o fizesse estaria permitindo flagrante afronta ao princípio do contraditório, aqui considerado como necessidade de participação das partes na formação do provimento jurisdicional.

O artigo 327 do CPC determina que o juiz mande ouvir o autor no prazo de 10 dias, quando alguma das matérias previstas no artigo 301 for alegada em defesa. Não se tem dúvida de que este dispositivo é evidente reflexo do princípio do contraditório e da ampla defesa. Se o juiz deve intimar a parte autora para se manifestar a respeito de questão preliminar quando esta for alegada pelo réu, não seria lógico pensar que a ciência do autor estaria limitada a esta circunstância. A finalidade é justamente permitir o exercício do contraditório, contrapondo-se ou concordando com a existência e pertinência de alguma preliminar argüida.

Se a finalidade da intimação prevista no artigo 327 do CPC é justamente permitir que a parte autora participe e influencie no julgamento final do processo, seja de mérito ou não (exercício do contraditório), razão alguma há para se pensar que o exercício do contraditório estaria afastado quando a questão puder ser conhecida de ofício, ou seja, sem a provocação da parte.

Não se pode olvidar, outrossim, que a tomada de decisão em questão reconhecida

⁴³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997. p. 168.

⁴³³ “Toda essa preocupação está voltada à preservação do contraditório real, ou seja, aquele em razão do qual o juiz tem o dever de proporcionar às partes condições de participação efetiva na elaboração do julgamento, influenciando no resultado. Essa conclusão se aplica inclusive às questões de ordem pública, pois deve haver correspondência absoluta entre o âmbito do diálogo desenvolvido entre os sujeitos do processo e o conteúdo da decisão final. Sem isso, inexistente aquele mínimo indispensável ao direito de defesa, que se identifica com a possibilidade concreta de as partes influírem na formação do convencimento do juiz”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 41. Ver ainda BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93. COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. Verbete in: **Digesto delle Discipline Privatistiche** (sexione civile). Volume IV. 1989. p. 9.

de ofício pelo juiz, sem que as partes sejam consultadas, configura afronta ao princípio do contraditório⁴³⁴. Fica claro que ao tomar uma decisão com base em questão reconhecível de ofício, uma das partes será prejudicada, de forma mais abrangente o autor, na medida em que tais questões previstas no artigo 301 do CPC, em sua maioria, tendem a extinguir o processo sem julgamento do mérito. O réu também poderá ser afetado, porquanto ao se permitir o juízo de admissibilidade de recursos com base em questões não discutidas pelas partes, ele pode ser atingido pela decisão fundamentada na ausência de um dos requisitos de admissibilidade recursais (matérias conhecidas de ofício).

As lições de Elio Fazzalari demonstraram que o processo desenvolve-se em contraditório⁴³⁵, sendo certo que este princípio do contraditório externa o conteúdo de participação no sentido de influenciar a formação do provimento final. Por isso mesmo, é que Leonardo Greco afirma que “o processo deve formar-se e desenvolver-se em permanente contraditório. As sucessivas decisões que o juiz deva adotar devem ser antecedidas de comunicação efetiva às partes”⁴³⁶.

Como bem lembrado por Dinamarco, a participação no processo vai muito além da produção de provas, pois instrução é preparação⁴³⁷, ou seja, participa-se para influenciar no julgamento e não meramente comprovar as alegações feitas. Isso é muito nítido nos processos em que a matéria é estritamente de direito e a instrução probatória é reduzida ou inexistente. Se participação no processo fosse apenas limitada à atividade de instrução, certamente não haveria que se cogitar de participação neste tipo de demanda. Isso, claro, não ocorre.

Em decorrência, justamente, do ativismo judicial é que se espera o cumprimento do

⁴³⁴ “Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 285.

⁴³⁵ FAZZALARI, Élio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. VIII ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 83.

⁴³⁶ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual** 24. São Paulo, Março/2005. p. 74. “Contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão.”

⁴³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 95.

dever do juiz de “estimular a plena participação prévia a respeito de qualquer questão, mesmo aquelas passíveis de exame de ofício, a fim de que as partes tenham real oportunidade de influir no julgamento”⁴³⁸.

Reprovando a tomada de decisões surpresa⁴³⁹, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca que o órgão julgador só pode decidir se oportunizada à parte o conhecimento de qual rumo o processo pode tomar, evitando que o processo e os direitos envolvidos corram algum risco⁴⁴⁰. No mesmo sentido, demonstrando a necessidade de participação das partes até mesmo nas questões reconhecíveis de ofício, enfatizando o dever de consulta do juiz como vertente da cooperação, e, por conseguinte, do princípio do contraditório, Lúcio Grassi afirma com base na legislação portuguesa e alemã:

Vislumbra-se o dever do juiz de informar as partes da orientação jurídica a ser adotada antes mesmo do proferimento da decisão, para que possam influir diretamente sobre a mesma, evitando-se assim que sejam surpreendidas por fundamentos até então inesperados.

Evidencia-se de forma incontroversa que o direito de influir sobre o desenvolvimento da controvérsia e sobre o conteúdo da decisão restará inevitavelmente oprimido se os interessados não tiverem a oportunidade de acompanhar e examinar previamente os fundamentos jurídicos do órgão julgante.⁴⁴¹

⁴³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 40.

⁴³⁹ “No direito brasileiro, por ausência de previsão legal expressa, não estão proibidas as decisões-surpresa, nos moldes português e alemão, máxime quando se trata de matéria de apreciação de ofíciosa pelo juiz ou tribunal.” GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 268. Como demonstraremos a seguir, não concordamos com esta afirmação do referido autor, na medida em que o princípio do contraditório, enquanto direito fundamental, até mesmo previsto na Constituição Federal, impede que as partes sejam surpreendidas com decisões amparadas em questões que não foram discutidas previamente.

⁴⁴⁰ “O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 103. Ver ainda BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 39-42. Com o mesmo entendimento, Sérgio Cruz Arenhart, quando afirma que “A decisão judicial deve ser produto do diálogo entre as partes e destas com o juiz.” ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 600.

⁴⁴¹ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 260.

Seguindo a linha de raciocínio acima, não concordamos com o disposto no artigo 131 do CPC, que permite ao juiz apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, condicionando apenas à motivação de seu convencimento na decisão. Este dispositivo, a nosso ver, viola o princípio do contraditório⁴⁴², permitindo que o juiz promova o julgamento da causa com base em fatos e questões não discutidas pelas partes, retirando, pois, o seu direito de participar e influenciar o convencimento do magistrado.

Neste diapasão, portanto, configura-se que pelo exercício e respeito ao princípio do contraditório, não pode o juiz tomar como fundamentos questões reconhecíveis de ofício sem antes informar e possibilitar a manifestação das partes, mesmo existindo previsão infraconstitucional de que tais questões possam ser conhecidas de ofício (artigos 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC). Tal conduta do juiz nitidamente afrontaria a participação das partes no processo, violando o conteúdo do princípio do contraditório⁴⁴³, e, principalmente, a sua vertente como cooperação judicial.⁴⁴⁴

⁴⁴² Na exata lição de Francisco Tiago Duarte Stockinger, o contraditório como participação se eleva não só na impugnação e comprovação dos fatos alegados, cabendo às partes também influenciar na interpretação, integração e aplicação da norma jurídica: “O pressuposto indeclinável do contraditório se constitui na garantia que os litigantes possuem de influenciar o convencimento do juiz, seja no que toca à matéria de fato como a matéria de direito.” STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 80.

⁴⁴³ “Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137.** São Paulo, Julho de 2006. p. 17.

⁴⁴⁴ Cabe ressaltar que Edoardo Ricci, a despeito de concordar com a necessidade de comunicação prévia das partes de participação das partes até mesmo nas questões conhecidas de ofício, entende que não se trataria de exercício do princípio do contraditório, mas sim de cooperação. O autor faz nítida dissociação do contraditório e cooperação, discordando, pois, do entendimento trazido no presente trabalho. Saliencia o autor que “parte da doutrina italiana, fazendo referência a esses dois últimos aspectos, fala de *colaboração* entre partes e o juiz, às vezes, afirmando a existência de verdadeiro *princípio*. Não apreciamos o emprego da palavra ‘princípio’, porque não existe, nesse tema, verdadeira regra geral. Nada impede, entretanto, que se utilize o vocábulo *colaboração* para sintetizar as hipóteses em questão, cada uma das quais resguarda sua específica justificação e sua específica disciplina. À luz dessas premissas, o problema da definição do contraditório como garantia fundamental poder ser abordado com clareza. Evidentemente, tal garantia concerne aos poderes das partes no processo. mas por outro lado, diria respeito à sua cooperação com o juiz, na busca da solução mais justa e, ainda, à cooperação do juiz com as partes por razão de solidariedade? Acreditamos que não. A busca de decisão mais justa mediante debate das partes e a solicitação do juiz como cooperação não dizem respeito ao contraditório como garantia, mas à sua utilização em razão de outras finalidades”. RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz

6.1.2. A estabilização da demanda, o contraditório e o acesso à ordem jurídica justa

Outra questão que se apresenta pertinente quando se trata de contraditório como cooperação é a possibilidade de flexibilização da demanda, ou em outras palavras, a possibilidade de alteração dos pedidos e da causa de pedir do processo, mesmo após a citação e contestação do réu.

Como vimos nos tópicos acima, a legislação estrangeira permite a modificação da causa de pedir e do pedido, desde que observado o contraditório, ou seja, se as partes tiverem manifestações explícitas a respeito. Nota-se que tal sistemática não difere do ordenamento processual civil pátrio, na medida em que aqui também se permite a flexibilização da demanda quando existir a concordância da parte contrária (art. 264, parágrafo único, do CPC) ou decorrente de fato superveniente, na forma dos artigos 303, I, e 462 do CPC. Observe-se que a estabilidade da demanda permanece absoluta até mesmo em relação ao pedido de desistência do autor quando o réu já tiver apresentado sua defesa (art. 267, § 4º, do CPC).

No entanto, no direito processual português, existe a previsão no artigo 273, itens 1 e 2 do CPC português de que “na falta de acordo, a *causa de pedir* só pode ser alterada ou ampliada na réplica, se *o processo a admitir*, a não ser que a *alteração* ou *ampliação* seja *conseqüência de confissão* feita pelo réu e aceita pelo autor” e de que “o *pedido* pode também ser alterado ou ampliado na réplica; pode, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1ª instância se a *ampliação* for o *desenvolvimento* ou a *conseqüência do pedido primitivo*.”⁴⁴⁵

pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 498.

⁴⁴⁵ “Tratou-se de um temperamento da regra da preclusão. O legislador português de 1997, que ao tratar no art. 268 do CPC do princípio da estabilidade da instância, permitiu, rompendo com os exageros da rígida regra da preclusão, a alteração da causa de pedir e do pedido por acordo, ou até

Tal dispositivo processual traz inovadora possibilidade de flexibilização do princípio da demanda, na medida em que permite, ainda que sem a concordância do réu, a modificação da causa de pedir e do pedido.⁴⁴⁶

Como dito acima, o sistema processual pátrio instaurado pelo legislador infraconstitucional permite a flexibilização da estabilidade da demanda, tanto na sua causa de pedir, quanto no pedido. No entanto, condiciona à concordância pela do réu.

