

# **Princípios e garantias fundamentais do processo civil: comentários ao projeto de Novo Código de Processo Civil\***

## *Fundamental principles and guarantees applicable to the civil procedure: notes on the bill introducing a new CODE of Civil Procedure in Brazil*

Thiago Magalhães Pires<sup>1</sup>

### **Resumo**

Este artigo comenta os princípios e garantias fundamentais processuais, com ênfase no modo como foram incorporados pelo projeto de Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Processo civil. Acesso à justiça. Devido processo legal.

### **Abstract**

This paper comments on the fundamental principles and guarantees applicable to the civil procedure, focusing on how they have been developed by the bill establishing a New Code of Civil Procedure, currently under congressional scrutiny.

**Keywords:** Fundamental rights. Civil procedure. Access to justice. Due process of law.

---

\* Artigo recebido em fevereiro de 2014.  
Aceito para publicação em abril de 2014.

## 1 Introdução

No fim de 2009, o Presidente do Senado Federal nomeou uma comissão de juristas com o objetivo de elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. Subjacente à proposta, estava a avaliação, compartilhada por muitos setores da sociedade brasileira, segundo a qual o atual Código, editado em 1973, não se alinhava às exigências populares por uma justiça mais célere e – por que não dizer – simples. Sem dúvida, diversos avanços nessa matéria já foram contabilizados, seja com a edição de leis extravagantes – como o CDC e a Lei dos Juizados Especiais –, seja com reformas realizadas no próprio CPC. Nada obstante, a convivência dos novos institutos com os antigos gerou novas perplexidades teóricas e práticas, além de tornar menos coeso o sistema processual. Mais importante que isso, aponta-se que os progressos obtidos em matéria de presteza e rapidez foram consideravelmente tímidos, ao menos nas causas regidas diretamente pelo CPC. As razões para tanto são muitas e certamente não se restringem ao plano legislativo: a mentalidade antiquada, burocrática e tecnicista de muitos dos participantes do processo se alia à precariedade das instalações e ao anacronismo de determinados institutos. E o resultado é um só: o processo é lento, complexo e muitas vezes, ineficaz, bem distante de seus escopos fundamentais. Ademais, e sem prejuízo de suas muitas qualidades, o Código de 1973, elaborado em plena ditadura, ainda se ressentia de um relativo afastamento das virtudes democráticas e garantistas da Constituição de 1988.

A importância do tema é evidente. A imperatividade do direito material depende da jurisdição para ser garantida; por sua vez, a jurisdição depende do processo para se legitimar, pois é ele que garante a resolução imparcial das controvérsias, com a participação dos interessados em igualdade de condições, bem como o próprio controle social sobre a atividade dos juízes. Não à toa, a Constituição de 1988 inovou na tradição brasileira ao dedicar diversos dispositivos ao processo civil, dentre os quais muitos direitos fundamentais<sup>2</sup>. Ao tomar para si a tarefa de resolver os litígios entre as pessoas, o Estado não se compromete apenas a fazê-lo, mas sim a fazê-lo

de forma *efetiva e justa*, assegurando na maior amplitude possível a tutela dos direitos materiais, tal como determinados por *fair trial* (devido processo legal).

Tudo isso foi levado em consideração pela comissão de juristas, que em meados de 2010 apresentou ao Presidente do Senado um anteprojeto muito esperado pela comunidade jurídica. Moderno e arrojado, o texto procurou combinar as virtudes do atual CPC com ferramentas modernas e flexíveis, na tentativa de transformar o processo civil em um instrumento mais célere de tutela dos direitos. Todo o debate da comissão foi marcado por uma grande abertura à sociedade e à academia, que prosseguiu durante a apreciação do projeto no Senado Federal. Ao fim de uma rápida tramitação, o texto elaborado pelos juristas foi aprovado, com algumas alterações, pelos Senadores e seguiu para a Câmara dos Deputados, onde ainda aguarda apreciação.

Uma das principais inovações do projeto de novo CPC<sup>3</sup> foi a inserção de uma Parte Geral – que não há no Código de 1973<sup>4</sup> –, dedicada a definir elementos comuns ao sistema processual como um todo (*e.g.*, regras de competência, deveres dos participantes do processo) e a fazer uma interlocução direta com a Constituição Federal. Nesse sentido, a comissão de juristas, acompanhada pelo próprio Senado, decidiu abrir o Código com a enunciação de diversos princípios constitucionais que incidem diretamente sobre o processo civil (*e.g.*, acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, publicidade). A medida tem o explícito propósito de introduzir na própria legislação ordinária as noções fundamentais de *efetividade*, *instrumentalidade* e *celeridade* do processo, bem como de *processo justo*, que há muito vem sendo desenvolvidas pela doutrina. Nessa linha, confira-se a manifestação de Humberto Theodoro Júnior:

3 Doravante, por facilidade: NCPC.

4 Como explicou a comissão de juristas, fazendo referência à orientação de Egas Moniz de Aragão, “a ausência de uma parte geral, no Código de 1973, ao em que promulgado, era compatível com a ausência de sistematização, no plano doutrinário, de uma teoria geral do processo. [...] O profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileira justifica, nesta oportunidade, a sistematização da teoria geral do processo, no novo CPC” BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas. Exposição de Motivos. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011. p. 253. nota nº 33.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39. (Quinta Série).

Em vez de ampliar sempre mais o detalhamento das medidas procedimentais, penso que virtude de um novo código de processo deva residir na valorização dos princípios fundamentais, numa parte geral da codificação e na singeleza e clareza com que os procedimentos serão disciplinados, sempre atentos ao compromisso com a verdade real, com a justiça dos provimentos, com o contraditório e ampla defesa, com a duração razoável do processo, com a superação de todos os riscos justificadores de tutelas diferenciadas e de urgência, com os poderes do juiz para reprimir a litigância de má-fé, e, enfim, realizar a verdadeira efetividade do *processo justo*<sup>5</sup>.

É exatamente a essa Parte Geral, mais especificamente ao seu Capítulo I, que se dedicará o presente estudo. Nesse sentido, serão comentados os doze primeiros dispositivos do NCPC, fundamentalmente a partir de sua interlocução com os enunciados constitucionais pertinentes, conforme compreendidos pela doutrina e pela jurisprudência. A fim de ressaltar a sistematicidade do Novo Código, serão feitas referências pontuais aos dispositivos do NCPC que, relacionados aos artigos comentados, pareçam concretizar ou especificar os princípios e as regras do Capítulo I. Contudo, como a principal preocupação do mencionado Capítulo é incorporar ao plano legislativo certos valores e normas constitucionais, antes de passar ao objeto central do estudo parece conveniente tecer breves considerações sobre o fenômeno da *constitucionalização do direito processual* – que explica e justifica a própria inserção dos princípios e garantias no NCPC –, bem como descrever, em linhas gerais, o processo legislativo que conduziu até a redação atual do NCPC. Esses dois pontos serão abordados nos tópicos que se seguem.

## 2 A constitucionalização do direito processual: do “adjetivo substantivado” ao processo civil de resultados

Durante muito tempo, a Constituição e o processo pareciam pertencer a universos distintos e distantes<sup>6</sup>. Salvo por algumas regras – como aquelas que definem competências –, a Carta Federal e, especialmente, os direitos

fundamentais, pouco repercutiam sobre o mundo jurídico, em que o processo tinha um espaço destacado. A especial abertura das disposições constitucionais, aliada ao seu conteúdo mais claramente político e à estrutura peculiar de muitas delas<sup>7</sup>, fazia com que fossem compreendidas como corpos estranhos no campo dos litígios concretos, insuscetíveis de aplicação direta e imediata. Nesse tempo, o código era a obra legislativa por excelência, alfa e ômega dos sistemas normativos que compunham os ramos do Direito. A lei era o fundamento e o limite de todas as prerrogativas e competências; não havia pretensão possível contra o legislador.

No plano teórico, a Ciência Jurídica havia sido profundamente influenciada por escolas como a jurisprudência dos conceitos<sup>8</sup> e o positivismo normativista<sup>9</sup>. Como resultado, o Direito Processual – como o Direito em geral – acabou se fechando ao mundo exterior, em busca de autonomia científica e de assepsia conceitual. Essa relativa clausura teve seus méritos, sendo decisiva para o fortalecimento das bases dogmáticas do Direito Processual, que abandonou seu *sincretismo* inicial – seu

7 Sobre as peculiaridades das normas constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 107-112.

8 *A jurisprudência dos conceitos* pretendia organizar o sistema jurídico como uma “pirâmide de conceitos”, construído segundo a lógica formal. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 19.

9 O positivismo normativista teve como principal objetivo garantir um *status* científico ao Direito, o que se procurou obter com a separação entre direito e moral, identificando *direito* com *direito positivo*. Sobre o tema, são referências obrigatórias as obras *Teoria pura do Direito*, de Hans Kelsen, e *O conceito de direito*, de H. L. A. Hart. Mas vale destacar que o positivismo normativista não se confunde com o formalismo próprio da Escola da Exegese, que via na interpretação jurídica uma tarefa mecânica e passiva. O normativismo de Kelsen e Hart era muito mais refinado, na medida em que reconhecia o papel do aplicador na criação do direito. Para Kelsen, a interpretação resultaria na determinação de uma moldura, dentro da qual todas as soluções seriam conformes ao direito. Desse modo, “a produção do ato jurídico dentro da moldura [seria] livre” e se traduziria em ato de vontade do aplicador. Consequentemente, a escolha de qualquer das possíveis soluções internas à moldura seria infensa a um controle quanto à sua validade. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 390. Por sua vez, Hart partia da ideia de textura aberta do direito: a abertura da linguagem conferia ao juiz discricionariedade para decidir os casos difíceis. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 148-149.

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, p. 22, set. 2010.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39. (Quinta Série).

caráter “adjetivo” – para construir seus próprios institutos e princípios e, com isso, ingressar em uma fase *autonomista*. Mas faltava substância: acabou-se firmando uma concepção autorreferente e formalista de processo, que passou a ser um fim em si mesmo, completamente descolado, tanto da realidade social<sup>10</sup>, quanto do próprio direito material<sup>11</sup>. Uma experiência quase esotérica, incompreensível para os não-iniciados<sup>12</sup>.

Essa situação começou a se alterar em meados do século XX, quando teve início a ascensão normativa e axiológica da Constituição e quando o Direito Processual reencontrou seu substrato ético e seu lugar como instrumento de realização da ordem jurídica. Pela óptica do Direito Constitucional, essa transformação do processo foi uma manifestação do fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito*: a Carta da República ocupou o centro do ordenamento jurídico, de modo que seus valores e suas normas passaram a se irradiar por todo o sistema, funcionando não apenas como fundamento de validade, mas também como critério interpretativo e elemento de integração do direito ordinário<sup>13-14</sup>. Contribuíram para tanto a hierarquia formal do texto constitucional e, especialmente, o reconhecimento de sua supre-

macia axiológica: no constitucionalismo contemporâneo, as Cartas passaram a ser repositórios de valores substantivos<sup>15</sup>, tornando-se instâncias de reflexão sobre o próprio direito<sup>16</sup>. Com isso, os institutos da legislação ordinária ganharam uma nova roupagem, tornando-se meios para a concretização dos fins e dos valores superiores albergados pela Constituição.

Já no plano específico do Direito Processual, teve início a fase *instrumentalista* do processo, ainda em desenvolvimento. A marca dessa nova era foi um deslocamento da atenção dos juristas que, sem descurar da técnica processual, começaram a se preocupar também com a necessidade de viabilizar, na prática, a tutela efetiva dos direitos materiais em jogo, com a plena e adequada satisfação dos interessados. Para isso, não se descartaram os avanços promovidos durante a fase autonomista, que foram complementados e relidos à luz de outras considerações, mais substantivas, tomadas a partir de um “ângulo externo”: aquele dos resultados práticos do processo<sup>17</sup>. É o *direito processual de resultados*, que se move em torno de três conceitos fundamentais: efetividade, instrumentalidade e celeridade. O processo, até então mantido à sombra dos seus próprios institutos, ganhou um conteúdo próprio, deixando de ser a medida e o limite da efetividade do direito material para, em vez disso, ser chamado a se estender e a se adaptar a todos os espaços e situações em que houvesse um direito a ser tutelado. Por isso, esse período viu florescer a ideia de *universalização da jurisdição*<sup>18</sup>.

Dessa renovada união entre processo e Consti-

10 CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 10.

11 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 44-45.

12 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 348, nov./dez. 2001, que fala em um processo elitizado, “porque caro, distante, misterioso, desconhecido, verdadeira arma na qual os mais ricos, preparados e com melhores advogados obtêm os resultados mais positivos”.

13 Nesse sentido, sobre a constitucionalização do direito, em geral, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, abr./jun. 2005; sobre a constitucionalização do direito processual, em particular, v. ALVES, Maristela da Silva. Processo e Constituição. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 27, n. 85, t. 1, mar. 2002.

14 A constitucionalização do processo tem duas grandes dimensões: (i) a recepção, pelo texto constitucional, de institutos oriundos do direito processual ordinário; e (ii) a interpretação do direito processual à luz das disposições constitucionais. Nesse sentido, v. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 868.

15 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, p. 97, abr. 2002.

16 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 9; FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 18.

17 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 116. v. 1. “Universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não-jurisdicionalizáveis. Que o universo das situações litigiosas aflitivas dos membros da população possa, na maior medida aconselhada pela visão realista e racional do contexto, ser canalizado ao processo para a efetividade das promessas de tutela jurisdicional solenemente celebradas na Constituição”.

tuição<sup>19</sup>, colheram-se frutos importantes para ambas as partes: se o processo encontrou um novo lugar de destaque com a reaproximação do direito com a moral, a Constituição também passou a ter no processo um instrumento essencial para sua própria efetividade<sup>20</sup>. Isso se aplica especialmente aos direitos fundamentais, os quais “são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento [...], mas, simultaneamente, também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”<sup>21</sup>. Há, assim, uma relação de mão-dupla, em que, à *tutela constitucional do processo* – a constitucionalização do direito processual – corresponde à *tutela da Constituição pelo processo*<sup>22</sup>. Não pode haver normatividade sem algum grau de sindicabilidade; se a Carta fosse desprovida dos mecanismos que garantem a observância de seus preceitos, ela regrediria à condição

de mero conselho ou aspiração, perdendo a imperatividade que, com tanto custo, conseguiu conquistar<sup>23</sup>. E um desses instrumentos é justamente o processo.

Não é o caso de aprofundar todas as consequências dessa maior imbricação entre o Direito Constitucional e o Direito Processual. Importa mencionar apenas que ela ressaltou a existência de um *substrato ético* no processo: não se tratava mais de um mero procedimento, mas de uma forma de resolução de controvérsias que pretende ser *justa em si mesma*. Ao trazer para si o poder de decidir coercitivamente as controvérsias, o Estado procura impor a racionalidade onde, de outro modo, imperaria a violência ou a vingança privada. Contudo, como a jurisdição é uma expressão de poder, ela compartilha com as demais relações de Direito Público a tensão fundamental que opõe a liberdade à autoridade, sendo certo que os magistrados não são imunes ao vício e ao erro, e o arbítrio não se torna ou menos reprovável apenas por partir do Judiciário<sup>24</sup>. Para evitar que também a jurisdição recaia no abuso e na tirania, exige-se a observância de determinados valores essenciais que legitimem o exercício da atividade jurisdicional, limitando (negativamente) a expansão autoritária do poder e direcionando (positivamente) a atividade estatal à concretização de seus fins maiores<sup>25</sup>. Na medida em que se reconhece que esses valores essenciais encontram-se tutelados pela Constituição, que os converteu em comandos jurídicos, o Direito Constitucional passa a ser a principal fonte de um Direito Processual ético e humanitário.

Como resultado, o processo saiu de seu confina-

19 A relação entre a Constituição e o processo não é nova, na medida em que há muito se reconhece que a atividade do Estado, em geral, se realiza pela via procedimental (processo legislativo, administrativo e jurisdicional). É o que aponta CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 854, para quem: “O que há, porém, de especificamente novo, na moderna teoria do procedimento, é a acentuação da imprescindibilidade no direito constitucional e na teoria da Constituição de uma adequada dimensão procedimental. Em primeiro lugar, porque a dinamização de um programa normativo-constitucional – a sua ‘entrada no tempo’ – implica a transformação da lei constitucional em *law in public action*, isto é, o processo de realização das normas constitucionais aponta para a necessidade de se ‘trazer para a rua’ (Häberle) a própria constituição. [...] Em segundo lugar, a democratização do exercício do poder através da *participação* pressupõe que essa participação se traduza, mediante a sua canalização através de ‘procedimentos justos’, numa influência qualitativa no resultado das decisões. Daqui deriva, em terceiro lugar, que a participação através do procedimento, além de ser um *meio de comunicação* ascendente e descendente entre governantes e cidadãos, é, igualmente, uma *compensação* e uma *garantia* dos particulares e das comunidades [...] perante as tarefas crescentes de conformação política e econômica levadas a efeito por uma burocracia e tecnocracia estaduais sem qualquer transparência democrática [...]”.

20 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, p. 10, nov./dez. 2009.

21 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 881.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 193-195.

23 Nesse sentido, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 35.

24 A luta do homem contra a opressão se trava em todo e qualquer cenário em que haja expressão de poder, pois – como dizia Montesquieu – “corresponde à experiência eterna que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *De l'esprit des lois*. In *Œuvres de Montesquieu*. Paris: A. Belin, 1817. p. 128. t.1. Em outra passagem memorável, sentenciou Lord Acton: “O poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente” apud ROSAS, Roberto. Devido processo legal e abuso de poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 485.

25 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 116. v. 1. p. 198-199.

mento tecnicista à “sequência de atos encadeados” para assumir o posto de verdadeira *garantia fundamental*, voltada à tutela da paz social e ao primado da juridicidade e dos direitos fundamentais<sup>26</sup>. Se o exercício da jurisdição é coercitivo e realizado por agentes não-eleitos, ele somente se legitima pelo processo<sup>27</sup>. Justamente por isso, quando se fala em *processo*, não se quer designar *qualquer* processo, mas apenas um processo *justo*<sup>28</sup>, um *devido processo legal*, que ultrapasse a exigência da legalidade para alcançar também componentes éticos mínimos<sup>29</sup>, que incluem, dentre outras, as garantias: (i) do acesso à justiça; (ii) da

imparcialidade do juiz; (iii) do contraditório e da ampla defesa; (iv) da publicidade e da motivação<sup>30</sup>. Em outras palavras, o processo deixa de ser um fim em si mesmo – o “adjetivo substantivado”<sup>31</sup> – para tornar-se um *meio* para a realização dos valores constitucionais<sup>32</sup>.

Antes de concluir o ponto, é interessante observar que, ao invés do que poderia parecer à primeira vista, falar no processo como *meio* ou *instrumento* não diminui a importância do Direito Processual ou de suas reflexões, nem o torna uma disciplina secundária ou desprovida de apelo próprio. Ao contrário, e como visto, a reaproximação entre a Constituição e o processo parece ter dado nova vida a ambos, contribuindo para a efetividade da Carta e para um processo judicial mais robusto e justo, muito diferente do antigo “direito adjetivo”. É diante desse pano de fundo teórico que se devem examinar os esforços contemporâneos para reformar a legislação processual no Brasil.

### 3 O projeto de um Novo Código de Processo Civil

Nada do que se disse até aqui é controvertido, sendo antes compartilhado por toda a doutrina, processualista e constitucionalista e, em alguma medida, pela jurisprudência. Apesar disso, observa-se certa frustração com o direito processual positivo, muito criticado principalmente pela complexidade do sistema recursal e pela lentidão que imprimiria ao processo. Não parece razoável

26 Em sentido semelhante, v. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, p. 10, nov./dez. 2009. p. 13-14: “o processo justo, em que se transformou o antigo *devido processo legal*, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade”.

27 O processo não justifica apenas o exercício da jurisdição. Basta observar que o desempenho de atribuições político-partidárias somente ocorre validamente após um *processo eleitoral*, em que se permita a justa participação de todos na legitimação, pelo consentimento, do exercício de poder por certas autoridades. Além disso, a função *legislativa* exige a satisfação de uma série de requisitos de índole deliberativa, reunidos no *processo legislativo*. Os processos eleitoral e legislativo – assim como o judicial – são concretizações dos direitos fundamentais de liberdade e de participação, exigidos para aproximar ao máximo da realidade a promessa de um regime democrático. O mesmo se aplica ao âmbito *administrativo* e *governativo*, gerando o fenômeno conhecido como *processualização da atividade administrativa* BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 221). Dessa forma, as normas sobre procedimento são, em si mesmas, prestações positivas (normativas) obrigatoriamente impostas ao Estado (direitos fundamentais a organização e procedimento), orientadas à satisfação de direitos fundamentais. Sobre o tema, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 470; e SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 885.

28 A referência ao *processo justo* vem sendo cada vez mais comum na doutrina processualista. Nessa linha, COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, jul./ago. 2004; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, nov./dez. 2009.

29 COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, jul./ago. 2004. p. 128-129.

30 De forma mais completa, enumerando e desenvolvendo os diversos elementos que compõem a garantia do *due process of law* em sentido processual, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 40. Na mesma linha, v. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, p. 8, nov./dez. 2009.

31 A *substantivação* corresponde ao uso como substantivo de um termo que seria classificado gramaticalmente em outra categoria (verbo – “o andar”, adjetivo – “o difícil”, advérbio – “um não” etc.). Assim, o adjetivo substantivado é aquele que não exerce as funções próprias de um adjetivo – adjunto adnominal e predicativo – inserindo-se em um espaço que caberia a um substantivo (e.g., o núcleo do sujeito de uma oração – “o sim veio rapidamente”). DUBOIS, Jean et al. *Dicionário de lingüística*. 8. ed. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 569.

32 Levando o ponto mais além, afirma OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, n. 87, t. 1, p. 38, set. 2002.

cobrar do legislador, com juros e correção monetária, a conta por todo esse desgasto. Como mencionado, ao longo do tempo, diversas reformas foram levadas a efeito – a maior parte com inspiração ou direta participação de renomados estudiosos da área –, a fim de simplificar e acelerar o processo, racionalizando a atividade jurisdicional e dotando juízes e tribunais de ferramentas mais arrojadas para lidar com as mais variadas demandas<sup>33</sup>.

Ainda assim, porém, não parece ter sido suficiente. Apesar de não ter sequer chegado à meia-idade, com seus 38 anos recém-completados, o atual Código de Processo Civil sofre com o peso das inúmeras intervenções por que passou, que diminuíram a coesão de suas disposições e acrescentaram novas dúvidas à enorme quantidade de questões que já atormentavam acadêmicos, partes e profissionais da área jurídica. Institutos modernos, como a repercussão geral, a decisão de recursos repetitivos e a admissão de *amici curiae*, convivem com figuras claramente anacrônicas como os (muito criticados<sup>34</sup>) embargos infringentes e com uma grande quantidade de ritos, incidentes e recursos diferentes.

O problema está longe de ser exclusivo do processo civil ou mesmo do processo em geral – também o processo penal e até o direito eleitoral têm pedido mudanças. Por isso, o Presidente do Senado Federal, José Sarney, constituiu comissões de juristas com o objetivo de formularem anteprojetos de novos códigos para cada uma dessas áreas<sup>35</sup>. No caso do Direito Processual Civil, a comissão nomeada foi presidida pelo Professor e Minis-

tro Luiz Fux, e composta por Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, e Teresa Arruda Alvim Wambier (relatora-geral)<sup>36</sup>.

Em meses de trabalhos e estudos, a comissão se reuniu com representantes de diversas áreas e categorias, tendo recebido inúmeras sugestões, propostas e críticas. O resultado desse esforço foi apresentado em 08/06/2010 ao Senador José Sarney, na forma de um anteprojeto que, acolhido pelo Presidente da Casa, transformou-se em um projeto de lei (PLS nº 166/2010). O fim de contribuir para um processo mais justo e mais célere<sup>37</sup> ressoa já nas primeiras manifestações da comissão de juristas que desenvolveu o texto. Ao submeter o anteprojeto ao Presidente do Senado, o Min. Luiz Fux resumiu o ponto em belas palavras:

William Shakespeare, dramaturgo inglês, legou-nos a lição de que o tempo é muito lento para os que esperam e muito rápido para os que têm medo.

[...] aqui e alhures não se calam as vozes contra a morosidade da justiça. O vaticínio tornou-se imediato: “justiça retardada é justiça denegada” e com esse estigma arrastou-se o Poder Judiciário, conduzindo o seu desprestígio a índices alarmantes de insatisfação aos olhos do povo.

**Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.**

Como vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito?

33 Falando em uma “Era das Reformas” e identificando uma série de alterações empreendidas no Código de 1973, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, set. 2010. p. 13-14.

34 Há, no entanto, quem os defenda. V., e.g., SOUSA, José Augusto Garcia de. Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 106, n. 410, jul./ago. 2010, que considera que os embargos potencializam a argumentação e o debate no processo.

35 Confirmam-se: em matéria eleitoral, o Ato do Presidente/Senado Federal nº 192/2010; em matéria processual penal, o Ato do Presidente/Senado Federal nº 11/2008; e em matéria processual civil, o Ato do Presidente/Senado Federal nº 379/2009. Nem mesmo o CDC, relativamente recente, passou imune à onda de reformas – o Ato do Presidente/Senado Federal nº 308/2010 constituiu comissão para aperfeiçoar o Código no que se refere ao crédito e ao superendividamento dos consumidores.

36 V. Atos do Presidente/Senado Federal nºs 379 e 411/2009.

37 Afirmou o Senador José Sarney: “A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal” SARNEY, José. *Apresentação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente?

[...] O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial.

Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos.

**Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juizes, e em nome de nossa gente é exercido.**

[...] No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, usando sem medo [...].

Em suma: a sociedade brasileira falou e foi ouvida.

O desvanecimento que hoje nos invade é o de que sonhamos junto com a nação brasileira, ousamos por amor ao futuro de nosso país e laboramos com empenho, alegrias e sofrimentos, numa luta incansável em prol da nossa pátria.

Era mesmo a hora de mudar: os novos tempos reclamam um novo processo, como proclamava Cesare Vivante: *Altro tempo, Altro Diritto*.

**O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.**

Missão cumprida, Senhor Presidente<sup>38</sup>.

Na exposição de motivos que acompanhou o anteprojeto, a comissão de juristas ressaltou os cinco principais objetivos que orientaram a elaboração do texto, todos claramente afinados com o ideal de um processo

justo, instrumental, efetivo e célere, iluminado pelos valores constitucionais. São eles:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- e 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão<sup>39</sup>.

Para apreciar o projeto, o Senado constituiu comissão temporária especial, presidida pelo Senador Demóstenes Torres. Foram designados: Relator-Geral, o Senador Valter Pereira, e Relatores Parciais, os Senadores Antonio Carlos Júnior (processo eletrônico), Romeu Tuma/Valter Pereira<sup>40</sup> (Parte Geral), Marconi Perillo (processo de conhecimento), Almeida Lima/Valter Pereira<sup>41</sup> (procedimentos especiais), Antonio Carlos Valadares (cumprimento das sentenças e execução) e Acir Gurgacz (recursos). Para auxiliar seus trabalhos, a comissão especial ainda contou com o amparo especializado de Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo. Foram ouvidas diversas autoridades e interessados, e consideradas muitas sugestões, a ponto de o Senador Valter Pereira consignar, em seu relatório-geral:

Jamais na história um projeto de Código passou por tamanha consulta popular. Nunca um Código foi construído de maneira tão aberta. Do cidadão mais simples ao mais prestigiado e culto jurista, todos puderam opinar. Quem quis falar foi ouvido, e, o que é principal, a ponderação de todos – na medida do possível – foi efetivamente considerada. Foram comissões e mais comissões em todas as regiões do país, de todos os segmentos, que estudaram o projeto e nos remeteram sugestões.

38 FUX, Luiz. *Apresentação do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil ao Presidente do Senado*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011 (grifo nosso).

39 BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas. *Exposição de Motivos. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011. p. 237.

40 O Senador Valter Pereira também funcionou como Relator Parcial responsável pelos procedimentos especiais, em função de compromissos que impediram o Senador Almeida Lima de preparar seu relatório.

41 O Senador Romeu Tuma faleceu durante a tramitação do projeto. A relatoria parcial que lhe cabia foi assumida, então, pelo Senador Valter Pereira.



Não poderia ser diferente! É o primeiro Código estrutural brasileiro que é integralmente construído sob o regime democrático.

Em 01/12/2010, a comissão especial concluiu a apreciação do tema, tendo aprovado o texto, juntamente com outros projetos, conexos, e algumas emendas, que acabaram consolidados em um substitutivo, autuado como Emenda nº 01 – CTCPC (Substitutiva)<sup>42</sup>. Com pequenas modificações, o substitutivo foi aprovado pelo Plenário em 15/12/2010 e remetido à Câmara dos Deputados, onde tramita como PL nº 8.046/2010.

Assim como o anteprojeto, o NCPC foi dividido em cinco Livros: Parte Geral (I), Processo de Conhecimento (II), Processo de Execução (III), Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais (IV) e Disposições Finais e Transitórias (V). A Parte Geral estabelece os princípios e regras gerais a serem observados em matéria processual civil, fazendo uma expressa conexão com a Constituição Federal e dispondo sobre questões comuns aos demais Livros, como a interpretação do direito processual, os limites da jurisdição brasileira, a definição da competência interna, os deveres das partes e de seus procuradores, além da formação, suspensão e extinção do processo.

Como adiantado, o presente estudo se dedicará ao exame do Capítulo I do Livro I – Parte Geral do Novo Código de Processo Civil – NCPC. Tendo em vista que o processo legislativo ainda não se concluiu, bem como que alguns dispositivos tiveram a redação alterada ao longo da tramitação do projeto, a exposição do tema levará em consideração não apenas o texto, tal como aprovado inicialmente pelo Senado, mas também a redação original, proposta pela comissão de juristas.

42 Em seu relatório, destacou o Relator-Geral, Senador Valter Pereira: “Quanto ao mérito, estamos certos de que, de um modo geral, o texto do projeto de Código atende às finalidades primordiais da tão desejada reforma, quais sejam: deixar expressa a adequação às novas regras da Constituição Federal da República, criando um sistema mais coeso, ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo”. BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexas*. Relator: Senador Valter Pereira. p. 139. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>>. Acesso em: 26 fev. 2011. A exposição sintética das alterações promovidas pelo substitutivo encontra-se nas p. 141 do parecer da comissão.