Antes de tudo, importante analisar os motivos pelos quais o legislador infraconstitucional estabeleceu que o processo civil brasileiro deveria se pautar no princípio da estabilidade da demanda. Como bem afirma José Roberto dos Santos Bedaque, o legislador infraconstitucional determinou a aplicação do princípio da estabilidade da demanda para atender aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório⁴⁴⁷, na medida em que a possibilidade de ampliação desmedida poderia prejudicar a concretização destes princípios fundamentais⁴⁴⁸. Entendimento semelhante é o de Júnior Alexandre Moreira Pinto, quando afirma

mesmo sem o consenso da outra parte, desde que tal câmbio ocorra na réplica. Trata-se de uma preclusão mitigada, que somente se faz possível diante da inexistência de prejuízo ao contraditório". PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 121.

⁴⁴⁶ "Parece, todavia, possível (e mesmo recomendável) que o legislador amplie os poderes do magistrado – não apenas no campo da prova (princípio dispositivo) como se tem constantemente visto – também no que respeita ao princípio da demanda, *não tanto para iniciar de ofício o processo*, mas quiçá para esclarecer às partes – especialmente àquelas em estado fragilizado ou em clara desvantagem – sobre a potencial extensão de seu direito e sobre possíveis consequências de sua exposição apenas parcial da causa de pedir ou do pedido, ou ainda da apresentação equivocada da *causa petendi* ou do pedido." ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 601.

⁴⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório". In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 34. "Reflexão sobre as razões determinantes da vedação ao julgamento *ultra* ou *extra petita* revela a existência de intenso nexo entre os princípios da correlação e do contraditório. Embora imposta pela lei ordinária, não pela Constituição, a adstrição encontra fundamento nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O motivo pelo qual o legislador processual não permite ao juiz decidir fora dos limites objetivos fixados na inicial, ou legitimamente ampliados, é exatamente preservar a integridade desses princípios. Se o ponto de fato, não suscitado pelo autor, mas percebido de ofício pelo juiz, não se tornou questão, impossível levá-lo em conta na sentença, pois a seu respeito o contraditório não se efetivou."

⁴⁴⁸ Para Sérgio Cruz Arenhart, além do contraditório, o princípio da demanda teria como suporte a necessidade de preservação da imparcialidade do juiz, bem como, a preservação de que os interesses postos em juízo no processo civil são direitos disponíveis, não cabendo, pois ao juiz determinar o melhor ou pior momento para a busca da tutela jurisdicional. " ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 587-589.

que:

Daí se extrai o principal objetivo de um sistema rígido. A regra da preclusão, impedindo a mutabilidade da demanda no curso do processo, tem como elemento norteador a efetivação do contraditório. Objetivou o legislador com esta opção impedir que as partes se surpreendam com tardias introduções de questões no processo, em fases que não mais terão a plena condição de participar ativamente de sua discussão.⁴⁴⁹

A matéria, portanto, estaria vinculada à observância do princípio do contraditório, sendo certo afirmar que se o contraditório for observado, não haveria impedimento à ampliação ou alteração da causa de pedir e do pedido.⁴⁵⁰ Ou seja, alcançada a finalidade prevista e pretendida pela norma técnica infraconstitucional, prejuízo algum existiria para o valor que se objetiva tutelar (contraditório).

Certo é, contudo, que a permissão desmedida da modificação ou ampliação da causa de pedir e do pedido certamente acarretaria indesejáveis efeitos, na medida em que se estenderia sobremaneira a duração do processo, havendo necessidade de constante participação das partes.

A regra de estabilização da demanda não é uma regra absoluta em nosso ordenamento, que prevê exceções como a concordância do réu, além da permissão para que o juiz comine multas tendentes ao cumprimento da ordem de obrigação de fazer não fazer (artigos 461 e 461-A, do CPC)⁴⁵¹. O instituto da preclusão, assim, deveria ser levado em consideração de forma mais flexibilizada, possibilitando que o processo não sofresse demasiadas paralisações tivesse o seu curso comprometido

⁴⁴⁹ PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002. p. 82. O autor ainda afirma que “somente assim o contraditório representará para as partes um instrumento qualitativamente idôneo para possibilitar às mesmas incidir sobre a formação da decisão judicial.”

⁴⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 35. “Mas pode ocorrer que, embora indevidamente, com violação às regras técnicas sobre preclusão e estabilização da demanda, elemento objetivo seja introduzido no processo após o momento próprio. Se atentarmos para a razão maior da vedação, lícito será afirmar que, se a matéria foi submetida ao contraditório e à ampla defesa, concedendo-se às partes todas as oportunidades para produzir prova a respeito, o vício concernente à técnica processual não constitui óbice à participação. Assegurou-se a efetivação do contraditório e da ampla defesa.” Com o mesmo entendimento, PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 69-71.

⁴⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 36.

pela retomada de fases que já deveriam ter sido ultrapassadas.

Analisemos, então, as hipóteses provenientes do direito processual português. O item 1 do artigo 273 permite a alteração da causa de pedir, na réplica, se o processo a admitir, *ou*, se a alteração ou ampliação for consequência de confissão do réu e aceita pelo autor.

A primeira hipótese, a nosso ver, se refere à possibilidade do procedimento comportar a modificação da causa de pedir e se as provas a serem produzidas puderem ser aproveitadas também para esta modificação. Permitir a ampliação da causa de pedir sem que o procedimento comporte tal modificação, assim como a causa de pedir completamente dissociada das provas a serem produzidas pelas partes seria coadunar com a demora excessiva do processo e nenhum aproveitamento para as partes. Observe-se que a proposta do presente trabalho é conciliar o contraditório com o devido acesso à justiça, em seu âmbito substancial, e sendo assim, toda e qualquer manifestação que não enseje a economia processual e permita a razoável duração do processo deve ser marginalizada pela presente pesquisa.

Em relação ao segundo aspecto, a modificação e alteração da causa de pedir pode derivar da confissão do réu sobre fato ainda não alegado pelo autor. Digamos que o autor ajuíze uma ação para pleitear o pagamento de indenização por acidente do trabalho, requerendo a responsabilização objetiva da empresa com base no artigo 927 do Código Civil, não alegando, portanto, nenhuma das modalidades de culpa da empresa. Em sua defesa, o réu nega a responsabilidade objetiva e sustenta a responsabilidade subjetiva, afirmando existirem comprovações de ausência de sua culpa. No entanto, no bojo da defesa, a empresa confessa não terem existido treinamentos específicos para o autor trabalhar naquela área. Estando este fato confessado já em defesa, não poderia o autor se aproveitar deste fato e ampliar e modificar a causa de pedir para incluir também a responsabilidade subjetiva? Cremos que sim, pois da própria confissão do réu o autor constatou a necessidade de ampliar a causa de pedir.

Se não se permitir este tipo de inovação, certamente, poderia o autor ajuizar *nova* demanda, com as mesmas partes (ele e o réu), mesmos pedidos (reparação de danos), mas com outra causa de pedir (culpa da empresa). Ou seja, outro processo seria ajuizado, podendo haver decisões diferentes em razão, apenas da causa de

pedir, sendo certo que o aparato judicial teve que ser movimentado duas vezes para decidir o mesmo pedido, porém, com fundamentos diferentes. As partes tiveram que contratar advogados para dois processos ao invés de um, as provas tiveram que ser produzidas em dois processos ao invés de um.

No entanto, aqui a situação também deve ser medida de forma a não permitir a mutação constante da causa de pedir. A possibilidade de modificação da causa de pedir somente poderia ser feita até o momento do saneamento do processo, pois as alegações do réu e eventuais confissões já teriam sido feitas na defesa escrita apresentada e juntada aos autos.

Em relação ao item 2 do artigo 273 do Código de Processo Civil Português, este dispositivo permite que o autor, em qualquer altura, reduza ou amplie o pedido até o encerramento da discussão em 1ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a conseqüência do pedido primitivo.

A hipótese é apenas uma, ou seja, a ampliação deve decorrer do desenvolvimento ou conseqüência do pedido principal. Retornemos ao exemplo dado, onde o autor requereu indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho. Ao longo do processo, percebeu que sobreveio incapacidade laborativa em decorrência das seqüelas do acidente. Poderia o autor pleitear também o pagamento de pensão vitalícia e lucros cessantes decorrentes da paralisação? Neste caso, concordamos parcialmente com a solução inovadora derivada do direito processual português, pois o lapso temporal não pode ser muito extenso. Permitir, indiscriminadamente, que o autor amplie o pedido até o encerramento do processo em primeira instância seria consentir com a possibilidade de maior demora no encerramento do processo e solução da lide.

Observe-se que no exemplo dado temos um fato novo (incapacidade laborativa superveniente) e um fato que poderia ter sido constatado desde o início do processo (lucros cessantes). Ambos possuem umbilical relação com o pedido principal (reparação de danos) e com a causa de pedir (acidente de trabalho). No caso de fato novo, o sistema processual pátrio determina que o juiz tome conhecimento de fatos que possam influenciar no julgamento da lide. Mas observe-se que o artigo 462 do CPC limita a afirmar a existência de *atos* (causa de pedir, portanto) constitutivos, impeditivos ou extintivos do direito discutido. Nada se menciona acerca de que este novo fato possa influenciar em pedido fundado na mesma controvérsia, mas que não

fora requerido na inicial.

Observe-se o problema criado: a parte poderia, também, ajuizar nova ação com as mesmas partes, mesma causa de pedir, mas com pedidos diferentes, sendo necessária, mais uma vez, toda uma atividade jurisdicional e particular para solucionar o conflito de interesses. Por isso, somos favoráveis à possibilidade de ampliação (e não alteração) do pedido, se decorrente do desenvolvimento ou conseqüência do pedido principal já formulado pela parte. Discordamos, contudo, da possibilidade desta ampliação ser feita até a decisão final de primeira instância (a não ser quando decorrer de fato novo), na medida em que a indiscriminada possibilidade de inovação pode gerar prejuízos maiores ao autor, na medida em que necessária será a manifestação da parte e a produção de novas provas, retardando a prolação da decisão judicial que tutele eventual direito seu.

Em ambos os casos, como se viu, prima-se pela economia processual e verdadeira tutela de direitos, na medida em que se confere a proteção efetiva e integral dos direitos violados e colocados sob a égide do Poder Judiciário⁴⁵².

A idéia de flexibilização da demanda, com a alteração ou ampliação da causa de pedir e ampliação do pedido não é nova, sendo que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira já destacou:

Do ponto de vista cooperativo, no estágio atual da história brasileira, já está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual, para permitir-se a alteração do pedido e da causa de pedir nos termos da recente legislação portuguesa. Dessa forma, estimular-se-ia mais uma vez o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não possui mais razão de ser.⁴⁵³

A possibilidade de flexibilização da estabilidade da demanda é bem vista por específica parcela da doutrina brasileira como é o caso de José Roberto dos Santos

⁴⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 602.

⁴⁵³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 121.

Bedaque⁴⁵⁴, José Rogério Cruz e Tucci⁴⁵⁵, Júnior Alexandre Moreira Pinto⁴⁵⁶, Sérgio Cruz Arenhart⁴⁵⁷, Lúcio Grassi de Gouveia⁴⁵⁸ e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴⁵⁹.

Nem se argumente, todavia, que a flexibilização poderia influenciar no dever de imparcialidade do juiz⁴⁶⁰, assim como na natureza dos direitos colocados em juízo. Há muito já se sabe que o processo, mormente o processo civil, não se revela como

⁴⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 35

⁴⁵⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no novo CPC Português*. In: _____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 277 “Será sem dúvida interessante acompanhar a evolução do novo sistema na praxe do foro lusitano...”

⁴⁵⁶ PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002. p. 86.