## 4 Comentários aos artigos 1º a 12 do Novo Código de Processo Civil

### 4.1 Supremacia e centralidade da Constituição (art. 1º)

#### Quadro 1 –

Anteprojeto	Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)

O art. 1º é a expressão legislativa da constitucionalização do processo civil, o textual reconhecimento, pelo legislador, de que a supremacia e a centralidade da Constituição se operam também sobre o direito processual – como se dá com a ordem infraconstitucional como um todo<sup>43</sup>. Justamente por isso, a referência a “valores e princípios fundamentais” não pode ser interpretada de forma restrita, como se, ressalvados os Títulos I e II da Constituição, as demais disposições constitucionais fossem privadas de eficácia irradiante sobre o processo civil – do contrário, negar-se-ia aplicação a disposições tão relevantes quanto, *e.g.*, o art. 93 da Carta, que tem inegáveis reflexos sobre o processo. O ponto é óbvio, mas vale ser ressaltado: o que o art. 1º reitera é a sujeição da ordem jurídico-processual às disposições da Lei Fundamental, como um todo, sem exceções ou recortes<sup>44</sup>.

43 Sobre o tema, confira-se o registro da comissão de juristas: “Hoje, costuma-se dizer que o processo **constitucionalizou-se**. [...] O processo há de ser examinado, estudado e compreendido à luz da Constituição e de [forma] a dar o maior rendimento possível aos seus princípios fundamentais”. BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas. *Exposição de Motivos. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011. p. 238.

44 Por essa razão, merece reparos a redação do art. 119 do NCPC, que dispõe: “O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes”. Como se percebe, o dispositivo parece supor que, na Constituição, só há princípios – ou só eles merecem ser aplicados –, e que, nas leis, só há regras. Ocorre que a distinção entre princípios e regras é estrutural, de modo que é perfeitamente possível encontrar ambas as espécies normativas,

A incidência da Constituição sobre o direito ordinário ocorre por duas vias diferentes e complementares<sup>45</sup>. Em primeiro lugar, como fundamento de validade da ordem infraconstitucional, ela serve como parâmetro de controle das disposições inferiores, tornando nulas – e, como regra, despidas de eficácia<sup>46</sup> –, as normas que a contravenham. Assim, *e.g.*, a norma processual hipotética que proibisse genericamente a concessão de tutelas de urgência seria inválida por contrariar o princípio do acesso à justiça que, como se verá (*v. infra*), procura assegurar a efetividade do processo<sup>47</sup>. Além disso, e em segundo lugar, a supremacia formal e axiológica das normas constitucionais as impõe ao intérprete como balizas para a leitura e a integração do direito ordinário. Dessa forma, sempre que o ordenamento processual não oferecer uma resposta pronta para determinada controvérsia ou admitir mais de uma solução possível para uma mesma situação concreta, deve o intérprete construir a decisão a partir das normas previstas na Constituição Federal<sup>48</sup>.

seja na lei, seja na Constituição. Em matéria processual, por exemplo, há uma regra clara na Carta quanto à gratuidade das ações de *habeas corpus* e *habeas data* (art. 5º, LXXVII).

45 Além de incidir sobre o direito ordinário, a Constituição também fundamenta diretamente determinadas pretensões. Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, abr./jun. 2005. p. 22.

46 Sem prejuízo de alguma controvérsia doutrinária, prevalece no Brasil a orientação – defendida já em 1803 pelo *Chief Justice* Marshall em *Marbury v. Madison* – de que a lei inconstitucional é nula e, por isso, não deve produzir efeitos. Nada obstante, em nome de outros valores e princípios constitucionais – em especial, da segurança jurídica e da boa-fé –, admite-se a *modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, autorizando-se que a lei nula produza alguns dos efeitos que pretendia. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 20. O ponto é objeto de disciplina por disposições legais expressas no que diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27; Lei nº 9.882/99, art. 11), mas também vem sendo admitido – com razão – no âmbito do controle incidental (*v. STF, DJ7 maio 2004, RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa*).

47 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 100.

48 Um exemplo interessante pode ser extraído da jurisprudência do STF, que afastou a interpretação mais óbvia do art. 18, I, *a*, da Lei Complementar nº 75/93, para assentar outra, afinada com os princípios do devido processo legal e da paridade de armas (isonomia). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RMS 21.884/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio: “[...] DEVIDO PROCESSO LEGAL - PARTES - MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA - PARIDADE DE ARMAS.

Uma observação final. Naturalmente, a superioridade hierárquica da Carta não depende da aquiescência do Legislativo, mas antes se opera sobre, contra e apesar da sua vontade. Ainda assim, não se cuida aqui de uma disposição legal irrelevante. Ao contrário, o artigo tem uma grande força simbólica, ao destacar a incidência dos princípios constitucionais sobre o processo civil logo na abertura do Novo Código. Ademais, funcionalizando expressamente seus dispositivos aos valores e princípios constitucionais, o Código relembra o caráter *instrumental* do processo, que não é fim em si mesmo, mas antes um meio para a efetivação de valores constitucionais, tais como a justiça e a paz social<sup>49</sup>. O ponto será aprofundado mais adiante.

#### 4.2 Inércia da jurisdição, princípio dispositivo e impulso oficial (art. 2º)

##### Quadro 2 –

Anteprojeto	Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)

Do art. 2º podem ser extraídas, ao menos, duas normas diferentes. A primeira delas é própria da função jurisdicional como um todo: a *inércia da jurisdição* (*ne procedat iudex ex officio*). Afastado o sistema inquisito-

Acusação e defesa devem estar em igualdade de condições, não sendo agasalhável, constitucionalmente, interpretação de normas reveladoras da ordem jurídica que deságue em tratamento preferencial. A ‘par condicio’ é inerente ao devido processo legal [...]. Abandono da interpretação gramatical e linear da alínea ‘a’ do inciso I do artigo 18 da Lei Complementar n. 75/93, quanto à prerrogativa do membro Ministério Público da União de sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes de órgãos judiciários. Empréstimo de sentido compatível com os contornos do devido processo legal”.

49 O tema foi destacado pela comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do NCPC, quando apontou que uma das principais linhas de trabalho envolveu “[d]eixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de **método** de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam **valores constitucionais**”. BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas Exposição de Motivos. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2011. p. 236.

rial, não há processo que se instaure por decisão de ofício do magistrado competente para julgá-lo. A inércia se desdobra diretamente no chamado *princípio dispositivo* – o objeto sobre o qual incidirá a jurisdição é delimitado pelas partes em caráter exclusivo, razão pela qual só é lícito ao juiz decidir aquilo que lhe for pedido. A relação do princípio dispositivo com a inércia da jurisdição é óbvia: o avanço judicial sobre questões a respeito das quais não se formulou pedido corresponde, em relação a elas, ao exercício *ex officio* da jurisdição. No NCPC, o princípio dispositivo vem densificado, entre outros, nos arts. 293 e 479, que cuidam, respectivamente, de requisitos da petição inicial e da regra da congruência.

A inércia da jurisdição e o princípio dispositivo são manifestações específicas de duas balizas constitucionais importantes. Em primeiro lugar, incide aqui a exigência de *imparcialidade* do julgador<sup>50</sup>, que impõe certo afastamento do juiz do conflito de interesses verificado entre as partes<sup>51</sup>. É necessário (e conveniente) que o magistrado não se “contamine” pela controvérsia antes do início do processo<sup>52</sup>. A definição das partes de uma demanda – quem é autor e quem é réu – constitui um elemento essencial da propositura da ação; se coubesse ao juiz fazê-lo, ele teria de partir do pressuposto de que A parece ter uma pretensão em face de B, que aparentemente oferece uma resistência injusta a ela. Vale dizer: ainda que em caráter provisório, o magistrado teria de formular um juízo quanto ao mérito da controvérsia antes mesmo de iniciado o processo – juízo esse suficientemente forte para que ele decidisse a própria instauração do feito –, o que lançaria pesadas sombras sobre a sua imparcialida-

de<sup>53,54</sup>. A instauração de um processo *ex officio* colocaria o juiz na posição de aliado do autor, em prejuízo de sua (necessária) condição de *tertius super partes*<sup>55</sup>.

Ocorre, porém, que a neutralidade absoluta é impossível. O juiz não vive isolado em uma realidade à parte, de onde sai apenas para decidir o litígio. E é bom e necessário que seja assim, já que a solução de um problema exige, em grande medida, a compreensão do próprio problema. Nesse sentido, a imparcialidade que se exige não é o afastamento integral do mundo, de si mesmo ou do tema em debate – o que seria inviável, além de indesejável –, mas o suficiente distanciamento em relação às partes, capaz de impedir que a amizade, o interesse ou a conveniência do magistrado sobrelevem o direito na solução da controvérsia<sup>56</sup>.

50 Liebman apud DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 287; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 49.

51 A exigência de imparcialidade dos juizes pode ser extraída, a partir de um esforço sistemático, do conjunto de enunciados composto: (i) pela garantia do juiz natural (CRFB, art. 5º, XXXVII e LIII); (ii) pela garantia do devido processo legal (CRFB, art. 5º, LIV); (iii) pelas garantias institucionais do Poder Judiciário (CRFB, arts. 96 e 99); e (iii) pelas garantias e vedações pessoais dos magistrados (CRFB, art. 95).

52 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 25.

53 O tema é especialmente delicado em âmbito criminal (v. STJ, *RSTJ* 214/483, RHC 23945/RJ, Rel.ª. Des.ª. Conv.ª. Jane Silva: “O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional”), mas não é estranho ao processo civil (v. STJ, *DJ* 15 maio 2000, EDcl no REsp 91998/SP, Rel. Min. Ari Pargendler: “Se se trata de direito disponível, e o autor requer o julgamento antecipado da lide, fica ele sujeito à limitação que impôs ao juiz, não podendo – depois de sentença desfavorável em razão da insuficiência de provas – pretender a anulação do julgado; o juiz arranharia a imparcialidade que lhe é exigida se, substituindo-se ao interessado, determinasse a realização da prova”; STJ, *DJ* 27 jun. 1994, REsp 17591/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: “O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicação do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descuidado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse”).

54 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

55 Relacionando a imparcialidade do juiz com o princípio dispositivo, e fazendo a distinção entre a determinação do conteúdo da lide – que cabe apenas às partes – e a condução formal do processo – que cabe ao juiz –, CAPPELLETI, Mauro. Problemas da reforma do processo nas sociedades contemporâneas, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 318, p. 120-121, abr./jun. 2002.

56 Sobre o tema, LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos*

Em segundo lugar, mas não menos importante, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo servem ao propósito de prestigiar a *autonomia da vontade* dos interessados<sup>57</sup>. As pessoas têm liberdade e competência para eleger seus projetos de vida e pautar sua conduta de acordo com eles, fazendo escolhas sobre assuntos de seu interesse. Não é legítimo que o Estado – inclusive o Estado-juiz – adote uma postura paternalista para, substituindo os particulares, intervir na sua vida e nas suas relações e impor o que considere adequado ou justo, por melhores que sejam suas intenções. *Se, quando e o que* pleitear são decisões que cabem exclusivamente aos interessados, como expressão de sua autonomia privada<sup>58</sup>. A mesma razão justifica, *e.g.*, as restrições à legitimação ativa – que apenas excepcionalmente se confere a outros que não os alegados titulares do direito em questão (NCPC, art. 18) –, a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* nos casos de substituição processual<sup>59</sup> e o caráter absolutamente excepcional da concessão *ex officio* de tutelas de urgência (NCPC, art. 277)<sup>60</sup>.

de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1991. p. 181.

57 O princípio dispositivo “constitui o necessário reflexo, no processo, da normal disponibilidade dos direitos subjetivos privados e da correlata autonomia dos respectivos titulares no resolver se eles devem ser ou não, em dado instante, exercitados ou defendidos” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 54. (Terceira Série)

58 É o que aponta GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 12.

59 *Ibid.*, p. 41: “A legitimação extraordinária visa a assegurar o direito de acesso à Justiça a quem, sem ela, estaria privado daquele direito, não conferindo a ninguém, sem mandato, o poder de pôr a perder um direito alheio pela propositura de ação cujo resultado seja desfavorável ao interesse do substituído. Nesse caso, apesar de toda a resistência da doutrina, a coisa julgada se formará *secundum eventum litis*, isto é, apenas *in utilibus*”. Por essa razão, deve ser criticado o NCPC, no ponto, por não trazer, no capítulo dedicado à coisa julgada (art. 489 e ss.), disposição semelhante ao art. 103 do CDC, cuja *ratio* se aplica a qualquer situação de substituição processual, e não apenas aos processos coletivos, abrangidos pelo diploma consumerista.

60 NCPC, art. 277: “Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”. Sobre o tema, confira-se o registro de um dos membros da comissão de juristas, em manifestação sobre o anteprojeto: “Se isto se justifica excepcionalmente no campo das tutelas cautelares, não se pode admitir que ocorra em relação à tutela antecipatória, cujo regime é comandado pelo princípio *ne procedat iudex ex officio*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de

Há mais que isso, porém. Como se verá mais adiante, a postulação em juízo não é apenas a atuação das opiniões privadas de seu agente, mas também uma importante manifestação da *participação social* no exercício do poder político – *i.e.*, da autonomia pública das pessoas (v. item nº III.5, *infra*). A postulação se traduz em um direito fundamental que tem como destinatário o próprio Estado: ao direito de postular corresponde o dever do Poder Público de responder aos pedidos formulados<sup>61</sup>. O Estado-juiz não pode inverter os papéis e ocupar o polo ativo da relação jurídico-processual para impor, aos verdadeiros titulares dos direitos, os termos em que se propõe a cumprir seu próprio dever. É interessante notar que, mesmo nas hipóteses excepcionais em que caiba ao Estado exercer o direito de ação em nome de outrem – como na defesa de interesses transindividuais –, ele o fará pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por suas Procuradorias, jamais por meio do próprio órgão (judicial) encarregado de decidir a questão, revelando o caráter complementar da autonomia da vontade e da imparcialidade do juiz na justificação do princípio dispositivo.

Nada obstante, a autonomia da vontade não se aplica com a mesma intensidade em todos os contextos, mesmo no âmbito do processo civil. É o que ocorre com algumas controvérsias envolvendo o Poder Público, alguns direitos coletivos *lato sensu* e os interesses de incapazes – situações em que muitas vezes se fala em “indisponibilidade de direitos”. Nessas hipóteses, a própria legislação cuida de restringir a incidência do princípio dispositivo, fundamentalmente no que diz respeito ao exercício do *direito de defesa*, impedindo, *e.g.*, a verificação de certos efeitos da revelia (NCPC, art. 332, II). Todavia, mesmo na defesa de “direitos indisponíveis”, não se autoriza – nem se poderia autorizar – que a intervenção judicial se desse *ex officio*, seja para instaurar o processo, seja para alterar ou ampliar o objeto da lide. Para isso existem as instituições públicas já mencionadas (*Parquet*, Defensoria, Procuradorias), além de pessoas privadas legalmente habilitadas a requerer a tutela judicial de “in-

Processo Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, set. 2010, p. 23).

61 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 102, que ressalta, porém, as diferenças entre o direito de petição e o direito de ação.

teresses indisponíveis” – lembre-se, aqui, do papel dos pais, tutores e curadores na defesa dos interesses de incapazes (NCPC, art. 71), e das associações e dos sindicatos na postulação relativa a direitos transindividuais (CRFB, art. 8º, III; Lei nº 7.347/85, art. 5º, V). Tudo isso torna absolutamente dispensável que o magistrado ponha em risco sua imparcialidade para substituir-se – agora não mais apenas aos próprios interessados, mas também – aos diversos órgãos e entidades legalmente habilitados para defendê-los. Além da imparcialidade do juiz, incidem aqui outras normas constitucionais, tais como a *proteção à família* (CRFB, art. 226) – e.g., no caso da representação ou da assistência dos incapazes por seus pais – e até a *separação de poderes* (CRFB, art. 2º) – em relação à Fazenda Pública, por exemplo, a responsabilidade política dos seus órgãos administrativos de cúpula lhes atribui a competência exclusiva para decidir ajuizar ou não uma demanda, ou mesmo a prosseguir nela ou não, nos limites da lei; a suposta indisponibilidade do interesse público – o que quer que seja ele – não é suficiente para alterar a conclusão exposta acima: o Estado não pode ser compelido a litigar contra a vontade de seus órgãos competentes<sup>62</sup>.

Uma vez instaurada e delimitada a lide, o princípio dispositivo cede diante da segunda norma fundamentada no art. 2º, ora comentado: o *impulso oficial*. Caso ainda se visse o processo como uma “coisa entre as partes”, um negócio privado, caberia a elas promover o contínuo movimento da máquina judiciária, a fim de ver julgado o litígio. Mas as coisas não se passam mais assim. A esse sistema – do impulso das partes – sucedeu o atual, no qual, tendo-se dado início ao processo, ele prossegue por iniciativa do próprio Estado, que tem interesse próprio na rápida solução das controvérsias<sup>63</sup>. Dessa forma, não se exige de autor e réu a insistência e a reiteração permanentes, bastando que colaborem com o desfecho célere do processo, quando lhes couber agir (CF, art. 5º, LXXVIII; NCPC, arts. 4º e 8º; 80, III, IV e V; 83, IV, VI e VII). O impulso oficial é instrumentalizado pelos poderes de direção e instrução do juiz, cedendo passo apenas

quando se cuidar do exercício de atos postulatórios ou dispositivos, que cabem às partes em caráter exclusivo<sup>64</sup>.

Remanesce às partes algum poder de influência sobre a configuração do *iter* processual, e.g., com a renúncia a prazos estabelecidos exclusivamente em seu favor (NCPC, art. 194) e a suspensão convencional do processo (NCPC, art. 288, II). Contudo, em se tratando de uma relação jurídica de direito público, o processo não está integralmente à disposição das partes. Essa relativa indisponibilidade justifica: (i) as limitações quanto à alteração dos prazos, pelas partes, ainda quando estejam de comum acordo (NCPC, arts. 189 e 190); (ii) o instituto da *preclusão*<sup>65</sup>; e (iii) a extinção do processo quando o retardamento excessivo for imputado à omissão ou à negligência das partes (NCPC, art. 472, II e III).

### 4.3 Acesso à justiça e inafastabilidade da jurisdição (art. 3º)

#### Quadro 3 –

Anteprojeto	Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)

A própria essência da liberdade civil certamente consiste no direito

de todo indivíduo a requerer a proteção das leis, sempre que sofrer um dano.

Um dos deveres primeiros do governo é prover essa proteção.

– Chief Justice Marshall<sup>66</sup>.

Em sua parte inicial, o dispositivo praticamente transcreve o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que garante o *direito fundamental de acesso à jus-*

62 Naturalmente, qualquer prejuízo ilícito que decorra da inação dos responsáveis pode (e deve) ser objeto de ressarcimento aos cofres públicos.

63 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 336.

64 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 45-46. (Quarta Série).

65 Sobre a ligação entre a preclusão e o impulso processual, v. *Ibid.*, p. 337.

66 EUA. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5. U.S. (1 Cranch) 137, 163 (1803) (tradução livre).

tiça. Decorrência direta do princípio do Estado de Direito<sup>67</sup> e parcela integrante do mínimo existencial<sup>68</sup>, o acesso à justiça pode ser considerado a maior e mais importante garantia constitucional: ela permite que as pessoas se socorram de um órgão independente e imparcial sempre que qualquer de seus direitos tenha sido lesado ou esteja ameaçado, por ato ou omissão de quem quer que seja. Isso dá nova roupagem à máxima latina de que *para cada direito há uma ação que o protege* – em tempos de instrumentalidade do processo, a expressão supera seu formalismo de origem para se converter na promessa de que todos os direitos encontram proteção judicial na ordem jurídica, pouco importando seus contornos, seus fundamentos ou seus titulares. Nesse sentido, deve ser destacada a especial amplitude do dispositivo, que alcança tanto lesões quanto ameaças a direitos, sejam esses individuais ou coletivos<sup>69</sup>.

Além de sua dimensão de garantia, o acesso à justiça corresponde a uma manifestação concreta do *direito fundamental de participação*, intimamente associado ao regime democrático. Como o direito geral de petição, constitui uma via direta por meio da qual o interessado pode formular uma demanda e ser ouvido pelo Estado. O ponto será desenvolvido mais adiante. De todo modo, pode-se adiantar que o acesso à justiça é um dos elementos participativos que legitimam o exercício de poder envolvido na jurisdição. Em um Estado democrático, não há poder que não emane do povo; em relação ao exercício da função jurisdicional, a vontade popular transpara em dois momentos: *anteriormente*, com a edição da Constituição e das leis que fundamentam os pronunciamentos judiciais e, *concomitantemente*, por meio da am-

pla participação dos interessados no debate que culmina com a sentença.

O acesso à justiça foi a bandeira de uma verdadeira “revolução copernicana” no Direito Processual, capitaneada principalmente por Mauro Cappelletti. O “movimento pelo acesso à justiça”, como ficou conhecido, foi marcado por trazer a atenção dos juristas – antes presa às leis – para os fatos, a fim de conhecer os problemas reais que impedem o efetivo acesso à justiça e buscar soluções para eles<sup>70</sup>. Com isso, nas palavras do próprio Cappelletti, o processo também se tornou arena “dessa luta por um direito efetivo e não meramente aparente”, campo em que incidem direitos sociais, de segunda geração, destinados “principalmente a fazer com que os direitos tradicionais ou ‘da primeira geração’ – entre os quais, justamente, as garantias do processo – sejam efetivos e acessíveis a todos, e não um escárnio para a parte mais débil”<sup>71</sup>. Esse movimento conduziu à chamada *universalização da jurisdição*, já mencionada acima (v. item nº I). Caracterizada por uma compreensão rica e aprofundada do acesso à justiça<sup>72</sup>, ela motivou as três *ondas renovatórias* do direito processual, relacionadas, respectivamente: (i) à garantia de assistência jurídica integral aos necessitados; (ii) à abrangência de conflitos supraindividuais até então excluídos da tutela judicial (interesses difusos e coletivos); e (iii) ao aperfeiçoamento técnico dos procedimentos, tendo em vista sua simplificação, o incremento da participação e da acessibilidade, o estímulo à conciliação, entre outros<sup>73</sup>.

Diante disso, passou-se a perceber que, embora o

67 Nesse sentido, v. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 35, 382 (*Ausländerausweisung*). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 809.

68 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 325-333. Como explica a autora, o *mínimo existencial* corresponde ao núcleo essencial do princípio da dignidade humana e, nesse sentido, congrega as parcelas que se podem exigir judicialmente, se necessário, a fim de garantir as condições materiais básicas à existência humana (*Ibid.*, pp. 223 e ss., e 277 e ss.).

69 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 40. (Quinta Série).

70 CAPPELLETTI, Mauro. *Op. Cit.*, p. 121. Não à toa, uma das principais obras dedicadas ao tema no Brasil debruçou-se justamente sobre dados extraídos de pesquisa empírica. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

71 CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 121.

72 Em uma síntese despreziosa na forma, mas ambiciosa e correta no conteúdo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que “O acesso à justiça pode 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” (*Op. cit.*, p. 12).

73 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 31. Ver também CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 45.

acesso à justiça disponha de uma importante faceta *negativa* – como direito de defesa –, ele também exige que o Estado adote uma série de condutas *positivas* – funcionando como um direito a prestações. A garantia se dobra, pelo menos, em três exigências fundamentais:

**Inafastabilidade da jurisdição:** ao monopolizar o uso legítimo da força, proibindo a autotutela (Código Penal, art. 345)<sup>74</sup>, o Estado assume, não uma faculdade, mas o *dever* de resolver as contendas entre os particulares, ou entre eles e o Poder Público, a fim de manter a paz social<sup>75</sup>. Tratando-se de uma obrigação, o Estado – legislador, administrador e juiz – não pode se eximir de prestá-lo em caso de conflito. Como resultado, não se admite nem a exclusão de certas causas da apreciação jurisdicional – à maneira do que fez, em outros tempos, o Ato Institucional nº 5/68<sup>76</sup> –, nem o *non liquet*, i.e., a escusa pura e simples de julgar<sup>77</sup>. Naturalmente, nada disso quer dizer que o acesso à justiça deva ser incondicionado ou irrestrito: a lei pode prever determinados pressupostos e condições que previnam abusos e limitem o exercício legítimo do direito de ação, desde que sejam razoáveis e proporcionais, e permitam seu saneamento em momento oportuno<sup>78</sup>. O que não se admite é a

postura arbitrária, caprichosa, desproporcional ou, simplesmente, formalista<sup>79</sup>, que imponha excessivas barreiras ao direito de acesso à justiça, ou o esvazie apenas em nome do procedimento<sup>80,81</sup>.

**Efetividade do processo**<sup>82</sup>: se o processo é um

74 Há exceções, como a defesa direta do possuidor na proteção da sua posse (Código Civil, art. 1.210, § 1º).

75 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 452.

76 Ato Institucional nº 5/1968, art. 11: “Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

77 NCPC, art. 119: “O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, cabendo-lhe, no julgamento, aplicar os princípios constitucionais, as regras legais e os princípios gerais de direito, e, se for o caso, valer-se da analogia e dos costumes”.

78 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 454. Do contrário, a garantia fundamental da ação se converteria em um instrumento de abusos e excessos, em prejuízo do réu. Sobre o ponto, GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 14-15. O tema foi bem observado, também, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que pontuou: “Quando o Art. 19 IV GG garante aos cidadãos proteção jurídica integral em face do poder público, isto não quer dizer que todos os tradicionais princípios de direito processual que dificultam, de fato ou juridicamente, o acesso aos tribunais estejam [automaticamente] revogados. A maior parte desses princípios existe para garantir a segurança jurídica e o andamento organizado da jurisdição, servindo em sentido amplo, destarte, também à proteção jurídica do cidadão. Por isso, nunca foi questionado que o Art. 19 IV GG garante a via judicial somente nos limites da respectiva ordem processual vigente, de forma que o apelo ao Judiciário pode ser submetido ao cumprimento de determinados pressupostos formais, algo como o cumprimento de determinados prazos, da devida representação processual, etc. [...]. Somente se tais normas dificultassem o acesso aos tribunais de maneira abusiva e

racionalmente não mais justificável, elas seriam incompatíveis com o Art. 19 IV GG” ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 10, 264 (*Vorschuss für Gerichtskosten*). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 802-803.

79 Nesse sentido, veja-se a síntese feita pelo Tribunal Constitucional espanhol: “hemos declarado reiteradamente que nuestro canon de enjuiciamiento es especialmente riguroso y se orienta por el principio pro actione de modo que: ‘los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, **evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos de acceso a la jurisdicción** [...] lo que, sin embargo, no puede conducir a que se prescindida de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos, en garantía de los derechos de todas las partes [...]. No en vano, ha señalado este Tribunal que el principio hermenéutico pro actione opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, de manera que, **si bien tal principio no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles, sí proscribire aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican** [...]” ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 166/2008, de 15 de diciembre. (grifo nosso).

80 Na mesma linha, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Esta disposición de la Convención [art. 8.1] consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cantos v. Argentina. Sentença de 28 nov. 2002 (Mérito, reparação e custas), § 50.

81 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 104-105, aponta que a omissão em aplicar o princípio da fungibilidade recursal, nas hipóteses em que cabível, constitui uma violação ao direito de ação.

82 Sobre o tema, é referência obrigatória MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Org.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 203-220. A efetividade e a instrumentalidade do processo são ideias

meio de efetivação do direito material, seria uma inversão de perspectiva supor que, quando não houvesse previsão expressa de forma, rito ou competência, não seria possível obter-se a tutela jurisdicional de determinado direito. Como instrumento, não cabe ao processo tolher, mas sim possibilitar a ampla concretização dos direitos materiais, oferecendo tutelas adequadas à satisfação dos interessados, com a produção dos efeitos concretos pretendidos pelo direito material<sup>83</sup>. Com efeito, se esse último deve ser efetivo, não se concebe que o instrumento de que dependa para tanto seja ele mesmo inútil ou ineficaz. Em suma, não basta abrir as portas do Judiciário aos conflitos sociais; também é necessário atribuir ao juiz todos os meios legítimos que sejam necessários para resolver as lides que lhe são apresentadas<sup>84</sup>. Isso gera, como desdobramento inelutável, um direito à execução das sentenças, “*devendo o Estado fornecer*

*todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz*”<sup>85</sup>. Também associada à efetividade do processo está a sua **celeridade** – sua razoável duração – abordada em momento oportuno (v. *infra*, item nº III.4).

**Fornecimento de prestações positivas:** para que o Estado possa cumprir o dever que lhe cabe, prestando a jurisdição, é preciso que crie e estructure adequadamente os órgãos responsáveis por fazê-lo, bem como que nomeie magistrados em quantidade suficiente. Outra condição importante é a previsão de procedimentos adequados para a tutela dos direitos<sup>86</sup>. Tudo isso pode ser compreendido na rubrica mais ampla das prestações positivas exigidas do Estado para concretização do acesso à justiça. No ponto, assume uma importância ímpar a preocupação com as barreiras de fato – geográficas, econômicas, sociais, culturais, técnicas – que impedem muitas pessoas, na prática, de levarem suas demandas ao Poder Judiciário. Todas essas questões podem ser agrupadas em dois grandes obstáculos: a *desinformação* quanto aos direitos de cada um e ao modo de utilizá-los e garanti-los, e o *custo* envolvido no deslocamento até o órgão judicial, na contratação de advogados e na prática de atos processuais<sup>87</sup>. Como já mencionado, a identificação e a superação desses limites de fato foram o grande objeto do movimento pelo acesso à justiça, que assentou, em linhas gerais, que concretização do acesso efetivo não apenas recomenda ou orienta, mas antes *exige e determina* a contínua formulação, avaliação e execução de políticas públicas voltadas a reduzir ou

tão próximas que se conectam. É o que lembra o mesmo MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 181, jan./mar. 2002, para quem “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”.

83 Falando em um princípio da tutela jurisdicional adequada, v. GALDINO, Flavio. Acesso à justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Superv. Silvia Faver Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 23.

84 O Tribunal Constitucional Federal alemão já teve oportunidade de destacar que a garantia de acesso à justiça compreende um direito à proteção jurídica *efetiva*, como observa HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 270-271. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 37, 150 [*Sofortiger Strafvollzug*]. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 811-812. O ponto é confirmado por diversos documentos internacionais de relevo. V. Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. VIII: “Toda pessoa 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”; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. Leg. nº 226/91; Dec. nº 592/92), art. 2º, 3: “Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a: a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um **recurso efetivo**, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoa que agiam no exercício de funções oficiais”; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. Leg. nº; Dec. nº 678/92), art. 25, 1: “Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro **recurso efetivo**, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”.