⁴⁵⁷ “Para o direito brasileiro seria possível conceber, *de lege ferenda*, a ampliação para o processo civil da regra já existente no campo do processo penal, que prevê a *mutatio libelli* (art. 384 do CPP). Assim, tratando-se de direito indisponível, ou sendo evidente o equívoco da parte, na fixação da causa de pedir ou no pedido, poderia o magistrado *sugerir* à parte a alteração de tais elementos, oferecendo nova oportunidade de defesa ao réu. Se é interesse do Estado aplicar da melhor forma possível o direito objetivo, oferecer justiça e promover a paz social, deve o juiz estar autorizado a, incoado o processo, oferecer condições às partes para que saibam exatamente o que estão discutindo e, especificamente, para que tenha ele certeza de que a existência de demanda parcial (com apenas parte do pedido possível ou parte da causa de pedir viável) ou ainda de pretensão aparentemente inviável (pela exposição de pedido a princípio insustentável ou de causa de pedir incabível) *decorre efetivamente da intenção da parte e não de erro seu*”. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 602.

⁴⁵⁸ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *In Revista da Esmape*, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 257-259.

⁴⁵⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004. p. 121.

⁴⁶⁰ “Nesse campo, vale sublinhar que a imparcialidade judicial não pode ser equiparada à sua neutralidade. O juiz imparcial não é aquele que se mantém como expectador da contenda judicial, sem nela interferir a não ser ao final, para declarar o vencedor; o juiz imparcial é, apenas, aquele que não está previamente comprometido com alguma das partes ou das teses por elas esposadas. Hoje não se duvida mais que o magistrado tenha suas pré-convicções, suas opiniões, sua ideologia e que isso é intrínseco à sua atividade. Não se espera mais um juiz alienado, totalmente alheio a qualquer influência externa, ou ao resultado do processo. Exige-se apenas um juiz capaz de decidir de forma aceitável, mediante critérios objetivados – e expressos em sua motivação –, a causa a ele submetida. A imparcialidade que se exige do juiz hoje deve ser vista como contraponto ao direito de contraditório, considerado o direito das partes de influir efetivamente na decisão judicial. A decisão judicial deve ser produto do diálogo entre as partes e destas com o juiz. Por isso, a garantia de imparcialidade deve significar a possibilidade real de o magistrado se impressionar com os argumentos de ambas as partes, considerando-as para formar sua convicção. Não há como afastar o juiz de seus conceitos, preconceitos, preferências e experiências; espera-se, todavia, que tenha ele a capacidade de, apesar destas suas impressões prévias, estar aberto a receber as informações trazidas pelas partes e decidir com a influência destas.” ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 600.

instrumento de realização e tutela de direitos meramente disponíveis, pois nos dias atuais se prima pela tutela de interesses difusos e coletivos e direitos indisponíveis, como os direitos ao meio ambiente e direitos fundamentais.

Por isso, até mesmo para efetivar o acesso à justiça caberia ao legislador infraconstitucional, sempre atendendo à necessidade do contraditório, esclarecer e prevenir às partes sobre as reais conseqüências de seus fundamentos de ataque e defesa, para que o processo não se torne um caldeirão de incertezas e injustiças. De relevante consideração a observação de Miguel Teixeira de Sousa, citado por José Rogério Cruz e Tucci quando, fazendo menção à legislação portuguesa, afirma:

“[...] o escopo do legislador, neste particular, foi o de romper com o tradicional sistema de preclusão, que tem o inconveniente de determinar a alegação desmedida de fatos na petição inicial e na contestação, uma vez que as partes sentem-se compelidas a invocar não só os fatos que nesse momento entendem que são indispensáveis à procedência ou improcedência do pedido, mas também todos aqueles que pensam ou imaginam que virão eventualmente a necessitar para conseguir uma decisão favorável.”⁴⁶¹

Cabe ressaltar que o que determina a técnica processual são os valores escolhidos pela sociedade em que se editam tais normas. Por exemplo, na época de vigência do Código Civil de 1916, dava-se especial e reconhecida prevalência à propriedade. Diante da necessidade de proteção da propriedade, o sistema processual civil estabeleceu que em casos de ações possessórias, aplicar-se-ia o princípio da fungibilidade, ou seja, mesmo que o autor requeira na inicial a manutenção de posse com base na turbação, pode o juiz, ao final, julgar procedente o pedido e determinar a reintegração com base no esbulho. Claro que esta hipótese encontraria, também, fundamento de validade no artigo 462 do CPC, que permite que o juiz leve em consideração fatos novos que influenciem no julgamento da causa.

No entanto, percebe-se que o ordenamento processual foi delineado de acordo com a necessidade de proteção do direito material, a saber, a propriedade, com a edição de técnicas efetivas que tutelassem este direito.

⁴⁶¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no novo CPC Português*. In: _____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. p. 276.

Se a fase que vivenciamos caracteriza-se pela necessidade de efetivação dos direitos pelo processo, é hora de se pensar em flexibilização da demanda e possibilidade de alteração de causa de pedir e pedido durante o curso do processo, permitindo que a tutela jurisdicional seja a mais ampla possível, sem quaisquer obstáculos.

Objetivando a melhoria do direito fundamental ao acesso à justiça, interessante seria que o legislador infraconstitucional permitisse ao juiz, com base nas disposições legais do direito português, a flexibilização do princípio da demanda, possibilitando que o autor promova a alteração ou ampliação da causa de pedir, bem como, amplie a extensão do pedido quando isso for permitido pelo direito discutido nos autos. Tudo isso, claro, observando a necessidade de oportunizar o contraditório à parte contrária, ampliando, assim o conteúdo deste princípio constitucional.⁴⁶²

6.1.3.O princípio do contraditório na interposição e julgamento dos embargos de declaração

Como se tem sustentado por toda pesquisa, a nova visão do princípio do contraditório determina a efetiva participação dos sujeitos do processo, e, eventualmente, terceiros, para a formação do provimento jurisdicional, dado que esta participação seria uma forma de conferir legitimação ao processo como forma de exercício de poder pelo Estado-juiz⁴⁶³. As decisões judiciais são manifestações

⁴⁶² Deve-se, observar, ainda a imparcialidade do juiz, como bem leciona Sérgio Cruz Arenhart: “Assim, desde que preservada a imparcialidade o juiz – sob este aspecto – nenhum problema haverá com o abrandamento do rigor do princípio da demanda, especialmente se objetivar oferecer melhor prestação jurisdicional, mais adequada satisfação dos escopos da jurisdição, mais exata realização dos direitos ou mais precisa execução dos objetivos almejados pelo Estado brasileiro (arts. 1º e 3º da CF).” ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 600-601.

⁴⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 85. DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Malheiros: São Paulo, 2001. p. 104. Volume I. p. 214. ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 128.

de poder do Estado, sendo impostas aos jurisdicionados, ainda que de forma coativa. Por isso, necessária a participação das partes que serão alvo dos comandos proferidos judicialmente para legitimar, democraticamente, o processo e as decisões judiciais⁴⁶⁴.

E a participação do jurisdicionado, diretamente afetado pela decisão proferida no processo do qual é parte, estende-se à fase recursal, seja na prolação do acórdão (devidamente analisado o recurso e as contra-razões), seja na interposição dos embargos de declaração para corrigir defeitos existentes na decisão (obscuridade, omissão ou contradição)⁴⁶⁵ ou prequestionar a matéria constitucional ou infraconstitucional⁴⁶⁶ que será objeto do respectivo recurso extraordinário (recurso extraordinário para o STF, recurso especial para o STJ, recurso de revista para o TST).

Para a presente pesquisa é relevante tratar da interposição dos embargos de declaração com finalidade prequestionatória, visando a apreciação de questões jurídicas a serem conhecidas pelos Tribunais Superiores.

Muitas vezes, como bem salienta Cássio Scarpinella Bueno, ao serem julgados os embargos de declaração, é clássica e recorrente a afirmação dos Julgadores de segunda instância de que “o ‘Tribunal não é obrigado a responder todas as

⁴⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 285. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1. p. 405.

⁴⁶⁵ Conforme destaques de Helena de Toledo Coelho Gonçalves, “Obscuridade é antônimo de clareza. Decisão obscura é a que não é clara, transparente ou inteligível, que traz ambigüidade, que tem mais de um sentido e que dá margem a diversas interpretações, podendo-se afirmar que um pronunciamento obscuro não entrega devidamente a prestação jurisdicional. Ao lado da obscuridade, tem-se a contradição. Haverá contradição quando inconciliáveis entre si as proposições da decisão. Para verificar se há ou não contradição, deve haver uma análise da decisão em si mesma, não sendo cabível argüir-se contradição entre as proposições do acórdão e de texto legal, ou de súmula ou de jurisprudência dominante, ou até mesmo em relação às provas dos autos. Não se pode, a pretexto de haver contradição no acórdão, rediscutir os fundamentos da decisão, ou seja, não se discute o error in judicando. A omissão pertinente à ausência de manifestação, na decisão, acerca de ponto sobre o qual necessariamente o magistrado deveria ter se pronunciado. Ou seja, é lacuna, falta, não fazer, concluindo, é ‘não decisão’, e não entrega manifesta da prestação jurisdicional que deve, inevitavelmente, ser suprida sob pena de nulidade.” GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para as lacunas na lei. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 153. Volume 10.

⁴⁶⁶ “São também os embargos de declaração utilizados com o objetivo de prequestionamento de questão federal ou de questão constitucional, para efeito de viabilizar a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário. Trata-se de requisito necessário à admissão desses recursos, nos quais não se pode ventilar questões que não foram objeto de tratamento no acórdão recorrido.” PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 161.

alegações das partes ou questionários' ou 'o Tribunal não é obrigado a dizer em qual dispositivo de lei se apóia para fundamentar sua decisão"⁴⁶⁷. O que se pretende demonstrar é que ao contrário destas afirmações, pela visão do princípio do contraditório como efetiva participação das partes em conjunto com o juiz, os julgadores são obrigados a se manifestarem sobre os fundamentos dos recursos e das contra-razões, pelo menos aqueles necessários à fundamentar o recurso de natureza extraordinária.

Muitas vezes o julgador aponta o seu ponto de vista e entendimento particular, mas deixa de apreciar o fundamento contido no recurso ou nas contra-razões, sendo que é exatamente aquele fundamento que será utilizado no recurso para o Tribunal Superior, seja como violação direta ou por meio de divergência jurisprudencial.

A parte recorrente ou recorrida tem direito, mesmo que de forma sucinta, objetiva e simples a que o acórdão analise as questões que foram objeto de seu recurso ou contra-razões, desde que sejam importante e relevantes para a admissão e mérito do recurso de natureza extraordinária.

Quando instado a se manifestar sobre as questões suscitadas pela parte recorrente ou recorrida, mesmo após a oposição de embargos de declaração, o tribunal deixar de sanar vícios evidenciados no acórdão, tem-se por evidente a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional⁴⁶⁸, a qual deve ser reconhecida para que se

⁴⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, ALVIM. Eduardo Pellegrini de Arruda, NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 57.

⁴⁶⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. Não obstante o manejo de específicos embargos de declaração, o Tribunal Regional do Trabalho quedou-se silente em torno de matéria fática abordada no recurso ordinário, relevante à resolução da controvérsia, motivo pelo qual se afigura caracterizada negativa de prestação jurisdicional. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRONUNCIAMENTO EXPLÍCITO. Se o Tribunal Regional do Trabalho, quando instado a se manifestar sobre questão suscitada pela parte, mesmo após a oposição de embargos de declaração, deixa de sanar vícios evidenciados no acórdão, tem-se por evidente a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, a qual deve ser acolhida para a garantia do amplo direito de defesa, tendo em vista o óbice referente à proibição de reexame de fatos e provas nesta Instância extraordinária. Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 196/2005-037-05-40.9. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. DJU 20.06.2008, disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 19.07.2008.