85 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 456. Sobre o tema, pontuou a Corte Europeia de Direitos Humanos: “a Corte relembra que o direito de acesso à justiça [*right to a court*] seria ilusório se a ordem jurídica doméstica de um Estado Parte permitisse que uma decisão judicial final, obrigatória, restasse inoperante, em prejuízo de uma parte. Seria inconcebível que o Artigo 6º, § 1º [da Convenção Europeia], descrevesse em detalhes garantias procedimentais concedidas aos litigantes – processos que são justos, públicos e expeditos – sem proteger a implementação das decisões judiciais; interpretar o Artigo 6º como concernente exclusivamente ao acesso a um tribunal e à condução dos procedimentos provavelmente conduziria a situações incompatíveis com o princípio do Estado de Direito [*rule of law*] que os Estados Partes se comprometeram a respeitar quando ratificaram a Convenção. A execução de um julgamento proferido por qualquer corte deve, por isso, ser visto como uma parte integrante do ‘processo’ para os fins do Artigo 6º” CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Immobiliare Saffi v. Itália*. Requerimento nº 2274/93. 28 jul. 1999, § 63. (tradução livre).

86 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 456.

87 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 57-60.



minimizar essas barreiras fáticas que impedem o acesso real à tutela jurisdicional<sup>88</sup>. Alguns exemplos de posturas adotadas com esse fim envolvem a garantia da assistência jurídica gratuita integral<sup>89</sup> (CRFB, art. 5º, LXXIV), relacionada à estruturação das Defensorias Públicas (CRFB, art. 134), e a isenção total ou parcial de custas e despesas processuais em medidas promovidas por pessoas carentes (Lei nº 1.060/50).

Antes de concluir o ponto, deve-se fazer uma breve observação sobre a parte final do dispositivo ora comentado, que ressalva da apreciação jurisdicional “os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”. A arbitragem é uma modalidade de resolução de controvérsias, alternativa à jurisdição, admissível quando discussão envolver direitos patrimoniais disponíveis<sup>90</sup>. Definida nesses termos, não há qualquer incompatibilidade entre o procedimento arbitral e a garantia de acesso à justiça, que é um direito, não um dever<sup>91</sup>. A inafastabilidade da jurisdição é uma exigência que se impõe ao Estado, não às partes, que não são obrigadas a buscar o Judiciário para solucionar as suas controvérsias, quando preferirem fazê-lo pacificamente por conta própria. A rigor, cuidando-se de direitos disponíveis, as partes têm ampla liberdade para restringi-los ou até renunciar a eles, caso queiram – por que, então, não poderiam simplesmente remeter a questão à decisão por um terceiro? Quem

pode o mais, pode o menos. A mesma lógica admite que as partes decidam não apenas *quem* resolverá suas disputas, mas também o *parâmetro* da decisão, que pode ser a *lex fori*, o direito estrangeiro, o costume ou até a equidade<sup>92</sup>. Atualmente, a arbitragem é disciplinada pela Lei nº 9.307/96, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, depois de um longo debate<sup>93</sup>.

#### 4.4 Celeridade: razoável duração do processo (arts. 4º)

##### Quadro 4 –

Anteprojeto	Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)

O art. 4º do NCPC remete diretamente ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Embora a referência expresse ao princípio da celeridade ou da razoável duração do processo tenha sido incluída pela EC nº 45/2004, é pacífico em doutrina que não houve, no ponto, qualquer inovação substancial, tendo em vista que a exigência de celeridade já decorria diretamente do princípio do acesso à justiça<sup>94</sup>. Isso porque o excessivo retardamento da tutela jurisdicional corresponde, na prática, à denegação de justiça, com prejuízo direto para o jurisdicionado<sup>95</sup>. Não

88 V. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantos v. Argentina*, cit., § 49: “La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone ‘tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención’”.

89 Diz-se *integral* porque não está relacionada apenas ao processo judicial, mas abrange a própria consultoria jurídica, além da gratuidade de atos extrajudiciais de garantia dos direitos fundamentais, como aqueles que cabem ao Registro Geral de Imóveis. V. MOREIRA Barbosa. *Les principes fondamentaux...*, cit., p. 41; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 328.

90 Lei nº 9.307/96, art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

91 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.

92 Lei nº 9.307/96, art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º. Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

93 STF, DJ 30 abr. 2004, SE 5.206 AgR/Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

94 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 324-325.

95 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.* p. 454-455. A conexão entre a efetividade do processo e a tempestividade da tutela jurisdicional é ressaltada também por TUCCI, José Rogério

à toa, o princípio da celeridade é previsto por diversos diplomas internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”)<sup>96</sup>, a Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>97</sup> e a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos<sup>98</sup>.

Sem prejuízo de sua integral aceitação, o princípio da celeridade – como, aliás, os princípios em geral – não define diretamente as condutas necessárias a atingir o resultado esperado (e.g., o prazo considerado adequado ou excessivo, as medidas ou sanções voltadas a impedir o retardamento do feito). Em vez disso, ele estabelece um fim a ser concretizado na maior medida possível, tendo em vista os eventuais constrangimentos e limitações impostos por circunstâncias fáticas relevantes (e.g., o excesso de trabalho de um tribunal<sup>99</sup> ou a complexidade da causa<sup>100</sup>)

rio Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 322-324.

- 96 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. Leg. n.º; Dec. n.º 678/92), art. 8º, 1: “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. 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”.
- 97 Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 6º, 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, **num prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...]”.
- 98 Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, art. 7º, d: “Todo indivíduo terá direito de ter sua causa ouvida. Isso inclui: [...] (d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por uma corte ou um tribunal imparcial” (tradução livre).
- 99 Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 103.835/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “O excesso de trabalho que asseberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes”. Em sentido oposto, v. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Duração razoável do processo, cit., p. 327.
- 100 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 102.062/SP*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “É justificável eventual dilação no prazo para encerramento da instrução processual quando se trata de ação penal complexa e o excesso de prazo não decorra da inércia ou desídia do Poder Judiciário. Precedentes”.

e por outros enunciados normativos que postulem incidência no caso concreto<sup>101</sup> (e.g., os demais princípios que integram a garantia do devido processo legal)<sup>102</sup>. A celeridade não é um fim supremo, que justifique o desprestígio de todos os outros, e a justiça instantânea pode ser, no mínimo, tão injusta quanto a tardia<sup>103</sup>. Nada obstante, quando se reconduzir à inércia injustificada dos agentes públicos ou à omissão do próprio Estado no fornecimento dos meios normativos ou materiais necessários à célere solução das controvérsias (e.g., com a informatização dos tribunais), a excessiva demora da prestação jurisdicional constitui violação ao princípio da celeridade, podendo autorizar a responsabilização do Estado, em âmbito doméstico ou até internacional<sup>104</sup>.

101 Essa definição de princípios como *mandados de otimização*, que admitem cumprimento gradual em função das limitações impostas por outros elementos de fato e de direito incidentes no caso, corresponde à orientação de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

102 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 25, jul./ago. 2008. p. 33.

103 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 79; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 455.

104 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Bottazzi v. Itália*. Requerimento n.º 34884/97. 28 jul. 1999, § 22 (tradução nossa): “A Corte observa, de início, que o Artigo 6º, § 1º, da Convenção impõe sobre os Estados Partes o dever de organizar seus sistemas judiciários de forma que seus tribunais possam cumprir as exigências daquele dispositivo [...]. Ela gostaria de reafirmar a importância de administrar a justiça sem retardamentos que ponham em risco sua efetividade ou credibilidade [...]. Destaca, ainda, que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, em sua Resolução DH 97 336 de 11 de julho de 1997 [...] considerou que ‘atrasos excessivos na administração da justiça constituem um perigo relevante, em particular para o respeito à legalidade [*rule of law*]’. A Corte chama atenção, a seguir, ao fato de que [...] já proferiu 65 decisões em que verificou violações ao Artigo 6º, § 1º, em processos que excediam uma ‘duração razoável’ nos tribunais civis de várias regiões da Itália. Na mesma linha, sob os antigos Artigos 31 e 32 da Convenção, mais de 1.400 relatórios da Comissão resultaram em resoluções do Comitê de Ministros afirmando que a Itália havia violado o Artigo 6º pela mesma razão. A frequência em que essas violações são encontradas mostra que há uma acumulação de afrontas idênticas, suficientemente numerosas para remontar a mais que incidentes isolados. Tais afrontas refletem uma situação continuada que ainda não foi remediada e a respeito da qual os litigantes não têm meios domésticos para resolver [*in respect of which litigants have no domestic remedy*]. Assim, esse acúmulo de violações constitui uma prática que é incompatível com a Convenção”.

Sem prejuízo do que se acaba de dizer, é evidente que se trata, nesse caso, de um enunciado normativo especialmente plástico e aberto<sup>105</sup>, que se volta primariamente ao legislador e ao administrador, a quem compete adequar o direito processual a essa exigência, além de cuidar para que o Judiciário esteja aparelhado para lidar com seu volume crescente de trabalho<sup>106</sup>. Nessa tarefa, cabe à deliberação majoritária um considerável espaço de conformação, tendo em vista as inúmeras possibilidades de lidar com a lentidão processual, que são tão numerosas quanto os próprios problemas que procuram solucionar e estão longe de se restringir ao regramento ordinário do processo civil<sup>107</sup>. Mas nada disso significa que seja vedado ao Poder Judiciário aplicar o princípio da celeridade; ao contrário, como qualquer princípio, a razoável duração do processo também possui um núcleo mínimo de sentido que funciona como uma zona de certeza positiva<sup>108</sup>, capaz de permitir a identificação (e a sanção) dos retarda-

mentos injustificados, quando manifestos<sup>109</sup>.

O legislador não tem estado desatento ao ponto. O Código de 1973 nasceu tendo a presteza da jurisdição como uma de suas molas-mestras<sup>110</sup> e, ao longo de suas quase quatro décadas de vigência, sofreu inúmeras reformas com o propósito de abreviar e racionalizar a tramitação dos feitos. Alguns exemplos são: as modificações no regime dos recursos de agravo (Leis nºs 9.139/95 e 11.187/2005), a criação da sentença liminar de improcedência (Lei nº 11.277/2006), a regulamentação do instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários (Lei nº 11.418/2006) e o processamento diferenciado de recursos repetitivos (Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008). Outras iniciativas relevantes que devem ser mencionadas são a criação e o fortalecimento dos Juizados Especiais (Leis nºs 9.099/95 e 10.259/2001) e a ampliação do escopo das ações coletivas, principalmente com o CDC (Lei nº 8.078/90).

Como não poderia deixar de ser, o tema foi objeto de grande preocupação por parte da comissão de juristas encarregada de redigir o anteprojeto do NCPC.

105 Como ressalta TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 326, é “impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações à garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”.

106 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 189-190. Na mesma linha, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212.

107 Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Org.). *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 207: “Mas a excessiva demora dos processos tem causas tão numerosas, tão complexas [...], que seria ambição vã querer encontrar no puro receituário processual remédio definitivo para a enfermidade. Entra aí em jogo longa série de questões: falhas da organização judiciária, deficiências na formação profissional de juizes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos. É fácil imaginar o vulto dos investimentos financeiros imprescindíveis a qualquer tentativa séria de atacar em larga escala esse conjunto de problemas [...]”.

108 Para a definição dos princípios como dois círculos concêntricos – um núcleo, que funciona como regra, e uma coroa circular, marginal ao núcleo, que se abre a diferentes formas de concretização pelo legislador –, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 67-68.

109 Para afirmar o excesso na duração de um processo, a Corte Europeia de Direitos Humanos se vale de três critérios: (i) a complexidade do caso; (ii) a conduta da parte requerente; e (iii) a forma como as autoridades administrativas e judiciais lidaram com o caso. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso König v. Alemanha*. Requerimento nº 6232/73. 28 jun. 1978, § 99. Para um exame desse caso e de outros, OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 173, p. 187, jul. 2009. Linha semelhante parece ser seguida pela jurisprudência do STF, como se pode ver no HC 102.062/SP, citado acima (v. nota nº 99), bem como no HC 104.667/PE (DJ 1º mar. 2011, Rel. Min. Dias Toffoli): “O Supremo Tribunal Federal entende que a aferição de eventual excesso de prazo é de se dar em cada caso concreto, atento o julgador às peculiaridades do processo em que estiver oficiando. [...] No caso, a custódia instrumental do paciente já beira 2 (dois) anos, sem que o processo tenha retomado sua marcha validamente. Prazo alongado que não é de ser debitado decisivamente à defesa. [...] A gravidade da increpação não obsta o direito subjetivo à razoável duração do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CF). [...] Writ não conhecido. Ordem concedida, porém, de ofício”. Nos EUA, confira-se a decisão da Suprema Corte no caso *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514, 521 e 530 (1972), acerca do direito a um julgamento rápido (*right to a speedy trial*), garantido aos acusados pela VI Emenda à Constituição daquele país.

110 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, set. 2010. p. 12-13.

Nesse sentido, e a fim de avançar ainda mais na matéria, a comissão estabeleceu como um de seus nortes a simplificação dos procedimentos, que envolve, entre outros pontos: (i) a redução de formalidades e incidentes, com a extinção de figuras como a reconvenção, as impugnações ao valor da causa e à gratuidade de justiça, e a exceção de incompetência, que passam a ser alegadas como preliminares da contestação; (ii) a profunda reformulação do sistema recursal, e.g., com a supressão do agravo retido e dos embargos infringentes<sup>111</sup>. A celeridade também justificou a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas (NCPC, art. 930 e ss.), que procuraria acelerar não somente o julgamento dos próprios processos relacionados à controvérsia repetitiva, examinados em conjunto, mas também a apreciação dos demais, com uma redução da carga de trabalho que pesa sobre o Poder Judiciário<sup>112</sup>.

Sem qualquer juízo de mérito sobre as propostas da comissão, seu esforço é evidentemente bem-vindo e espera-se, com sinceridade, que seus propósitos sejam atingidos. Contudo, nenhum avanço legislativo – concretizado ou proposto – será suficiente para rever décadas de lentidão, enquanto perdurar no Judiciário brasileiro uma estrutura inadequada e uma cultura tecnicista de apego à burocracia<sup>113</sup>. À reforma legislativa deve corresponder, também, uma mudança cultural, sob pena de se anular a novidade pelo apego ao antigo, em autêntica manifestação de interpretação retrospectiva<sup>114</sup>.

111 BRASIL. Comissão de juristas. Exposição de Motivos, cit., p. 247.

112 Ibid., p. 239.

113 Na mesma linha, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 35, jul./ago. 2008. Em outro texto, especificamente dedicado ao projeto do NCPC, o mesmo autor aponta a precária organização dos serviços judiciários e a visão excessivamente tecnicista do direito processual como as principais causas da ineficiência da prestação jurisdicional no Brasil – v. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, set. 2010. p. 23.