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A análise dos autos revela que, de fato, o Regional não se pronunciou sobre nenhuma das questões elencadas pelo reclamante, que envolvem tanto matéria fática e probatória como aspectos que são de fundamental importância

garanta a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e o acesso à justiça, tendo em vista o óbice referente à proibição de reexame de fatos e provas pelos tribunais superiores. Em oportunidade de decidir recurso de revista com preliminar de nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, o Ministro Gelson de Azevedo do TST⁴⁶⁹ enfatizou que é direito da parte ver consignados aspectos fáticos da demanda no acórdão para justificar o entendimento do magistrado e possibilitar o recurso da parte sucumbente:

Ressalte-se que é certo que tem direito a parte de ver consignados no acórdão, quando solicitado, os termos dos depoimentos prestados, pois só o conhecimento das razões de decidir pode permitir-lhe recorrer adequadamente e aos órgãos superiores controlar com segurança a legalidade das decisões submetidas à sua revisão. A fundamentação do julgado constitui, pois, requisito indispensável à validade do pronunciamento judicial, sendo resguardada por preceitos de ordem pública, visando a assegurar aos litigantes o devido processo legal.

Dessa forma, conclui-se que a Corte Regional, ao proferir a decisão de fls. 462/465, sem analisar as questões suscitadas nas razões de embargos de declaração, referente ao item d, proferiu decisão em que não são analisados aspectos relevantes suscitados pela Reclamada; portanto, incorreu em aparente violação do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Cabe, portanto, mediante a análise do contraditório como participação, ao julgador expor os fundamentos de fato e de direito que geraram a convicção exteriorizada na decisão, mediante a análise circunstanciada das alegações formuladas pelas partes. No âmbito do tribunal de segunda instância, revela-se imperiosa a necessidade de fundamentação explícita e detalhada, exaurindo todo o conteúdo fático da lide, ante a impossibilidade de reexame de provas e fatos em sede de recursos de natureza extraordinária. A ausência de manifestação expressa sobre a existência destes fatos prejudica em demasia o direito da parte recorrente ou recorrida de acesso à prestação da tutela jurisdicional, ao devido processo legal e ao princípio da ampla defesa e, principalmente ao contraditório, na medida em que foi impedida de participar, efetivamente, da formação do provimento jurisdicional.

para o deslinde da lide. Recurso de Revista conhecido e provido. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Julgamento do Recurso de Revista nº 199/2000-204-01-00.0. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 25.04.2008, disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 19.07.2008.

⁴⁶⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Julgamento do Recurso de Revista nº 543/2000-001-17-00.9. Relator: Ministro Gelson de Azevedo. DJU 16.02.2007, disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 19.10.2007.

É verdade que a regra do prequestionamento tem sofrido certa flexibilização⁴⁷⁰ pelos Tribunais Superiores, mormente o STF e o TST⁴⁷¹ que possuem súmulas que reconhecem o prequestionamento se a parte tiver interposto os embargos de declaração para que haja manifestação sobre determinadas questões jurídicas e o acórdão não as tiver julgado devidamente.⁴⁷²

No entanto, esta flexibilização não atende à melhor técnica processual e não pode ser considerada como fundamento para se desprezar garantias fundamentais do cidadão como o contraditório, aqui entendido como direito a mais ampla participação na formação do provimento jurisdicional. Seria ilógico pensar que a garantia do contraditório como cooperação (participação) seria restrita à fase cognitiva de primeiro grau, pois o provimento jurisdicional, não raras as vezes, é consolidado na segunda e terceira instâncias, e, por isso mesmo, a interposição dos embargos de declaração deve ser vista como forma do exercício do contraditório, na esteira das linhas definidas acima: como efetivo direito de participação.

Apesar de toda a resistência dos julgadores, que sempre olham para os embargos de declaração com reprovação, em respeito ao contraditório, deve este recurso ser analisado com o todo o cuidado necessário, mormente nos casos em que se pretende a apreciação de questões jurídicas para viabilizar a interposição de recursos de natureza extraordinária.

⁴⁷⁰ O STJ por meio da Súmula 211 não permite esta flexibilização, afirmando que é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.” Tecnicamente este nos parece ser o mais correto entendimento, não obstante a facilitação prática que o entendimento do STF e do TST permitem. Sobre a Súmula 211 do STJ, remetemos o leitor ao texto de BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, ALVIM. Eduardo Pellegrini de Arruda, NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁴⁷¹ Súmula 297, III do TST: “Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração. (Redação determinada na Resolução TST/TP nº 121, DJU 21.11.2003)”.

⁴⁷² PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. I- "O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela" (RE 210.638/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 19/6/1998). II - Agravo regimental improvido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Agravo de Instrumento em Agravo Regimental 648.760-3/SP Relator: Ministro . Ricardo Lewandowski. DJU 30.11.2007, disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 30.12.2007.

6.2. EXISTÊNCIA DE NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO PARA A APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO COMO COOPERAÇÃO

Apesar desta “visão” cooperativa do princípio do contraditório pertencer, positivamente, ao direito estrangeiro, muito se percebe que no ordenamento processual pátrio existem vários dispositivos que nos levam a observar as condutas judiciais previstas por este novo instituto, apesar de existirem, igualmente, outros dispositivos e dogmas que inibem sua adoção.

Como se viu nos capítulos acima, o contraditório visto como cooperação possui duas características marcantes, a saber, o ativismo judicial, fazendo com que o juiz seja um dos sujeitos alcançados pelo contraditório e a participação efetiva das partes na formação do provimento final.

Cabem ao juiz os deveres de esclarecimento, consulta e prevenção das partes⁴⁷³, de modo a melhorar a tutela dos direitos, assim como a formação de seu convencimento.

Como se viu, a legislação processual alemã, italiana, francesa e portuguesa estão muito mais avançadas, permitindo, inclusive, alteração de pedido e causa de pedir, assim como, prevendo nulidade da decisão quando esta for fundamentada em ponto sobre o qual as partes não se manifestaram⁴⁷⁴.

O que se percebe, no entanto, é que esta vertente do princípio do contraditório como cooperação judicial entre juiz e partes no processo não é uma figura nova em nosso ordenamento jurídico, sendo certo que existem vários dispositivos que demonstram a necessidade do juiz esclarecer, prevenir e consultar partes e terceiros durante o curso do processo. Um dispositivo que demonstra esta vertente, certamente, é o

⁴⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo - REPRO 127**. São Paulo, Setembro de 2005. p. 77 e GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *In Revista da Esmape*, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 253-268.

⁴⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 110

artigo 339 do CPC, que estabelece:

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Como deveres de prevenção, o CPC pátrio permite ao juiz intimar o autor para emendar ou aditar a inicial, na forma do artigo 284.⁴⁷⁵ Podemos citar, ainda, como dever de prevenção imposto ao juiz as determinações contidas nos artigos 13 e 601 do CPC, que assim dispõem:

Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

Fica claro que o juiz intima a parte para que ela tome conhecimento de fato ou questão jurídica que lhe possa ser desfavorável, possibilitando que ela supra eventual falta ou cesse algum ato que pode lhe acarretar prejuízo futuro. Eis, portanto, a comprovação de que o contraditório está sendo plenamente exercido, por meio da cooperação, no seu dever de prevenção, possibilitando à parte a plena participação na formação do provimento jurisdicional.

A recente reforma do Código de Processo Civil, especificamente a promovida pela

⁴⁷⁵ Interessante notar, neste ponto, que apesar de ser conferido ao autor um prazo razoavelmente maior para a apresentação de suas razões em juízo (prazos prescricionais), o mesmo possui a possibilidade de corrigir eventual equívoco em prazo de 10 dias determinado pelo juiz. No entanto, o réu, dispondo de um prazo menor, 15 dias, não pode aditar ou complementar as razões de sua defesa. Percebendo isso, Lúcio Grassi afirma que “não concede, porém, o legislador brasileiro oportunidade para que a parte ré emende ou corrija a contestação, o que poderia ser enxergado como uma quebra do princípio da isonomia, ferindo inclusive norma constitucional.” GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). In **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000. p. 258.

Lei 11.276/2006, que introduziu o § 4º do artigo 515 do CPC, também trouxe outra hipótese de dever de prevenção do juiz, objetivando maior aproveitamento do processo sem se atentar para requisitos de ordem meramente formal. O novo parágrafo do artigo 515 determina que o juiz intime as partes para que sanem eventual irregularidade constatada na fase recursal.⁴⁷⁶ Neste caso, Cassio Scarpinella Bueno destaca que o contraditório decorrente deste novo parágrafo, ainda que ocorrido no segundo grau de jurisdição sem a apreciação pelo juiz *a quo* “é providência indispensável e suficiente para que a nova regra atenda plenamente o modelo constitucional do processo civil”.⁴⁷⁷

No que se refere aos deveres de esclarecimento, a o CPC também possui vários dispositivos que permitem ao juiz exercer o seu contraditório, aqui entendimento como a possibilidade de participar da formação da decisão judicial. O artigo 340, I, e o artigo 342 do CPC permitem ao juiz ouvir as partes para interrogatório visando o esclarecimento de fatos importantes ao deslinde da controvérsia.

Também de importante valia para este dever de esclarecimento, o artigo 130 do CPC, que possibilita (impõe) ao juiz, em qualquer fase do processo, determinar a realização de provas importantes ao seu convencimento, cabendo ainda indeferir as provas que entender inúteis ou meramente protelatórias. O juiz também pode solicitar às repartições públicas documentos necessários ao conhecimento da matéria que lhe está sendo colocada para exame, como certidões e procedimentos administrativos, conforme disposto no artigo 399, I e II, do CPC.

Com base nos artigos 355 e 360 do CPC, o juiz pode ordenar a exibição de documento ou coisa, ainda que de posse de terceiro, para que as partes possuam plena ciência de seu conteúdo. Com base nos artigos 440 e 442 do CPC, o juiz pode

⁴⁷⁶ Comentando especificamente este dispositivo legal, Cassio Scarpinella Bueno destaca sua idéia de cooperação entre partes e juiz, naquela que é a busca atual de todos os processualistas que abominam o formalismo excessivo e objetivam que o processo atinja a decisão de mérito para o qual foi impulsionado: “Deste modo, verificando que há nulidade a ser sanada, as partes deverão ser intimadas para que pratiquem os atos processuais que lhe couberem, visando à sua correção. Cria-se, por assim dizer, um incidente processual no segmento recursal com vistas ao fim maior de extirpar do processo tudo o que possa comprometer o atingimento de sua finalidade primeira, viabilizando, co isto mesmo, o proferimento de uma decisão que atenda a razão de ser do processo, que justifique, para todos os fins, a atuação do Estado-juiz: uma decisão ‘de mérito’, uma decisão que reconheça de quem é o direito controvertido e que crie condições para sua realização concreta.” BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

⁴⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

ainda inspecionar pessoas ou coisas, com o objetivo maior de esclarecer situações nebulosas e que são de importante relevo para a definição da causa. Nestes casos, as partes possuirão sempre o direito de assistir à inspeção prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa, conforme determina o parágrafo único do artigo 442 do CPC.

Em relação aos deveres de consulta, os artigos 397 e 398 determinam que o juiz promova a oitiva da outra parte quando foram juntados documentos novos, permitindo que ambas as partes exerçam influência sobre o seu convencimento. Importante, também, a previsão contida no artigo 327 do CPC, que determina a manifestação da parte contrária quando alegada qualquer das matérias preliminares contidas no artigo 301 do CPC.

6.3. MECANISMOS DO SISTEMA QUE INIBEM A UTILIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO PARA PROTEÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL POR INICIATIVA DAS PARTES: REPRESSÃO E PREVENÇÃO À LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

A cooperação judicial, da forma como tem sido proposta atualmente e como foi defendida no presente trabalho, encontra, a nosso ver, como principal óbice, a possibilidade de sua utilização para procrastinação do processo e atraso na entrega da tutela jurisdicional.

Na esteira do que se propôs acima, a ordem jurídica justa não pode ser alcançada com a utilização incorreta do instrumento disponibilizado pelo Estado para solução dos conflitos, mormente quando tais instrumentos possuem como finalidade a proteção de direitos fundamentais do cidadão inerentes ao processo judicial, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Como se viu acima, o direito fundamental de acesso à justiça deve ser estudado e compreendido de forma a se reconhecer como o direito a ter exatamente o direito ao

que o ordenamento jurídico garante a cada pessoa, da mesma forma como o seria se o direito não tivesse sido violado, tudo isso claro, com observância, irrestrita, aos requisitos da boa-fé e lealdade processual.

Por isso, extremamente importante que se dê o devido tratamento e importância para a questão da probidade e lealdade processual⁴⁷⁸, para que o direito de “acesso à ordem jurídica justa” não se desvirtue por completo pela atuação temerária e desleal de qualquer jurisdicionado, mormente quando se pretende conferir às partes maior participação na formação da tutela judicial por meio do contraditório como cooperação.

A nosso ver, esta importância deriva, justamente, da necessidade de se instituir uma ordem jurídica justa, célere, efetiva e, invariavelmente, *leal*.

Deve-se buscar fazer com que o processo torne-se, cada vez mais, uma ferramenta utilizada de forma adequada e leal, além de boa-fé, em prol de toda estrutura judiciária, beneficiando a todos aqueles que necessitam buscar a tutela do Estado, sem que existam entraves desnecessários e desleais no curso do processo, pois, como se viu, desde que se proibiu a justiça privada por meio da autotutela, o Estado-Juiz assumiu para si a atribuição de preservar os direitos assegurados pelas normas legais.

Por isso, se o Estado se compromete a prestar a tutela jurisdicional da forma mais adequada possível, este mesmo Estado precisa de mecanismos que impeçam que este seu compromisso não seja cumprido da forma prevista. E sem sombra de dúvidas, impedir ou penalizar o litigante desleal e ímprobo de atuar, em qualquer processo, é uma das formas do Estado prestar a tutela jurisdicional de forma adequada.

Analisando a questão relativa ao congestionamento e falta de celeridade na Justiça Especializada do Trabalho, já no ano de 1979, Yoshiaki Ichihara destacou, de forma enfática, que “o descongestionamento e a celeridade do processo trabalhista, poderá ser atingido com a aplicação das penalidades previstas por quebra do princípio da lealdade processual na Justiça do Trabalho.”⁴⁷⁹ E finaliza o referido

⁴⁷⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 73. Volume 1.

⁴⁷⁹ ICHIHARA, Yoshiaki. Aplicação do princípio da lealdade processual na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo - REPRO 14/15**, abril/setembro 1979. p. 205.

autor demonstrando que “cada ação indevidamente proposta, em realidade, representa um ônus substancial para o País, visto que além de utilização da máquina judiciária, representa uma perda do fator da produção”⁴⁸⁰, isso porquanto para a audiência, necessário o comparecimento de preposto, advogado, reclamante e testemunhas, que ao invés de estarem produzindo, estariam comparecendo em audiências designadas em processos onde se litiga estritamente de má-fé. Fábio Milman destaca que a utilização inadequada do direito de estar em juízo, “causa prejuízos certos ao Estado prestador jurisdicional, prejuízos que podem alcançar à parte contrária do litigante ímprobo ou mesmo a um litisconsorte, ou ainda a terceiro absolutamente estranho à lide.”⁴⁸¹

E não é só! A litigância de má-fé e desleal prejudica, ainda, a própria finalidade do Poder Judiciário, pois determinada pessoa está utilizando todo o mecanismo, garantias e estrutura do Estado que visa solucionar as questões com justiça, para obter provimentos dos quais acarretam injustiças, seja pelo deferimento indevido de parcela que não lhe é devida, seja pelo atraso injustificado na prestação da tutela a outrem que dela precisa.

Em interessante artigo sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior afirma que a legislação brasileira busca “impedir que *improbus litigator* faça prevalecer um ‘falso direito’, que acabaria por transmutar em *injustiça e ilegalidade* o ato jurisdicional”⁴⁸². O mencionado autor chega a afirmar, citando Mendonça de Lima, que se o Estado não impedir a atuação deste litigante desleal, poder-se-ia tornar o juiz um “cúmplice inocente e involuntário da nociva solução”⁴⁸³ ao qual foi induzido pela conduta de improbidade causada pela parte litigante de má-fé.

Com base nestas premissas busca-se demonstrar que o próprio sistema processual possui mecanismos tendentes a impedir que se utilize o processo judicial para alcançar objetivos distantes dos realmente previstos no ordenamento jurídico. No tocante ao presente trabalho, busca-se evitar que com a maior preocupação do juiz

⁴⁸⁰ ICHIHARA, Yoshiaki. Aplicação do princípio da lealdade processual na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo - REPRO 14/15**, abril/setembro 1979. p. 207.

⁴⁸¹ MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 211.

⁴⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 100.

⁴⁸³ Mendonça de Lima citado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 100.

em permitir o pleno exercício do contraditório (deveres de consulta, prevenção e esclarecimento), determinados litigantes venham a se aproveitar para tirar vantagem do lapso temporal exigido para cumprimento das providências necessárias a conferir maior participação das partes no processo. Por isso Rui Portanova, ao comentar o princípio da boa-fé e os mecanismos de prevenção à má-fé, afirma que “a repressão à malícia é efeito da diminuição dos efeitos do princípio dispositivo e do aumento do interesse público e cooperativo que informa o processo civil.”⁴⁸⁴ Tal comentário demonstra como é preocupação do legislador imbuir o juiz de poderes aptos a permitir o reconhecimento de litigantes desleais e ímprobos e a aplicação de penalidades tendentes a punir e prevenir situações desleais no decorrer do processo, na medida em que se passou a reconhecer no processo judicial um caráter público com um função social a ser cumprida, qual seja, a pacificação social por meio da solução dos conflitos de interesses .

Por isso, se existe um interesse público maior do que o interesse das partes na solução do litígio, necessário que o sistema preveja, reprima e penalize aqueles que o utilizam como forma de não atingir a finalidade deste interesse público. Os artigos 14, 17 e 18 do CPC estabelecem uma série de condutas que devem ser respeitadas pelas partes judicantes, assim como, estabelecem as respectivas penalidades para estas condutas.

Por isso, a questão não é a ausência de mecanismos que objetivam impedir a utilização do processo para fins ilegais, mas sim o interesse dos juízes em aplicar tais penalidades, sendo que na prática, muito se vê, a conivência dos juízes com as condutas denominadas ímprobos. Muitos até aplicam as penalidades, mas estas são corriqueiramente retiradas quando do julgamento do recurso para os Tribunais respectivos.

Convenhamos que, o acesso à ordem jurídica justa e o pleno exercício do contraditório por meio da visão cooperativa que aqui se propugna, não podem ser alcançados sem que isso ocorra de forma leal, de forma ética e com boa-fé, uma vez que o uso do direito de acesso à justiça e de participação na formação do provimento jurisdicional de forma maléfica e desleal prejudica, inclusive, a essência de tais garantias constitucionais.

⁴⁸⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.

O Código de Processo Civil elenca em vários de seus dispositivos as condutas tipificadas como de má-fé, além de determinar as sanções aplicáveis aos agentes que as pratiquem. Importantes de consideração são os artigos 14, 16, 17 e 18 do CPC⁴⁸⁵, que tentam sistematizar as condutas consideradas como litigância de má-fé, além de impor as penalidades que devem ser aplicadas quando observadas estas condutas. Isso, no processo de conhecimento.

Analisando os referidos dispositivos, percebe-se que o CPC possui rígida orientação em vedar a conduta tipicamente desleal dos litigantes, mormente no que se refere à verdade dos fatos e utilização inadequada do processo para fins outros que não a obtenção daquilo a que se tem direito.

Não se deve esquecer que o CPC ainda destaca condutas consideradas como de má-fé para os outros sujeitos do processo, como juízes, peritos, auxiliares, todos, como se viu, pessoas interessadas na boa formulação do provimento jurisdicional

O artigo 14 do CPC estabelece os deveres das partes na sua participação no processo, dando especial ênfase à questão ética e moral, determinando que a parte não exponha fatos que não são verdadeiros, não proceda com deslealdade e má-fé, nem formule pretensão ou defesa ciente de que são destituídas de fundamento, ou,

⁴⁸⁵ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

promova a produção de atos desnecessários à solução da controvérsia. Todas essas hipóteses demonstram que o CPC “dá ênfase aos deveres que cabem às partes e aos seus procuradores, para que haja honestidade e lisura no processo”⁴⁸⁶, pois “na realidade, é o processo civil campo muito vasto para o exercício abusivo do direito”⁴⁸⁷.

Tal exercício abusivo pode ser alavancado pela proposta de aplicação do contraditório como cooperação judicial, principalmente no que toca aos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção, ampliação e alteração de causa de pedir e ampliação do pedido. Todos estes aspectos, aparentemente inovadores em nosso sistema processual, abrem espaço para maiores tentativas de litigância desleal, tendente a utilizar o processo cada vez mais como forma de atrasar e protelar a prestação da tutela jurisdicional.

O que o sistema processual civil veda, claro, não é a utilização do processo para obtenção de seus fins, nem mesmo o exercício regular do direito de defesa. Como se viu, o processo judicial tramita em contraditório, cabendo a cada uma das partes elaborar sua pretensão e sua defesa, mas não se obriga os litigantes a apresentarem todos os fatos que concederão a vitória à outra parte. Por isso Celso Agrícola Barbi salienta, com base nas lições de Liebman, que:

[...] o processo civil, com sua estrutura baseada no princípio do contraditório, em que cabe a cada parte o ônus de sustentar suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralizadora do comportamento das partes. Se cada litigante pode contar para seu êxito somente com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também aqueles que lhe são desfavoráveis e poderiam beneficiar o adversário. Estabelecer uma obrigação, em tal caso, não teria nenhuma probabilidade de ser observada e teria, como único resultado, pôr em dificuldade a parte mais honesta.⁴⁸⁸

O que visa o sistema processual é o estabelecimento da lealdade processual e da boa-fé veda por completo são as artimanhas, a invenção dos fatos em seu favor, a

⁴⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 122. Volume I.

⁴⁸⁷ CASTRO FILHO, José Olímpio. **O abuso do direito no processo civil**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 31.

⁴⁸⁸ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 122. Volume I.

utilização de mecanismos que impeçam o justo, rápido e seguro julgamento da lide. O CPC não impede que a parte cometa um erro ou uma má avaliação das circunstâncias dispostas em seus fundamentos. Hélio Tornaghi bem destaca que “a lei não exclui, nem poderia excluir a possibilidade de uma imagem falsa, mas sincera, dos fatos. Ela não espera que a parte não se engane; o que exige é que não engane o juízo”.⁴⁸⁹ Analisando a questão, também sob esta ótica, Arruda Alvim afirma que:

[...] o significado do texto é aquele que preceitua aos litigantes uma atividade processual honesta. A contrario sensu, o litigante não deverá utilizar-se de expedientes desonestos, desleais, para obter o ganho de causa, ou mesmo pretender a vitória em incidentes processuais, ou ainda, simplesmente, a mera procrastinação do processo.⁴⁹⁰

O que se pretende ofuscar é que a parte, ciente de que sua conduta configura um atentado aos princípios da ética e da boa-fé, realize-a visando obter uma melhor situação dentro do processo, pois isto é, nitidamente, abuso de direitos processuais conferidos pelo ordenamento, uma vez que a parte utiliza as garantias para atingir finalidade diversa da finalidade esperada do processo, além de praticar conduta e reconhecidamente desleal e imoral.