114 O termo é de José Carlos Barbosa Moreira, para quem ele designa a atitude de interpretar-se o texto normativo novo a fim de que se pareça tanto quanto possível com o antigo: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria mudou pouco, se é que na verdade mudou” MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Fo-*

## 4.5 Direito de participação (art. 5º)

### Quadro 5 –

Anteprojeto	Art. 5º. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.
PL nº 8.046/2010	Art. 5º. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

O objetivo do art. 5º é ressaltar o caráter *participativo* do processo. Em um Estado democrático, não se concebe que uma decisão coercitiva – como a lei ou a sentença judicial – seja imposta como mera expressão da vontade de alguém ou mesmo de força bruta. Sendo todos iguais, não se admite que as obrigações decorram pela imposição volitiva de uns sobre os outros<sup>115</sup>. Ademais, não se pode falar em democracia se não se garante aos indivíduos a oportunidade de desempenhar um papel equivalente na vida pública, não apenas pelo sufrágio igualitário, mas também pelo direito de serem ouvidos em iguais condições. O regime democrático também exige que se levem em consideração os interesses de todos os envolvidos quando da tomada de decisões<sup>116</sup>, tornando-se necessário relacionar e sopesá-los a todos a fim de chegar a uma solução. E, aqui, mais uma vez, caberá à igualdade um papel fundamental, ao garantir a todos o direito de participar do debate<sup>117</sup>. É o que aponta Robert Alexy:

Como no existe ningún criterio universal y estrictamente aplicable para ponderar intereses diferentes, las ponderaciones necesarias para el equilibrio pueden ser determinadas sólo con relación a los intereses respectivamente existentes. Pero, puede argumentarse acerca del peso relativo o la justificación relativa de los intereses. Desde el punto de vista de la racionalidad y, por lo tanto, de la corrección, una determinación de los pesos relativos de los intereses en colisión es superior a una ponderación llevada

*rense*, Rio de Janeiro, v. 304, p. 152, out./dez. 1988.

115 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41.

116 DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006. p. 133-134.

117 GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, n. 10, p. 12, abr./jun. 2008: “o processo deliberativo requer, em princípio, a intervenção de *todos aqueles que se veriam potencialmente afetados* pelas decisões em jogo”.

a cabo sin argumentos.

El punto decisivo es, pues, que la interpretación y ponderación de los respectivos intereses es un asunto del o de los respectivos afectados. Quien discute eso no respeta la autonomía del otro. No toma en serio al individuo. [...]

**La exigencia de tomar al individuo en serio expresa una premisa normativa subyacente a la teoría del discurso. Ella se refleja en las reglas específicas del discurso que garantizan el derecho de participación de cada cual en el discurso, como así también la libertad y la igualdad en los discursos**<sup>118</sup>.

O ideal de participação em condições de liberdade e igualdade é garantido por meio do *processo* – eleitoral, legislativo, administrativo ou judicial –, que se traduz, assim, em fator de legitimação do exercício do poder<sup>119-120</sup>. Por meio do direito de participação, as partes deixam de ser meros objetos da coação estatal para, retomando sua condição de *dignidade*, serem ouvidas na qualidade de *sujeitos*<sup>121</sup>. Não é à toa, portanto, que Mauro Cappelletti

aponta o “procedimento em que as partes têm o direito de participar no processo de formação do juízo” como o “aspecto mais típico do fenômeno jurisdicional”<sup>122</sup>. O ponto é ressaltado também por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, para quem:

É assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita<sup>123</sup>.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, jul./ago. 2004; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, nov./dez. 2009, p. 111, nota nº 47: “As partes são pessoas, isto é, sujeitos de deveres e de direitos; e estão diante do juiz, não como súditos, objetos de supremacia obrigados a obedecer passivamente, mas como cidadãos livres e ativos que, perante o juiz, têm não apenas deveres a cumprir, mas também direitos a serem respeitados; e o juiz diante delas não é só uma autoridade dotada de poderes, mas um funcionário vinculado por deveres e por responsabilidades em relação às partes, que têm direito de exercer livremente suas razões e de ser atentamente ouvido” (tradução livre). V., ainda, OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 173, p. 187, jul. 2009. p. 181: “Como sostiene Tribe, se trata [o devido processo] de un valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la chance de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso. El debate procesal representa un valor de interacción humana en el cual la persona afectada experimenta la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente le concierne y alimenta la expectativa de recibir una explicación de las razones sobre la decisión que habrá de afectarla. El individuo pasible de coacción no es manipulado, sino que es partícipe de un diálogo en el que se lo trata de convencer – así como él trata de convencer de la posición contraria – sobre la procedencia del acto de coacción”.

118 ALEXY, Robert. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica. In: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 141 (grifo nosso).

119 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 853.  
CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286: “*Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.)*”. Tanto assim que se fala em *processualidade ampla*, a fim de designar a processualização da atividade de todos os Poderes do Estado

LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 202, out./dez. 1998.

120 Como muito bem destacado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 220. Referência incompleta! “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. Tem-se por ponto de partida a essencial distinção entre atos de poder, que atingirão a esfera jurídica de pessoas diferentes de quem os realiza; e atos de vontade, ou negócios jurídicos, que se destinam à auto-regulação de interesses e são realizados pelos próprios titulares destes (autonomia da vontade). A força vinculante dos negócios jurídicos tem origem e legitimidade na vontade livremente manifestada. A daqueles, na participação dos destinatários, segundo as regras pertinentes” (destacado no original).

121 Nesse sentido é a lição de CALAMANDREI, Piero apud

122 CAPPELLETTI, Mauro. Problemas da reforma do processo nas sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 318, p. 120-121, abr./jun. 2002. p. 122. No mesmo sentido, v. MIRANDA, Jorge. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 389. É claro que isso também não passou despercebido pela doutrina processualista. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 109.

123 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 294.

No mesmo sentido, confira-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Como o juiz não é eleito, a pergunta que deve surgir é no sentido de como o exercício do poder jurisdicional é legitimado. O exercício do poder jurisdicional somente é legítimo quando participam do procedimento que terminará na edição da decisão aqueles que serão por ela atingidos. Em outros termos, somente existirá procedimento legítimo e, portanto, processo, quando dele participarem aqueles que serão atingidos pela decisão do juiz<sup>124</sup>.

Note-se que a abertura do processo à ampla participação dos interessados tende a repercutir também sobre a qualidade da decisão final tomada. Com efeito, a apresentação de novas opiniões, fatos e interpretações enriquece o debate, dando subsídios para que o pronunciamento resulte de um raciocínio refletido e bem informado<sup>125</sup>.

No âmbito judicial, a participação dos interessados é instrumentalizada pelos direitos de ação e de defesa e pelo princípio do contraditório, que envolve os direitos à informação, à manifestação e à resposta, em condições de diálogo (v. *infra*, item nº III.9). Por essa razão se diz que as partes não são antagonistas, mas “colaboradores necessários”: sua atuação concertada, ainda que em busca do próprio interesse, serve, ao final, à justiça na definição de uma solução para a controvérsia<sup>126</sup>.

Pois é justamente nessa linha que se insere o dispositivo comentado, ao assegurar às partes o *direito de cooperar* com o juiz. Essa cooperação se operacionaliza pela faculdade de fornecer elementos – de fato ou de direito – que auxiliem o Estado na realização da atividade decisória ou executiva ou, ainda, na determinação de medidas de urgência. O direito de cooperação pode ser exercido quando esteja em jogo um ônus da própria parte – como aquele referente à prova – ou mesmo quando não seja assim, por atitude espontânea da parte. Nesse sentido, *e.g.*, admite-se que o exequente indique, ele mesmo, bens do executado sobre os quais possa recair a

construção judicial (NCPC, art. 756, III) – não se trata de uma obrigação ou mesmo de um ônus, mas de cooperação com o rápido andamento do processo. Ainda que essa faculdade do credor não estivesse expressa no texto do Código, a sua postura seria resguardada, para além de qualquer dúvida, pelo art. 5º, ora comentado.

Outra vantagem da positivação do direito de participação diz respeito a sua amplitude subjetiva. Como efeito, o direito de participar do processo não se restringe às figuras de autor e réu. É ele que justifica as hipóteses de *intervenção de terceiros*, em geral, na medida em que aqueles que são ou podem ser afetados por uma decisão devem poder ser previamente ouvidos pelo Estado<sup>127</sup>. Ademais, tendo em vista a ampliação do escopo e do manejo de ações coletivas e dos próprios processos objetivos – que hoje alcançam até o procedimento recursal de natureza extraordinária, tanto no STF quanto no STJ –, as decisões tomadas pelos juízes podem alcançar muitas pessoas e até coletividades inteiras. Como é a esfera de interessados que define a extensão da participação exigida ou admitida, ampliados os limites subjetivos das decisões judiciais, deve ser incrementado em medida equivalente o direito de participação, abrindo-se o processo à manifestação de todos os interessados no desfecho da controvérsia. Em outras palavras, os processos devem ser tão deliberativos quanto possível<sup>128</sup>, a fim de ampliar seu próprio valor intrínseco, bem como o das decisões proferidas<sup>129</sup>.

127 Nesse sentido, de forma bem clara, FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 245-247.

128 SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: Os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 108, abr./jun. 2006.

129 É o caso dos *amici curiae* no controle de constitucionalidade. V. STF, DJ 10 jun. 2005, ADI 2321 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do ‘amicus curiae’, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. [...] A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do ‘amicus curiae’ no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedi-

124 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 70-71.

125 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 854; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.*, pp. 86-87.

126 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57.

Justamente por isso, juízes e tribunais não podem ser excessivamente restritivos ao decidir sobre a admissão de terceiros nos feitos – desde que não causem tumulto ou indevido vagar ao andamento do processo. Qualquer pessoa deve ser ouvida quando houver possibilidade de que a decisão judicial interfira em sua esfera jurídica. Embora o exercício desse direito independa de previsão legal, é conveniente que o ponto seja acolhido pela legislação ordinária, a fim de que não parem dúvidas quanto a ele. Nada obstante, o direito de participação também se submete a restrições impostas por outros direitos fundamentais ou por fins públicos relevantes. Assim, *e.g.*, por mais que a decisão proferida em certa ação coletiva possa repercutir sobre todos os consumidores do País, não há dúvida de que causaria um tumulto excessivo no processo admitir que nele se manifestassem milhares de indivíduos, oralmente ou por escrito. Pôr-se-ia em grave risco a celeridade do feito – e, com ela, a própria efetividade do processo –, assim como a racionalidade do trabalho judicial. Por essa razão, quando a questão debatida repercutir sobre um número elevado de pessoas, convém dar preferência a formas coletivas de manifestação, assim consideradas aquelas veiculadas, *e.g.*, por associações, sindicatos, universidades, partidos políticos e pessoas jurídicas de direito público. Com isso, ouvem-se ao máximo os interessados, com o mínimo de prejuízo para o bom andamento do processo.

Nessa linha, é digna de aplausos a postura inovadora do NCPC, que inclui o ingresso como *amicus curiae* como modalidade de intervenção de terceiros, admissível em qualquer grau de jurisdição. É patente o equilíbrio da fórmula adotada que, embora admita amplamente a intervenção, não deixa de exigir que os postulantes tenham representatividade adequada<sup>130</sup>. Isso garante não apenas

que os interesses em jogo sejam veiculados por pessoas e entidades habilitadas, mas também que a participação dos interessados se faça racionalmente, na linha do que se expôs anteriormente.

#### 4.6 Interpretação teleológica: Instrumentalidade do processo (art. 6º)

##### Quadro 6 –

Anteprojeto	Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)

A primeira parte do dispositivo repete *ipsis litteris* o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB<sup>131</sup>, que obviamente já era de observância compulsória no âmbito do Direito Processual. O que o art. 6º do NCPC e o art. 5º da LINDB preveem é o recurso ao elemento teleológico da interpretação jurídica.

Não é de hoje que se reconhece que a finalidade da lei está compreendida na própria lei – tanto assim que, aplicar um dispositivo legal em descompasso com seu objetivo nada mais é que violá-lo (desvio de finalidade)<sup>132</sup>. Há uma razão para isso: o direito não é apenas um conjunto sistemático de enunciados textuais, mas antes um conjunto sistemático de *normas*, *i.e.*, de proposições criadas com o objetivo de transformar a realidade, de produzir determinadas consequências<sup>133</sup>. Dessa forma, se é a finalidade que preside a própria criação da lei, é evidente que ela deve ser adequadamente considerada pelo intérprete no momento de sua aplicação<sup>134</sup>.

mental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade”.

130 NCPC, art. 322: “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. Parágrafo único. A intervenção de que trata o *caput* não importa alteração de competência, nem autoriza a interposição de recursos”.

131 O Decreto-Lei nº 4.657/42 era chamado de Lei de Introdução ao Código Civil até ser alterado pela Lei nº 12.376/10, que modificou sua ementa – e, segundo seu art. 1º, ampliou seu campo de aplicação – substituindo seu nome original por “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”. O art. 5º da Lei de Introdução dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

132 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 95.

133 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1982. p. 285.

134 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpreta-*

Entretanto, a redação simples do dispositivo não é capaz de esconder a enorme complexidade envolvida na identificação dos fins de uma disposição legal: nem sempre será fácil determinar o efeito concreto pretendido pelo legislador<sup>135</sup>. Afinal, a compreensão da teleologia da lei não se dá fora, ou antes, do processo interpretativo, mas sim *dentro* dele, condicionando e sendo condicionada pelos demais elementos da interpretação<sup>136</sup>. Sem embargo, essa dificuldade pode ser minimizada com o recurso aos princípios pertinentes<sup>137</sup>: como comandos primariamente finalísticos, os princípios definem determinados objetivos, estados de coisas, a serem alcançados por alguém<sup>138</sup>. Quando se dirigem ao Estado, funcionam como exigências no sentido de que o legislador, o administrador e o juiz (cada um no papel que lhe cabe) procurem concretizar, ao máximo possível, os estados de coisas a que se referem. Assim como compete ao Legislativo efetivá-los pela via de legislação, incumbe ao Executivo e, sobretudo, ao Judiciário levá-los em conta quando da interpretação do direito como um todo. Nesse sentido, a definição da teleologia das normas processuais ordinárias pode ser feita a partir dos princípios constitucionais que incidem sobre o processo.

Tudo isso tem uma importância peculiar no Direito Processual – o que demonstra a utilidade da repetição levada a cabo pelo art. 6º do NCPC. Trata-se aqui

de romper, em definitivo, com um passado de excessivo formalismo, sem recair no papel adjetivo próprio da era do sincretismo. Se a finalidade última do processo é conduzir à justa resolução dos conflitos, destacar seu atrelamento aos “*fins sociais*” a que se dirige é ressaltar o caráter *instrumental* do processo, que não existe para si próprio, mas antes como meio para efetivação do direito material.

Quanto ao ponto, porém, há uma observação importante a ser feita. A instrumentalidade do processo não significa que ele se legitime por seu resultado, como se, ao final, a justiça do direito material permitisse a convalidação de todo e qualquer vício procedimental. O processo civil de resultados não é – nem pode ser – aplicação do bordão maquiavélico de que os fins justificam os meios<sup>139</sup>. A formalidade dos procedimentos tem sua razão de ser no respeito aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, na legitimação da atividade jurisdicional<sup>140</sup>. Dessa

ção/aplicação do direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122.

135 Até porque, como lembra LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 399, na “maior parte das vezes, uma regulação legal persegue, no entanto, não apenas um fim, mas fins diversos em diferente grau”.