Exemplo claro é quando a parte confessa um fato na inicial ou na defesa e durante a instrução probatória insurge-se contra a decisão que impediu de produzir prova sobre aquele determinado fato confessado, afirmando que lhe foi cerceado o direito de ampla defesa e contraditório. Ou ainda, quando a parte interpõe recurso fundamentado modificando completamente a verdade dos fatos já trazidos em defesa ou na inicial, com o objetivo de configurar o *error in iudicando* da decisão recorrida. Procrastinar o desenvolvimento do processo com base em fundamentos reconhecidamente sem base fática ou jurídica é uma forma desleal de se portar no curso do processo, podendo ser observada quando a parte pretende produzir provas sem necessidade, interpõe recursos contra fatos incontroversos, modifica a verdade dos fatos comprovados nos autos e formula pretensão ciente de que não possui

⁴⁸⁹ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 144.

⁴⁹⁰ ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 129.

fundamento para tanto. Diferentemente, não haveria deslealdade processual pela defesa de ponto de vista ou posição jurídica devidamente fundamentada, ainda que pela menor parte da doutrina e jurisprudência, na medida em que se preserva a liberdade de expressão e entendimento de todo cidadão.

Não se deve negar que o direito possui uma finalidade social, que é a de permitir o convívio social das pessoas em sociedade. Atento a isso, José Olímpio de Castro destaca a finalidade social do direito, afirmando que ele “só existe para assegurar a existência do homem em sociedade com outros homens.”⁴⁹¹ E o referido autor salienta, fazendo referência ao direito positivo, que:

Em tal ordem jurídica, assegura-se ao indivíduo, como consectário lógico da própria personalidade humana, o direito ou a faculdade de exigir de outrem, em determinada situação, um comportamento típico, imposto pelo mesmo direito positivo.

Tal faculdade, porém, não é absoluta, senão limitada pela própria fonte constitutiva do direito, ou seja a consciência jurídica coletiva, que quer que não se exceda o exercício dessa faculdade além dos limites impostos pela finalidade do direito.⁴⁹²

Com base nisso, e levando em consideração o teor de nossa legislação processual civil, entendemos adequada a definição de abuso de direito processual formulada por Humberto Theodoro Júnior, que afirma:

Consiste o abuso de direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para o *protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial*, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.⁴⁹³ (grifos nossos)

Analisando esta conceituação sugerida por Humberto Theodoro Júnior, constatamos que quando a parte protelar a solução do litígio ou tentar desviá-la da correta apreciação judicial, estará ele cometendo abuso de direitos processuais e atos de

⁴⁹¹ CASTRO FILHO, José Olímpio. **O abuso do direito no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 20.

⁴⁹² CASTRO FILHO, José Olímpio. **O abuso do direito no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 20.

⁴⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113.

má-fé. Observa-se, portanto, que tudo isso se correlaciona com a necessidade de observância do princípio do contraditório, na medida em que temos defendido que para sua efetivação deve o juiz proporcionar a efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional. Esta possibilidade de maior participação cooperativa pode ocasionar para a parte contrária e para o processo vários prejuízos, cabendo ao juiz identificar, alertar, prevenir e reprimir condutas deste tipo.

Não se pode, com base nos negativos resultados temporais obtidos pela litigância desleal, afirmar que o exercício do contraditório seria uma marcha na contra-mão da efetividade do provimento jurisdicional. Na verdade, a elevação do contraditório no processo poderia ser a válvula de saída para melhores soluções e economia de atividade jurisdicional, evitando decisões incorretas, várias ações com fatos e pedidos correlatos e surpresas indesejáveis aos litigantes. O que não se pode presumir, no entanto, que para evitar a deslealdade processual é preferível mitigar o contraditório. Seria o mesmo que impedir que carros passem em determinada avenida por existir um buraco enorme, sem se preocupar em consertar o problema.

Tem-se assim que as hipóteses de litigância de má-fé no processo civil, configuram-se como nítido abuso dos direitos e garantias processuais conferidas aos litigantes, de forma a obter para si uma vantagem reconhecidamente incorreta, seja representada pelo mérito do processo, seja representada pelo delongar do trâmite processual.

A repressão à litigância de má-fé tem especial importância para que se alcance uma ordem jurídica justa, de forma a prestigiar a garantia esculpida no art. 5º, XXXV, da CF/88 com a plenitude necessária do princípio do contraditório, fortalecendo a idéia de cooperação entre partes, juiz e terceiros. A nosso ver, esta importância deriva, justamente, da necessidade de se instituir uma ordem jurídica justa, célere, efetiva e, invariavelmente, *leal*.

Observe-se que estes “entraves” causados pelo litigante desleal podem estar inseridos no processo ou fora dele. Os entraves inseridos no processo podem ser representados pelas condutas tomadas dentro do processo, pelas partes ou auxiliares da justiça. Por sua vez, os obstáculos derivados de fatores externos ao processo são aqueles derivados, seja de outro processo judicial, seja da falta de estrutura adequada para que a tutela jurisdicional alcance a finalidade que dela se espera. Não se pode negar, neste aspecto, que o ajuizamento de um processo

“desnecessário”, desleal e ímprobo, acarreta evidente desperdício de atividade jurisdicional, prejudicando a garantia de pleno acesso à justiça prevista na Constituição Federal como direito fundamental do cidadão. Com base nas lições de Comoglio, Humberto Theodoro Júnior afirma que:

Esse objetivo do processo, dentro do atual Estado Democrático de Direito, não pode, de maneira alguma, tolerar o abuso de direito processual. Nenhuma forma de má-fé é admissível, por parte dos sujeitos do processo, se o modelo ideológico constitucional foi plasmado e endereçado a conferir ‘o grau máximo de *acatamento moral* das formas de tutela judiciária e das estruturas publicísticas, por meio das quais a justiça é administrada.⁴⁹⁴

José Olímpio de Castro Filho enfatiza a necessidade de tratamento especial à questão da probidade processual, pois não é estranho que cada parte procure obter êxito no processo utilizando qualquer arma conferida pelo ordenamento, “ainda que à custa do sacrifício do direito alheio”⁴⁹⁵. Ou seja, para que o processo não se transforme em uma guerra sem fim, em que é permitido às partes a utilização de toda e qualquer arma (os fins justificariam os meios, portanto), o sistema precisa municiar o juiz de ferramentas que o permitam punir aqueles que utilizam o processo para atingir finalidade diversa da para qual foi criado. Sem sombra de dúvidas, impedir ou penalizar o litigante desleal e ímprobo de atuar, em qualquer processo, é uma das formas do Estado prestar a tutela jurisdicional de forma adequada, permitindo, assim, o acesso à justiça por meio do Poder Judiciário. Com base nesta idéia, enfatizando a necessidade do juiz ser mais ativo na busca por um processo mais célere, assegurando o tratamento isonômico das partes, além de prevenir e reprimir os atos contrários à dignidade da justiça, o CPC, em seu artigo 125, incisos I, II e III, estabelece que:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

⁴⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

⁴⁹⁵ CASTRO FILHO, José Olímpio. **O abuso do direito no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 32.

Humberto Theodoro Júnior, ao tratar especificamente sobre este dispositivo, demonstra o mesmo entendimento, afirmando que “é com esse desígnio de manter, sob a direção do juiz, um processo limpo moralmente, e eficaz na busca da rápida solução do litígio, que se conexiona a repressão do abuso de direito processual.”⁴⁹⁶

Tudo isso, como se viu, com a intenção de resguardar o atendimento das garantias constitucionais de índole processual, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a prestação da tutela jurisdicional.⁴⁹⁷ Arruda Alvim, ressaltando a finalidade pública do processo civil⁴⁹⁸, afirma a necessidade de estabelecimento de regras que delimitem a conduta das partes litigantes, denominadas de princípio da lealdade processual:

A alta finalidade pública do processo civil, que consiste na verificação de fatos ocorridos, como pressupostos da aplicação adequada da lei ao caso concreto ('justa composição da lide', nos dizeres de Carnelutti), não pode, é óbvio, prescindir da colaboração ética das partes. Caso contrário, o juiz teria de lutar, em verdade, contra os próprios litigantes que, por sua vez, lutariam violentamente entre si ao arrepio da mais elementar ética.

Para se conseguir, pois, numa medida satisfatória no campo do processo, um comportamento compatível com as finalidades de Justiça e do Direito, inerentes à atividade jurisdicional, necessário é o estabelecimento de uma série de regras entrosadas, mediante as quais se traça o comportamento que as partes devem observar. Tais regras, em última análise, sintetizam-se no chamado princípio da lealdade processual.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 106.

⁴⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 106.

⁴⁹⁸ Dignas também de destaque as considerações de Alcides de Mendonça Lima, ao tratar da questão relativa à finalidade do processo e a repressão às atitudes antiéticas e imorais, configuradas na litigância de má-fé, quando afirma que “ora, se o processo visa, exatamente, à incidência da norma primária e se é da essência dessa um resultado ético, impossível conceber-se a preservação do seu preceito se necessária a invocação coativa, sem postulados informativos também éticos. O processo não é um meio isolado, mas junto com o direito material, forma o complexo da ordem jurídica, em sua unidade e em seus fins. Como integrante deste conjunto, todo ele sob a égide da moral, o processo não pode permitir que os elementos que nele atuem de qualquer modo, ajam fora dos limites da probidade, que por atos comissivos, como omissivos”. LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo - REPRO 16**. São Paulo, outubro/dezembro de 1979. p. 16.

⁴⁹⁹ ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 121.

Observe-se, com isso, que a necessidade de manter o processo regido por valores éticos e morais é de interesse não só das partes, mas também, e principalmente, do Estado-Juiz. Humberto Theodoro Junior⁵⁰⁰ bem delinea a questão do interesse do Estado em reprimir a conduta desleal das partes na busca pela tutela jurisdicional, pois “busca-se impedir que o *improbis litigator* faça prevalecer um ‘falso direito’, que acabaria por transmutar em *injustiça e ilegalidade* o ato jurisdicional”⁵⁰¹.

As condutas desleais contribuem de forma absurda para que o acesso à justiça por meio do Poder Judiciário não seja alcançado pelos litigantes, seja pela demora na solução das questões que já poderiam ter sido resolvidas, seja no desperdício da atividade jurisdicional.

O obstáculo mais discutido é a morosidade do processo, atribuída à existência de diversos prazos e recursos em demasia, ou seja, justamente às garantias processuais que permitem um acesso à justiça de forma satisfatória. No entanto, a verdadeira causa da morosidade é pouco reconhecida e discutida por todos. Esta causa de refere à estrutura das instituições judiciárias, onde os recursos para investimentos são poucos e, em determinados casos, mal utilizados.

E não é só! A litigância de má-fé e desleal prejudica, ainda, a própria finalidade do Poder Judiciário, pois determinada pessoa está utilizando todo o mecanismo e estrutura do Estado que visa solucionar as questões com justiça, para obter provimentos nas quais a injustiça prevalece. Com base na deslealdade, o litigante de má-fé pode transformar uma situação de justiça, correção, em uma situação de injustiça, incorreção, pois utilizou uma ferramenta disponibilizada pelo sistema de forma inadequada e extremamente contrária às suas finalidades.