136 MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

137 Falando em *normas-objetivo*, v. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 125: “é imperioso que se enfatize, neste passo, que a contemplação, no sistema jurídico, de *normas-objetivo* importa a introdução, na sua ‘positividade’, de fins aos quais ele – o sistema está voltado. A pesquisa dos fins da norma, desenvolvida no contexto funcional, torna-se mais objetiva; a metodologia teleológica repousa em terreno firme”. Sem prejuízo da distinção do autor, que ele remete a Dworkin, entre normas-objetivo (diretrizes), associadas a fins econômicos, políticos e sociais, e princípios, derivados de imperativos de justiça, o texto aponta que ambas as figuras cumprem papel análogo no que se refere à interpretação do direito (p. 126).

138 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78.

139 MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2. ed. São Paulo: Hedra, 2009. p. 181-183: “Faça tudo, portanto, um príncipe para vencer e conservar o estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos serão louvados, porque o vulgo se deixa levar por aquilo que parece e pelo resultado das coisas; e no mundo não há senão o vulgo, e os poucos não têm lugar quando os muitos têm onde se apoiarem”.

140 O processo existe para o propósito de garantir que a solução justa seja o resultado de um procedimento justo. Até porque, dadas as limitações de fato e de direito que incidem sobre todos que atuam em um processo, só se pode afirmar a justiça do resultado final caso se respeite a justiça do procedimento – afinal, se não houver, *e.g.*, contraditório efetivo (se o réu não houver tido oportunidade de demonstrar que o autor estava errado), como dizer que a sentença de mérito deu, a quem de direito, aquilo que lhe cabia? O processo judicial é um exemplo de aplicação da *justiça procedimental imperfeita*: é construído de forma a que permita chegar ao resultado correto, senão sempre, na maior parte dos casos, mas “embora exista um critério independente para definir o resultado correto, não há um procedimento exequível que leve a ele infalivelmente” RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 104. Apesar disso, a observância das normas processuais é essencial, tendo em vista que “[n]o caso de um regime constitucional, ou de qualquer regime político, não é possível realizar o ideal da justiça procedimental perfeita. O melhor sistema que se pode alcançar é o da justiça procedimental imperfeita” (*Ibid.*, p. 242). Como aponta CO-MOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, p. 114, n. 116, jul./ago. 2004: “Na verdade, os predicados ‘axiológicos’ correlatos à *fairness* do procedimento fazem com que a justiça ‘processual’ se imponha por sua força natural, como parâmetro da *legalidade formal* do processo, isto é, como ‘correção’ e ‘equidade’ das formas e das garantias processuais com as quais a lei permite seja implementada a justiça substancial perante o juiz. Não conta, todavia, a qualidade



forma, sequer se poderá falar em uma sentença justa, em um resultado justo, se o procedimento não for justo em si mesmo<sup>141</sup>. Não se há de confundir o respeito à forma com o excessivo formalismo<sup>142</sup>.

É evidente que as formas e os ritos processuais devem servir à justiça material. Mas essa não é a única exigência constitucional que se impõe sobre o processo, que deve observar também os princípios e as regras associadas às garantias maiores do acesso à justiça e do devido processo legal: liberdade, imparcialidade, paridade de armas, motivação, entre outros. Quando se fala, portanto, em instrumentalidade do processo, não se pretende legitimizar qualquer conduta em função do resultado que se busca obter – até porque, se o juiz deve ser imparcial, a solução da lide não pode ser fixada, de início, antes do

---

ou a natureza do resultado e dos efeitos que podem ser obtidos ao final do processo, mas importam a qualidade e a natureza das formas e das modalidades através das quais é possível obter aquele resultado ou aqueles efeitos, por força do provimento jurisdicional” (tradução livre).

141 O que não quer dizer que a correção do procedimento seja suficiente para legitimar o resultado. Como aponta ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 489-490, “[m]esmo que a conformidade do resultado aos direitos fundamentais não seja garantida pelo procedimento, há um aumento na *probabilidade* de um resultado nesse sentido. Por essa razão, procedimentos são necessários como meio de proteção aos direitos fundamentais. Mas é também claro que o mero aumento da probabilidade de um resultado conforme aos direitos fundamentais nunca poderá ser uma razão para se abrir mão de um controle judicial da compatibilidade material dos resultados com as normas de direitos fundamentais”.

142 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., pp. 40-64: “O direito processual é eminentemente formal, no sentido de que define e impõe formas a serem observadas nos atos de exercício da jurisdição pelo juiz e de defesa de interesses pelas partes. A exigência de formas no processo é um penhor da segurança destas, destinado a dar efetividade aos poderes e faculdades inerentes ao sistema processual (devido processo legal); o que se renega no direito formal é o formalismo, entendido como culto irracional da forma, como se fora esta um objetivo em si mesma [...]. Justo será, em primeiro lugar e acima de tudo, o processo que ofereça resultados justos aos litigantes em sua vida comum. Mas, para ter-se razoável segurança de que o processo oferecerá resultados substancialmente justos, ele há de ser justo em si mesmo, mediante o tratamento isonômico dos litigantes, liberdade de atuar na efetiva defesa de seus interesses, participação efetiva do juiz, imparcialidade etc. Ao conjunto de garantias destinadas a conferir ao processo esse perfil de instrumento justo, a Constituição e a doutrina dão a qualificação de devido processo legal (Const., art. 5º, inc. LIV) e o exercício do poder estatal no processo só será política e eticamente legítimo quando observada essa cláusula de aceitação geral no processo civil moderno.”

processo, mas apenas no seu fim, quando debatidas as questões e produzidas as provas pertinentes. O processo é logicamente anterior à solução que, por essa razão, não pode ser antecipada indevidamente para justificar o descompromisso com as regras de procedimento.

Feitas essas observações, pode-se passar ao exame da parte final do dispositivo mencionado, que determina a observância “dos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”. Não seria próprio de um código processual impor como os juízes haveriam de decidir, no mérito, as controvérsias que lhes fossem submetidas. Por isso, a referência aos mencionados princípios implica o dever de observá-los quando da interpretação e da aplicação do próprio *direito processual* – o que, a rigor, já poderia ser extraído do art. 1º do NCPC. Naturalmente, a discussão aprofundada desses princípios renderia a elaboração de monografias ou até tratados. De todo modo, convém fazer breves notas sobre cada um deles.

Quanto à *dignidade humana*, é o fundamento último de todo o direito e significa, em síntese, que as pessoas não podem ser tratadas como objetos, funcionalizadas à realização dos fins alheios – inclusive, e especialmente, do Estado<sup>143</sup>. O ponto é muito sensível no âmbito do processo penal<sup>144</sup>, mas está longe de ser irrelevante para

---

143 Sobre o tema, na doutrina brasileira, BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação* (Versão provisória para debate público). Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <[http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2011.

144 por todos, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 85.988/PA. Rel. Min. Celso de Mell: “A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CRFB, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”.

o processo civil. Até porque, como o STF já teve oportunidade de destacar, “a prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz”<sup>145</sup>. No plano processual, reconhecer a dignidade das pessoas é considerar as partes, não como súditos do juiz, meros objetos do processo, mas como verdadeiros sujeitos de um diálogo paritário que culmina nas decisões, devendo ser ouvidos e ver refletidos seus argumentos nos pronunciamentos judiciais (v. *infra*, item nº III.9). Apenas para registro, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana já fez com que fosse empregado para justificar interpretações ampliativas quanto ao rol de bens impenhoráveis<sup>146</sup>, bem como quanto à legitimação ativa em ações coletivas<sup>147</sup> e demandas relativas à

tutela de direitos da personalidade<sup>148</sup>.

O princípio da razoabilidade é uma norma constitucional implícita que veda ao Estado a adoção de posturas arbitrárias ou caprichosas, exigindo temperança na aplicação da lei, congruência entre um tratamento diferenciado e o suporte fático que lhe serve de causa, e a equivalência entre as medidas adotadas pelo Poder Público e o critério que as dimensiona<sup>149</sup>. O princípio da razoabilidade costuma ser associado ao princípio da *proporcionalidade*, que demanda do Estado a correlação entre os meios adotados e os fins que se pretende alcançar, observadas três exigências: (i) *adequação* – o meio deve ser apto, em tese, a promover o fim; (ii) *necessidade* – dentre diversos meios aptos a atingir o mesmo fim, deve-se escolher o menos gravoso; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito* – os benefícios gerados pela medida devem superar os prejuízos que ela produz<sup>150</sup>. No processo civil, seria um exemplo de postura desproporcional – e, por isso, vedada – a decisão judicial que invertesse o ônus da prova para atribuí-lo a uma parte para quem sua produção fosse mais difícil ou até impossível. Se uma pessoa,

145 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 5.758/SP*. Rel. Min. Cármen Lúcia: “1. A decisão que deixa de receber embargos à execução trabalhista opostos no prazo legal, afastando a aplicação do art. 1º-B da Lei n. 9.494/1997, descumpra a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 11-MC/DF. 2. A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz. Não é razoável que, diante das peculiaridades do caso e da idade avançada da exequente, se determine suspensão da execução trabalhista e se imponha à parte que aguarde o julgamento definitivo da ação apontada como paradigma nesta Reclamação. 3. Reclamação julgada procedente para se determinar o imediato processamento dos embargos à execução opostos pela União”.

146 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.114.767/RS*. Rel. Min. Luiz Fux: “2. O artigo 649, V, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.382/2006, dispõe que são absolutamente impenhoráveis os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. 3. A interpretação teleológica do artigo 649, V, do CPC, em observância aos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV, da CRFB/88) e do direito fundamental de propriedade limitado à sua função social (artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da CRFB/88), legitima a inferência de que o imóvel profissional constitui instrumento necessário ou útil ao desenvolvimento da atividade objeto do contrato social, máxime quando se tratar de pequenas empresas, empresas de pequeno porte ou firma individual”.

147 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.106.515/MG*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima: “É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fun-

damentais”; STJ, *DJ* 12 nov. 2010, REsp 1.185.867/AM, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

148 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 807.849/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi: “Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana”.

149 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 138. Fala-se, assim, em razoabilidade como: (i) *equidade* – adapta a aplicação da lei às circunstâncias peculiares do caso concreto, impondo a harmonização do geral com o individual; (ii) *congruência* – exige a existência de uma causa, um suporte empírico, que justifique a medida adotada (e.g., a condição de funcionário ativo para que se receba adicional de férias), bem como a correlação entre as distinções normativas e os critérios que as presidem (e.g., proibindo a contagem de tempo de serviço diferenciada apenas para Secretários de Estado); e (iii) *equivalência* – demanda uma relação de equivalência entre a medida adotada (e.g., o valor de uma taxa) e o critério que a dimensiona (e.g., o custo do serviço) – vinculação entre duas grandezas.

150 Sobre o princípio da proporcionalidade, ainda que com diversas concepções, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

ainda quando hipossuficiente, está em melhores condições de produzir uma prova, não há por que inverter a lógica geral do sistema para impor um ônus desnecessariamente pesado sobre seu adversário<sup>151</sup>.

O princípio da legalidade está associado à proteção da segurança jurídica e da isonomia, na medida em que a regulação absolutamente casuística do processo não ofereceria confiança às partes, além de submeter os jurisdicionados a tratamentos díspares<sup>152</sup>. Ademais, o respeito ao procedimento, tal como previsto pelo legislador, também rende homenagem ao princípio democrático, tendo em vista o valor intrínseco do processo legislativo, fundado em certos ideais de deliberação e de representação popular, que não são simplesmente reproduzidos no âmbito judicial<sup>153</sup>. Assim compreendida, a legalidade é, em si mesma, uma garantia para as partes (devido processo legal)<sup>154</sup>, no sentido de que não serão submetidas a um procedimento unilateralmente imposto pelo juiz<sup>155</sup>.

151 Nesse sentido, dispõe o art. 359 do NCPC: “É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando: [...] II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo”.

152 V. BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 356, p. 15, jul./ago. 2001.

153 BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 232-233.

154 COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, jul./ago. 2004; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, nov./dez. 2009. p.128-129.

155 Mas pode ocorrer a adaptação do rito (motivada e dentro dos limites da lei) às características objetivas e subjetivas da controvérsia, medida que serve à celeridade do processo e ao efetivo contraditório. Nesse sentido, dispõe o NCPC, no art. 118: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”. A comissão de juristas havia sido mais ousada, autorizando ao juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa” (Anteprojeto, art. 107, V). Considerando que esse ponto havia sido um dos mais criticados durante as audiências públicas que examinaram o texto, o Relator-Geral do projeto no Senado optou por uma redução desse poder, manifestando-se nos seguintes termos: “Dando voz à ampla discussão instaurada por aqueles dispositivos,

O princípio da legalidade não se comporta de forma idêntica em todas as circunstâncias<sup>156</sup>: em face dos particulares, assume uma feição *negativa* – pode-se fazer tudo o que a lei não proíba (CRFB, art. 5º, II) –, mas tem caráter *positivo* quando voltado contra o Poder Público, que só pode fazer o que lei autoriza ou determina (CRFB, art. 37). No processo, a incidência da irrestrita do princípio da legalidade implicaria, em princípio, que as partes (privadas) seriam livres para fazer tudo aquilo que a legislação processual não vede, enquanto ao Estado-juiz somente seria dado agir nos termos expressos do Código.

Mas as coisas não se passam bem assim. Como se verá mais adiante, já passou o tempo em que o processo era “coisa das partes”, um vale-tudo privado, em que o juiz assumiria a postura de um mero observador. Hoje, o processo é em si mesmo uma instituição pública, o que impõe às partes a observância de condutas éticas, leais e honestas, entre si e em relação aos demais atores processuais. Já pela óptica do Estado, sabe-se que a lei não pode esgotar a regulação de todas as matérias, havendo sempre um espaço – desejado ou não – aberto à intervenção criativa do intérprete (v. *infra*, item nº III.10). Independentemente disso, o direito processual não é matéria submetida ao rigor da *reserva legal*, tal como a definição de crimes e penas (CRFB, art. 5º, XXXIX) e, em geral, a criação e a majoração de tributos (CRFB, art. 150, I). Ao contrário, atos normativos infralegais – como os regimentos internos dos tribunais – vêm assumindo um papel cada vez mais relevante na ordenação do procedimento<sup>157</sup>. Além

entendemos ser o caso de mitigar as novas regras. Assim, no substitutivo, a flexibilização procedimental, nas condições que especifica, limita-se a duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova” BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas*. Relator: Senador Valter Pereira. p. 144.

156 Sobre o tema, v., dentre muitos outros, BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. t. 1.

157 Alguns exemplos ajudam a demonstrar o que se acaba de dizer. A Lei nº 11.418/2006, que regula o requisito da repercussão geral dos recursos extraordinários, remete sua regulamentação ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 3º). Na mesma linha, a Lei nº 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes, determina que o respectivo procedimento

disso, como os ritos devem ser adequados às controvérsias, é comum que a legislação empregue termos mais abertos e atribua ao juiz um poder de direção do processo capaz de adequá-lo às peculiaridades do caso<sup>158</sup>; essa relativa flexibilidade não seria possível caso se estivesse no âmbito de uma rígida reserva legal. Tampouco seria possível, *e.g.*, a tramitação de ações como os *mandados de injunção*, cujo procedimento até hoje não foi estabelecido em lei. Como direito fundamental, o acesso à justiça não depende da *interpositio legislatoris* para ter eficácia jurídica, cabendo ao juiz conhecer de todas as alegações de violação ou ameaça de ofensa a direitos que lhe são formuladas, ainda que não haja um rito específico previsto em lei (*v. supra*, III.3).