Curiosa informação é trazida por Hélio Tornaghi, fazendo referência ao direito alemão, onde “uma novela de 27 de outubro de 1933 considerou que a Justiça não tem por objetivo apenas o interesse das partes, mas também, e sobretudo, a

⁵⁰⁰ Seguindo o raciocínio, Humberto Theodoro Júnior destaca, com base nas lições de Cândido Rangel Dinamarco, que “a procrastinação maliciosa, a infidelidade à verdade, o dolo, a fraude e toda e qualquer manifestação de má-fé ou temeridade praticada em juízo, conspurcam o objetivo do processo moderno no seu compromisso institucional de buscar e realizar resultados coerentes com os valores de ‘equidade substancial e de justiça procedimental, consagrados pelas normas constitucionais’”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 109.

⁵⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, in MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 100.

segurança jurídica de todo povo”⁵⁰², demonstrando a importância do comportamento das partes para que o processo atinja a finalidade para a qual foi efetivamente criado.⁵⁰³ Humberto Theodoro Júnior chega a afirmar, citando Mendonça de Lima, que se o Estado não impedir a atuação deste litigante desleal, poder-se-ia tornar o juiz um “cúmplice inocente e involuntário da nociva solução”⁵⁰⁴ ao qual foi induzido pela conduta de improbidade causada pela parte litigante de má-fé.

Não se deve negar, outrossim, que a repressão e punição ao litigante de má-fé proporciona ao Estado Juiz a coação psicológica que impede aquele jurisdicionado desleal que utilize inadequadamente o processo, pois sabe, de antemão, que será penalizado severamente caso sua conduta fique caracterizada como de má-fé. Nos dizeres de Rui Portanova, ao comentar o princípio da boa-fé e os mecanismos de prevenção à má-fé, “a repressão à malícia é efeito da diminuição dos efeitos do princípio dispositivo e do aumento do interesse público e cooperativo que informa o processo civil”⁵⁰⁵, o que apenas evidencia a importância do combate, repressão e punição dos litigantes desleais para que o direito fundamental de acesso à justiça seja exercido em sua plenitude, além de que seja exercido da forma adequada.

Após todas considerações acima, restou demonstrado que o sistema jurídico confere às partes o direito, amplo, de defender seus interesses em juízo, bem como, de buscar a tutela jurisdicional do Estado quando seu direito estiver sob ameaça ou efetivamente violado e a proposta da presente pesquisa é justamente permitir a ampliação destas garantias, sem que isso se torne prejudicial à efetivação da tutela jurisdicional.

⁵⁰² TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 143.

⁵⁰³ Ressaltando a importância do combate à litigância de má-fé para que o processo não desvirtue de sua finalidade precípua (conceder a tutela aos que efetivamente possuem o direito discutido), Alcides de Mendonça Lima afirma que “exatamente porque, sendo o processo equiparado a um jogo entre as partes, essas é que podem ter maior interesse em falsear a verdade, agir com chicana, deturpar fatos, ou fundar-se capciosamente em texto de lei, em proveito próprio, para obter a vitória a qualquer preço. Com isso, estarão iludindo o juiz, que formará falsa convicção e, conseqüentemente, proferirá sentença que se afaste da realidade do caso e da solução que seria a verdadeira.” LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo - REPRO 16**. São Paulo, outubro/dezembro de 1979. p. 16-17.

⁵⁰⁴ Mendonça de Lima citado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro, *in* MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.), **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 100.

⁵⁰⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157.

Diante disso, ao cidadão lesionado em seu direito, é conferida a possibilidade de buscar junto ao Estado, a reparação ou restituição daquele direito atacado, sendo esta a função típica do Poder Judiciário no direito fundamental de acesso à justiça. No entanto, o próprio sistema limita o exercício destes direitos no âmbito processual, tendo como principal objetivo evitar que os litigantes desleais sobrepujem os litigantes de boa-fé de formas e maneiras antiéticas e imorais. Por isso, a intenção de reprimir as referidas condutas visa impedir que o processo, instrumento do Estado para a solução dos litígios surgidos pela desobediência das normas legais (conceder a tutela aos jurisdicionados e devolver-lhes ou reparar-lhes os direitos que lhe foram usurpados), torne-se um mecanismo de *não* realização destes direitos, seja pela morosidade criada pelas artimanhas do litigante desleal, seja pelas inverdades que servem de suporte para a decisão judicial (invertendo, assim, a tutela jurídica justa, pois concederá ou não concederá a alguém algo que é seu por direito, com base em informações falsas).

Daí a importância ao combate à litigância de má-fé, ao abuso de direitos processuais, pois se aos litigantes fosse possível quaisquer artimanhas, quaisquer condutas, certamente o processo não atenderia sua finalidade constitucional, qual seja, a de solucionar, com justiça, celeridade e efetividade. E esta repressão à deslealdade é ligada à proposta do presente trabalho, na medida em que se pretende ampliar o princípio do contraditório para possibilitar uma melhor atividade jurisdicional. Sem que os juízes, incumbidos da direção do processo, atuem efetivamente reprimindo as condutas temerárias e desleais, seja do autor, seja do réu, o direito fundamental de acesso à justiça não será plenamente atendido, sendo certo que as partes farão uso das garantias do contraditório e da ampla defesa de forma a prejudicar este acesso à justiça.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todo o estudo apresentado, constata-se que o acesso à justiça deve ser compreendido como elevado valor de um Estado de Direito, onde se veda expressamente a autotutela, não satisfazendo a idéia de mero acesso formal ao Poder Judiciário. A garantia de acesso à justiça deve ser vista como um direito fundamental do cidadão, pois o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal ser interpretado juntamente com o preâmbulo e o inciso I do artigo 3º do Texto Maior.

No entanto, a idéia, muito divulgada, de que o artigo 5º, XXXV, da CF/88 é o dispositivo que permite o acesso à justiça, é parcialmente correta, porquanto o acesso à justiça pode se dar pelas atividades legislativa e administrativa.

Este direito fundamental deve ser estudado e compreendido como o direito a ter aquilo que o ordenamento jurídico garante a cada pessoa, da mesma forma como o seria se o direito não tivesse sido violado, respeitando-se, evidentemente, direitos adquiridos, coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Ou seja, o acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, deve nos levar ao conceito de acesso à justiça previamente à necessidade de solução dos conflitos por meio da tutela jurisdicional. Por isso mesmo, este acesso à justiça também deve ser observado na forma e no conteúdo das leis (atividade legislativa) e na execução administrativa do Estado (atividade executiva).

Por muito tempo adotou-se a idéia de acesso à justiça como mero exercício do direito de ação, possibilitando o ingresso de ação no Poder Judiciário, o que de certa forma, teve grande influência da fase autonomista do processo civil.

Ultrapassada a fase autonomista, e ingressando-se na fase da moderna instrumentalidade, o processo civil (assim como qualquer outro ramo do direito deveria) deve observar os ditames e preceitos constitucionais, desenhando-se de acordo com o traçado previsto na Constituição Federal.

As funções dos Poderes Executivo e Legislativo na construção e manutenção da ordem jurídica justa é muito mais ampla do que a que corriqueiramente se lhes atribui, na medida em que a responsabilidade pela criação e manutenção desta ordem jurídica justa é de todos os Poderes do Estado, em suas atribuições típicas ou não. O Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, ato de legislar, deve

sempre buscar os melhores caminhos para que sejam editadas leis que correspondam aos interesses da sociedade, evitando ao máximo o conflito de interesses sociais e contrários aos costumes e anseios daquele grupo social. Por sua vez, o Poder Executivo possui duas maneiras de possibilitar este acesso à ordem jurídica justa, quais sejam a) os atos co-legislativos, consubstanciados nos vetos, aqui importando os vetos decorrentes de alegação de inconstitucionalidade e b) não aplicação das leis consideradas inconstitucionais, ainda que inexistente decisão judicial a respeito.

Diante disso, desmitifica-se a idéia de que o acesso à justiça só poderia ser alcançada pela atividade jurisdicional (Poder Judiciário), sendo que, como direito fundamental materialmente constitucional, não deve ser interpretado e visto de forma restrita, mas sim ampla, abraçando as também e em igual relevância, as atividades exercidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

A atividade jurisdicional possui relevante parcela no direito de acesso a uma ordem jurídica justa, mormente pelo fato de que é o Poder Judiciário quem cuida da prevenção e repressão à violação dos direitos dos jurisdicionados. Para isso, o efetivo acesso ao Poder Judiciário, representa-se pela tutela jurisdicional, proporcionando um resultado efetivo, de forma a permitir que o instrumento de solução de conflitos atinja a finalidade estabelecida na Constituição Federal. Por isso, atualmente, se fala em resgatar o modelo constitucional do processo civil, de forma a permitir que ele cumpra seu papel na solução de conflitos, satisfazendo, realmente, a sua função. Daí que se começa a pensar em armar o processo com meios de conferir maior segurança para o direito material, ou seja, inicia-se a fase de se pensar no processo de acordo com as necessidades do direito material postulado em juízo. O processo deve possuir técnicas que possibilitem, da melhor forma, que o direito material seja alcançado. Assim, outros problemas serão resolvidos, pois se o processo estiver adequado às necessidades do direito material, qualquer que seja, muito pouco será necessário alterar quando surgirem novas concepções de direito material.

Basta interpretar e aplicar a norma processual conforme o seu modelo constitucional, permitindo que se interprete o processo como fenômeno apto a solucionar efetivamente os conflitos porventura existentes, alcançando os anseios do direito material.

Antes mesmo da reformulação *legislativa* das normas processuais pela técnica legislativa, cabe ao processualista moderno a fixação da idéia de que precisa interpretar as normas processuais para que o processo atenda a finalidade desenhada pela Constituição Federal.

O processo judicial deve possuir meios adequados para atender as necessidades do direito material, sob pena de se tornar um meio prejudicial aos interesses das partes. Se o processo não for adequado, o direito material pode não ser entregue, ou entregue de forma incorreta, ou completamente danificado.

Neste ponto, necessário se faz, para a garantia do acesso à justiça, a análise de outro princípio constitucional elevado à categoria de direito fundamental, a saber, o princípio do contraditório. Este princípio do contraditório deve ter seu conteúdo atualizado, principalmente em relação ao Estado Democrático de Direito (onde se requer a participação efetiva das pessoas na formulação das normas de poder), na medida em que não pode mais se limitar à mera ciência das partes dos atos do processo, ou seja, a denominada bilateralidade da audiência. Para que o contraditório se apresente efetivo, as partes devem possuir condições de participar da formação do provimento jurisdicional, tendo plenas condições de influenciar a convicção do magistrado.

Não se pode negar, igualmente, que contraditório como participação não é dirigido apenas às partes, mas também ao juiz e aos terceiros que puderem auxiliar, de alguma forma, na formação do provimento jurisdicional. Neste campo, o juiz exerce um papel muito mais ativo, permanecendo incólume a sua imparcialidade. Não se pode confundir ativismo com parcialidade, pois o oposto do ativismo judicial seria a neutralidade e indiferença com o *iter* procedimental e o direito material que se coloca a apreciar. Nesta nova visão cooperativa os terceiros que possuam condições de contribuir, de qualquer forma, para a formação do convencimento do juiz, são mais do que bem vindos, propiciando um melhor entendimento e uma melhor solução ao processo.

O mais importante nesta nova concepção do princípio do contraditório é justamente a legitimação da decisão judicial pela ampla participação de todos, permitindo que o juiz tome todas as providências necessárias para evitar a extinção do processo sem resolução do mérito da causa, tutelando tanto o autor quanto o réu.

Não se pode negar que a ampla participação dos litigantes permitiria, ainda, a utilização protelatória dos recursos, pois muitos aspectos teriam sido discutidos e levados em consideração para se alcançar a decisão final.

Por isso mesmo o contraditório visto de forma cooperativa (cooperação judicial entre partes, juiz e terceiros) é de grande valia para que se alcance a efetividade do processo, mormente no que toca à possibilidade evitar o desperdício da atividade jurisdicional com incidentes que poderiam ser evitados se à parte tivesse sido oportunizado o contraditório, ou, ainda, se o processo tivesse uma fase oral mais atuante, onde as partes poderiam evidenciar ao julgador o que realmente pretendem com a demanda deduzida em juízo. Nesta visão cooperativa, como vertente do princípio do contraditório restaria, ainda, a possibilidade de alteração ou ampliação da causa de pedir, assim como, a ampliação do pedido constante na inicial, de forma a evitar vários processos com pedidos decorrentes dos mesmos fatos e fundamentos. Deve ser lembrado que nosso ordenamento processual não titula de absoluta a técnica processual de estabilidade da demanda, existindo vários dispositivos processuais que permitem, ou a atividade de ofício do juiz para deferir pedidos (cominação de multa para obrigações de fazer), assim como, para que se julgue com base em causa de pedir diferente da que foi elencada na inicial, como é o caso das ações possessórias em decorrência da fungibilidade (o autor pode alegar esbulho e ser mantido na posse com base na turbação, sem que se afronte o princípio da demanda).

Em decorrência da necessidade de efetiva participação das partes, do juiz e do terceiro no processo, evita-se ainda as chamadas decisões surpresa, caracterizadas como aquelas fundamentadas em fatos e questões jurídicas não discutidas pelas partes, principalmente aquelas em que o juiz pode conhecer da questão de ofício (questões de ordem pública). Nesta nova concepção, juiz deveria intimar as partes, mesmo naquelas situações onde ele pode conhecer a matéria independentemente de provocação das partes. Da mesma forma que nas questões de ofício a provocação da parte é *dispensável*, a sua manifestação acerca de tal questão é *imprescindível*.

À exceção do artigo 131 do CPC, que permite ao juiz conhecer de questões não discutidas pelas partes desde que fundamentadas as razões de seu convencimento na decisão, entendemos que o sistema processual pátrio permite a plena adoção

desta nova concepção do princípio do contraditório, principalmente nos que diz respeito à cooperação e os deveres de esclarecimento, prevenção e consulta. Basta que se faça a devida ponderação do princípio com outros valores constitucionais, principalmente aqueles que se esperam satisfeitos pelo processo civil. Cabe ao intérprete e aplicador das normas processuais afastar os dogmas incrustados em nosso ordenamento, abrindo espaço para este novo modelo de pensar o processo civil. Após a fase de adequação das normas processuais já existentes com os anseios do direito material e o modelo constitucional de processo, caso se verifique a necessidade de alguma alteração, certamente esta deverá ser feita mediante o processo legislativo próprio.

Neste caso, a norma processual que estará sendo elaborada deverá levar em consideração todos os anseios e necessidades do direito material, amoldando-se ao modelo de processo previsto na Constituição Federal, de modo a evitar o conflito das normas processuais infraconstitucionais com as normas processuais de natureza constitucional.

O contraditório visto como cooperação entre partes, juiz e terceiros, é uma forma de permitir ao julgador o máximo de conhecimento possível sobre a questão fática e jurídica que lhe é colocada, além de evitar desperdício de atividade jurisdicional, com decisão sobre todos os aspectos referentes aos fatos que lhe são trazidos. Não se pode perder de vista que a cooperação vista como participação dos sujeitos é extremamente importante para a legitimação das decisões judiciais, impedindo por isso mesmo, as denominadas e desagradáveis decisões surpresa, fundamentadas em aspectos de fato e de direito não discutidos pelas partes.

Ao contrário do que se pode imaginar, a cooperação de partes, juiz e eventuais terceiros não ensejará, necessariamente, a morosidade da justiça, na medida em que prevalecendo o diálogo, a oralidade e a lealdade entre estes sujeitos, o processo será, certamente, mais compreensivo e abrangente, evitando prejuízos para todos.

Por isso, é hora de se repensar o processo civil, reler o princípio do contraditório, elevando-o ao patamar de direito fundamental como forma de ampla participação dos sujeitos processuais, estudando possibilidades de permitir a flexibilização da demanda e impedindo a prolação de decisões surpresa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo - REPRO 71**. São Paulo, Julho/Setembro de 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.) **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo - REPRO 137**. São Paulo, Julho de 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: _____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Apêndice.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. In LACERDA, Galeno (dir). **Revista Processo e Constituição – nº 1**. Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Dezembro de 2004.

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo - REPRO 74**. São Paulo, Abril/Junho de 1994.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 122. Volume I.

BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. **Revista de Processo - REPRO 27**. São Paulo, Julho-Setembro de 1982.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: _____; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. São Paulo: RT, 2002. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial nº 23121/GO, Estado de Goiás e Associação dos Procuradores do Estado de Goiás.

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 06 out. 1993. Disponível em www.stj.gov.br . Acesso em: 19.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento da Medida Cautelar na ADIN, nº 221. Procurador-Geral da República e Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. 29 mar. 1990, disponível em www.stf.gov.br . Acesso em: 19.11.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Agravo de Instrumento em Agravo Regimental 648.760-3/SP Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJU 30.11.2007, disponível em www.stf.gov.br. Acesso em: 30.12.2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 196/2005-037-05-40.9. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. DJU 20.06.2008, disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 19.07.2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Julgamento do Recurso de Revista nº 199/2000-204-01-00.0. Relator: Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. DJU 25.04.2008, disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 19.07.2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Julgamento do Recurso de Revista nº 543/2000-001-17-00.9. Relator: Ministro Gelson de Azevedo. DJU 16.02.2007, disponível em www.tst.gov.br. Acesso em: 19.10.2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo - REPRO 113**. São Paulo, Janeiro/Fevereiro de 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento: Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, ALVIM. Eduardo Pellegrini de Arruda, NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. Sentenças concessivas de mandado de segurança em matéria tributária e efeitos patrimoniais: estudo de um caso. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos ... et tal (Coord.). **Execução civil**: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A eficiência do controle da imposição tributária: a tutela judicial efetiva em matéria tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Julho-Agosto de 2006.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ªed. revista. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CASTRO FILHO, José Olímpio. **O abuso do direito no processo civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CASTRO, Cláudio Henrique de. Breves anotações sobre o direito ao contraditório. **Revista de Processo – REPRO 85**. São Paulo, Janeiro/Março de 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bokseller, 1998. Vol. I. Volume I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil (ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais), in AMARAL, Guilherme Rizzo, CARPENA, Márcio Louzada. **Visões Críticas do Processo Civil Brasileiro**: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Contraddittorio. Verbete in: **Digesto delle Discipline Privatistiche** (sexione civile). Volume IV. 1989.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Dicembre de 1994. p. 1086.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Declaração dos Direitos Humanos. http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php . *Nações Unidas no Brasil*. Acesso em: 05/01/2007.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo - REPRO 127**. São Paulo, Setembro de 2005.

DIMOULINS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000. Volume I.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. Volume I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo - REPRO 81**. São Paulo, Janeiro/Março de 1996.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. VIII ed. Padova: CEDAM, 1996.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Embargos de declaração: soluções sistêmicas para as lacunas na lei. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 10.

GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na Busca da Verdade Real. *in* **Revista Dialética de Direito Processual nº 06**. Dialética: São Paulo, Setembro de 2006.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. O dever de cooperação dos juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil). *In* **Revista da Esmape**, volume V. Recife, Jan/Jun 2000.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual 24**. São Paulo, Março/2005.

GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais. **Revista de Processo – REPRO 87**. São Paulo, julho-setembro de 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Judiciário e conflitos sociais (na perspectiva da pós-modernidade). **Revista de Processo – REPRO 70**. São Paulo, abril-junho de 1993.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “formula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista de Processo – REPRO 141**. São Paulo, novembro de 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HABERMAS, Jürgens. Três modelos normativos de democracia. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, 1995, volume nº 36.

HERKENHOFF, João Batista. O preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos e o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil. *in* **Direitos Humanos**: uma idéia, muitas vozes. Capítulo 13 retirado do site <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/herkenhoff/livro3/c13.html>, acesso em 19.11.2006.

HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – 55**. São Paulo, Abril/Junho de 2006.

HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica processual e tutela jurisdicional**: a instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

ICHIHARA, Yoshiaki. Aplicação do princípio da lealdade processual na Justiça do Trabalho. **Revista de Processo - REPRO 14/15**, abril/setembro 1979.

JORGE, Flávio Cheim. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. **Revista de Processo - REPRO 114**. São Paulo. Março/Abril de 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A Responsabilidade Civil do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo - REPRO 16**. São Paulo, outubro/dezembro de 1979.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. 1 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? **Revista de Processo - REPRO 17**. São Paulo, Janeiro/Março de 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Volume 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a Jurisdição voluntária**. 1ª ed. revista, atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium Editora, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Eletrônica Virtual**, Brasília, julho de 2000, volume 2, nº 14. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm . Acesso em: 19.11.2006.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos Del procedimiento civil**. Traducción del inglés y notas por La Dra. Catalina Gossmann. Buenos Aires: Ediar S.A. Editores, [1945?] ano provável.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo. In: _____. **Temas de Direito Processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo - REPRO 35**. São Paulo, Julho/Setembro de 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution Brésilienne*. In: _____. **Temas de Direito Processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo – REPRO 35**. São Paulo, Setembro de 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: _____. **Temas de Direito Processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE. **LEGIFRANCE**.
<http://www.droit.org/code/CPROCIV0-16.html> . Acesso em 10.01.2008.

Nuovo Codice di Procedura Civile. **Studio Cataldi**.
<http://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/librosecondo.asp> . Acesso em 10.01.2008.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O direito à razoável duração do processo à luz dos direitos humanos e sua aplicação no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

OST, François. Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez. **DOXA**, n. 14, 1993.

(http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em 7 de julho de 2006).

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Pode o juiz considerar na sentença matéria de direito ou fato não alegada pelas partes sem observar o contraditório substancial? **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, nº 206. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1650>. Acesso em: 30 jul. 2007.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista di diritto processuale n. 3**. CEDAM, Anno LIII, luglio/Settembre 1998.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)**. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: _____. (coord.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RICCI, Edoardo F. O princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim

(Coord.). **Processo e Constituição**: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Volume 1.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RUY BARBOSA. **Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

SALAMANCHA, Consuelo. Bilateralidade da ação: respeito ao contraditório visando a função social do processo. **Revista de Processo - REPRO 73**. São Paulo, Janeiro/Março de 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARTÓRIO, Élvio Ferreira. **Tutela Preventiva (inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao Judiciário e do contraditório. In: ALVARO, Carlos Alberto Álvaro de (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Processo civil contemporâneo: elementos para um novo paradigma processual. In: ALVARO, Carlos Alberto Álvaro de (org.).

Elementos para uma nova teoria geral do processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. O Provimento Jurisdicional e a Garantia do Contraditório. In PORTO, Sérgio Gilberto (org.). **As garantias do cidadão no processo civil:** relações entre Constituição e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A grande função do processo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro.** Belo Horizonte, ano 15, n. 59, julho/setembro de 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Abuso dos direitos processuais.** Forense: Rio de Janeiro, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios Gerais do direito processual civil. **Revista de Processo - REPRO 23.** São Paulo, Julho/Setembro de 1981.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A *causa petendi* no novo CPC Português. **Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas).** In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. O acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional.** São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: relações entre Processo e Constituição. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil:** primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

Zivilprozessordnung. **dejure.org.** <http://dejure.org/gesetze/ZPO/139.html> . Acesso em [10.01.2008](#).