Sem embargo, não se pode esquecer que a lei ainda possui um *status* formal destacado e, em nome da segurança jurídica, da isonomia e do princípio democrático, exige, por exemplo: (i) do legislador, a organização de órgãos judiciais e a repartição de competência entre eles, além da disciplina suficiente dos procedimentos; e do (ii) juiz, que aja dentro da lei ou, no máximo, *supra legem*, nunca *contra legem* – entre a lei e o regimento interno, ou entre a lei e a vontade do juiz, prevalece sempre a primeira, em detrimento dos segundos (*preeminência da lei*)<sup>159</sup>.

O princípio da publicidade será desenvolvido mais adiante (*v. infra*, item nº III.10). Quanto à *impessoalidade*,

à *moralidade* e à *eficiência*, o dispositivo ora comentado tem a vantagem de esclarecer que não se trata de normas voltadas exclusivamente para a atividade administrativa (CF, art. 37, *caput*), mas que, ao contrário, incidem sobre toda e qualquer manifestação do Estado. Os dois primeiros princípios são manifestações específicas do princípio republicano, que: (i) proíbe a condução da coisa pública – e, conseqüentemente, do processo – segundo as preferências individuais do agente público, que é sempre mandatário, nunca titular da função<sup>160</sup> que exerce (*impessoalidade*); e (ii) exige que os agentes estatais sejam probos no exercício das suas atribuições, bem como que o Estado trate os particulares segundo os ditames da boa-fé (*moralidade*)<sup>161</sup>. Esses princípios justificam, *e.g.*, a responsabilização civil do juiz por violação de dever funcional (NCPC, art. 123), seu afastamento em caso de impedimento ou suspeição (NCPC, arts. 124 e 125) e a igualdade no tratamento concedido às partes (*v. infra*, item nº III.7). Já a *eficiência* decorre dos princípios da unidade e da efetividade da Constituição, que determinam que a atuação do Poder Público seja pautada pela máxima concretização dos fins públicos relevantes –inclusive a efetivação dos direitos fundamentais –, com o mínimo de sacrifício de tempo, dinheiro e de interesses contrapostos<sup>162</sup>. O de-

---

“obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (art. 10). De forma ainda mais ampla, a Lei nº 11.672/2008, que trata do julgamento dos recursos especiais repetitivos, incluiu no atual CPC um dispositivo que estabelece (art. 543-C, § 9º): “O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

158 Assim, *e.g.*, uma demanda em que a questão seja exclusivamente de direito não exige a realização de uma audiência de instrução e julgamento, podendo o rito ser abreviado pelo *juízo imediato da lide* (NCPC, art. 341, I).

159 O ponto é de conhecimento geral, mas vale lembrá-lo. Quando se diz que o juiz não pode decidir *contra legem*, não se afirma que deva aplicar a lei até mesmo quando dessa aplicação resultar uma afronta à Constituição. O conceito de legalidade hoje se expandiu até incluir o respeito à Lei Fundamental, compreendida como um diploma jurídico, dotado de normatividade, supremacia e centralidade. Por isso se fala, agora, em *princípio da juridicidade*. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Op. cit.*, p. 94; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

160 É oportuno, aqui, lembrar a lúcida definição de *função* exposta por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 13-14: “Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que *deve ser* obrigatoriamente atendida por alguém, mas *no interesse de outrem*, sendo que este sujeito – o obrigado – *para desincumbir-se de tal dever* necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do *interesse alheio* que está a seu cargo prover. Daí, uma distinção clara entre a função e a faculdade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um *dever*. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno na idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever*”.

161 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 94-96.

162 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 107, que aponta uma definição ampla de eficiência, correspondente à “melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade”. Dessa forma, quando transplantada para o Estado, a idéia de eficiência não corresponde propriamente ao conceito econômico de

ver de eficiência conduz, e.g., ao *princípio da economia processual*, que exige o maior aproveitamento possível dos atos processuais e a maior efetividade das decisões, com o mínimo de custos e de tempo, evitando-se providências inúteis e a dispersão de esforços. Do princípio da economia processual decorrem, entre outros, os institutos da conexão e da continência e o princípio da instrumentalidade das formas<sup>163</sup>.

#### 4.7 Princípio da isonomia: paridade de armas (art. 7º)

Quadro 7 –

Anteprojeto	Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação das sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.
PL nº 8.046/2010	Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação das sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

O dispositivo assegura a chamada *paridade de armas* entre as partes. A norma está associada à imparcialidade do juiz que, como *tertius super partes* não pode estabelecer tratamentos diferenciados para elas em função de suas preferências e inimizades pessoais. Além de comprometer o devido processo e, com isso, a própria justiça da sentença, a exigência de paridade liga-se à impessoalidade exigida de todos os agentes públicos na condução da coisa pública. Tudo isso remete de forma evidente ao *princípio da isonomia* (CF, art. 5º, *caput*), funcionando a paridade de armas como uma incidência específica sua no âmbito do processo.

maximização do lucro, mas veicula a exigência de que se obtenha a maior satisfação possível das finalidades do Estado, com o menor custo possível, seja para o erário público, seja para a liberdade dos cidadãos. ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência, *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 2, v. 4, p.75-80, jan./mar. 2004.

163 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 34.

Ao longo do seu desenvolvimento histórico, a isonomia se transformou e se expandiu consideravelmente: deixou de ser a mera afirmação solene do igual valor moral de todas as pessoas, para determinar não apenas que o respeito à legalidade fosse exigido de todos em idêntica medida, quando da aplicação do direito (*igualdade perante a lei*), mas também que a paridade de tratamento fosse oponível ao próprio legislador (*igualdade na lei*)<sup>164</sup>. Nessa linha, já no plano processual, devem ser concedidas às partes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos para deduzir suas pretensões e se manifestarem no processo<sup>165</sup>. Não se admite que a lei – ou, o que dá no mesmo, a interpretação do direito positivo – conduza injustificada ou arbitrariamente ao reconhecimento de privilégios<sup>166</sup> ou ao abrandamento de ônus<sup>167</sup> para qualquer

164 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 389; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76; BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 356, p. 15, jul./ago. 2001. p. 10.

165 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 152-153; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 55. V. também CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Dombo Beheer B.V. v. Países Baixos*. Requerimento nº 14.448/88, 27 out. 1993, § 33: “quando a lide envolve interesses privados contrapostos, a ‘igualdade de armas’ significa que a cada parte deve ser concedida uma oportunidade razoável para apresentar sua causa – inclusive suas provas – em condições que não a coloque em substancial desvantagem *vis-à-vis* seu adversário” (tradução livre).

166 Nessa linha, o STF emprestou interpretação conforme ao art. 18, I, a, da Lei Complementar nº 75/93, com o objetivo de afastar a leitura que permitia ao membro do Ministério Público Militar tomar assento entre os magistrados – v. STF, DJ 25 nov. 1994, RMS 21.884/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, parcialmente transcrito na nota nº 47, *supra*.

167 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.255/SP. Rel. Min. Marco Aurélio: “DIREITO INSTRUMENTAL - ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição. [...] PROCESSO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elastecendo prerrogativa constitucionalmente aceitável. RECURSO - PRAZO - NATUREZA. Os prazos recursais são peremptórios. RECURSO - PRAZO - TERMO INICIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da

das partes.

Contudo, já se reconhece que a isonomia não é intolerante a quaisquer formas de discriminação – até porque a desequiparação de situações de fato é uma característica funcional da lei<sup>168</sup>. A circunstância de os seres humanos terem o mesmo valor moral não significa que, *de fato*, sejam iguais em tudo. E à diversidade das relações sociais pode corresponder um tratamento legislativo diferenciado<sup>169</sup>, razão pela qual se diz que a isonomia não se confunde com o igualitarismo<sup>170</sup>, mas apenas proíbe que se estabeleçam distinções entre situações idênticas<sup>171</sup>.

---

ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discricção do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o 'ciente', com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se princípios consagradores da paridade de armas”.

168 Já que legislar envolve necessariamente a discriminação de situações a fim de dar-lhes tratamentos distintos. Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 64, p. 91, out./dez. 1979.

169 CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985. p. 57-58.

170 BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 356, p. 15, jul./ago. 2001.p. 10.

171 O problema é definir quem são os iguais, ou quais são os caracteres relevantes para distinguir uma situação de outra. Para solucionar essa questão, doutrina e jurisprudência apontam alguns critérios: (i) o traço diferencial adotado deve ser encontrado na própria pessoa, coisa ou situação, e não pode ser tão específico que permita uma concentração no presente e definitiva de um único indivíduo a se sujeitar ao regime; (ii) deve haver uma correlação lógica entre o critério de discrimen adotado e o tratamento legal diferenciado; (iii) este deve ser adequado à finalidade que busca promover, além de necessário e proporcional em sentido estrito; (iv) o fim da distinção deve corresponder a algum valor consagrado pela Carta Federal. A ideia de que a desequiparação deve ser proporcional é pacífica na jurisprudência, tanto no Brasil quanto no exterior e até mesmo na jurisdição supranacional. V. STF, DJ 30 set. 1994, RMS 21.045/DF, Rel. Min. Celso de Mello; PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n° 644/94, Rel. Cons. Monteiro Diniz; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *McMichael v. Reino Unido*, Acórdão de 24 fev. 1995, Série A n° 307-B, p. 28, § 97; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84, de 19 jan. 1984. Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização*. Opinião Consultiva OC-11/84, de 19 jan. 1984, solicitada pelo

Além disso, em certos casos, a igualdade não apenas autoriza, como *impõe* a criação de tratamentos jurídicos diferenciados como forma de superar desigualdades de fato capazes de diminuir ou esvaziar a fruição de direitos fundamentais. É a chamada *igualdade de oportunidades* ou de *chances*, ou ainda, *igualdade através da lei*<sup>172</sup>. O ponto é continuamente lembrado para justificar a intervenção legislativa em relações materialmente desiguais, como aquelas entre empregador e empregado ou entre fornecedor e consumidor. Nesses casos, a liberdade formal – como ausência de constrangimentos externos – muitas vezes se converte em uma fachada atrás da qual o mais forte simplesmente impõe sua vontade sobre o mais fraco<sup>173</sup>.

Sintetizando o exposto, pode-se dizer que o princípio da isonomia se desdobra hoje em dois aspectos: um *negativo*, consistente na vedação de privilégios e discriminações irracionais, e um *positivo*, que contém, em si, quatro exigências: (i) tratamento igual de situações idênticas; (ii) tratamento desigual de situações substancial e objetivamente desiguais; (iii) tratamento proporcional das situações relativamente iguais, que surge ao legislador, ora como faculdade, ora como obrigação; e, por fim, (iv) tratamento das situações não somente como existem, mas como *devem existir*, em harmonia com os preceitos constitucionais (igualdade através da lei)<sup>174</sup>. Em poucas

---

Governo da Costa Rica, § 57. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1753 MC/DF*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais [...]”.

172 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 383.

173 V. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 158. Na clássica afirmação de Lacordaire, “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta” LACORDAIRE, Henri-Dominique. Cinquante-deuxième conférence. Du double travail de l’homme. In: CONFÉRENCES DE NOTRE-DAME DE PARIS. *Anées 1848-1849-1850*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246, t. 3. (tradução nossa).

174 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 238-240. t. 4.

palavras, a isonomia demanda que os iguais sejam tratados igualmente, e os desiguais, desigualmente, na medida adequada às suas diferenças ou à superação da disparidade fática entre eles<sup>175</sup>.

No âmbito do processo, a desigualdade social repercute diretamente sobre a efetividade dos direitos de acesso à justiça e do contraditório. Afinal, a abertura das portas do Poder Judiciário não é suficiente para que os interessados superem as barreiras de fato que as impedem de formular suas demandas, demonstrar seus pontos de vista e produzir as provas de que necessitam<sup>176</sup>. Como já

mencionado, a minimização desses problemas foi a bandeira do movimento pelo acesso à justiça que, no Brasil, já obteve bons frutos com a progressiva (embora ainda insuficiente) estruturação das Defensorias Públicas, a criação dos Juizados Especiais e a consolidação das ações coletivas. O tema da igualdade de oportunidades no âmbito do processo já foi examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que assim se pronunciou:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas<sup>177</sup>.

Seguindo na mesma linha, o anteprojeto do NCPC determinava ao juiz que velasse “*pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica*”. No substitutivo encaminhado para a Câmara dos Deputados, o Senado Federal optou por “excluir integralmente a parte final do art. 7º, já que a interferência do juiz em casos de hipossuficiência técnica pode importar na violação do princípio da imparcialidade do Juiz”<sup>178</sup>. De fato, caso interpretado de forma

175 Nos EUA, isso também não passou despercebido. V. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Mineola, New York: The Foundation Press, 1988. p. 1438. Trata-se da diferença entre *underinclusiveness* – exclui-se quem, por ser igual aos abrangidos, deveria ter o mesmo tratamento – e *overinclusiveness* – inclui-se aquele que, por ser diferente, deveria ter tratamento diverso. V. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 67-68 (nota de rodapé nº 80).

176 Um tema especialmente complicado envolvia o adiantamento de despesas relacionadas à produção de provas, quando essa última fosse requerida por parte beneficiária da gratuidade de justiça. Em postura claramente incompatível com a normatividade da Constituição, o STJ chegou a afirmar que “[o] Estado, não sendo parte na demanda, não está obrigado a adiantar despesas para realização de exame DNA, mesmo em se tratando de parte que litiga sob o palio da gratuidade. Cabe ao julgador, antes de impor o pagamento da perícia, buscar, em outras provas, às vezes suficientes, a solução da causa. [...] Não se discute a necessidade de o estado amparar os jurisdicionados que não podem pagar para ter seu direito reconhecido, sobretudo em face de mandamento constitucional que garante o acesso a justiça e o auxílio aos mais necessitados. Todavia, não ha norma no plano infraconstitucional a impor ao estado a realização desse exame ou ao seu pagamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MC 863/MS*. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira: No mesmo sentido, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 146.527/MS*. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Posteriormente, ainda na voz do mesmo relator, o STJ parece ter abrandado sua orientação ao afirmar que “cabe ao julgador, uma vez precária a situação econômica das partes, diligenciar junto aos órgãos da comunidade, oficiais ou não, até mesmo à Universidade, a fim de que seja realizado o exame, estimulando, inclusive, a iniciativa estatal a propósito. Somente se esgotadas todas as possibilidades ao alcance, estará desobrigado dessa sua difícil missão (*tollitur quaestio*)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 192.681/PR*. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. O tema foi abordado com especial cuidado pelo anteprojeto do NCPC, que dispôs, em seu art. 83, § 3º: “O valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago ao final pelo Poder Público”. O projeto aprovado pelo Senado manteve, em linhas gerais, a mesma orientação, ao prescrever (art. 97, §§ 3º a 5º):

“Quando se tratar de processo em que o Poder Público seja parte ou a prova pericial for requerida por beneficiário da gratuidade de justiça, ela será realizada preferencialmente por instituição pública ou por perito da administração. §4º Na hipótese de não existir órgão oficial ou perito da administração pública, o valor da prova pericial requerida pelo beneficiário da gratuidade de justiça será fixado conforme tabela do Conselho Nacional de Justiça e pago, desde logo, pelo Poder Público. §5º Se, ao final, o beneficiário da gratuidade de justiça for vencedor, o Poder Público promoverá a execução para reaver do vencido os valores adiantados para pagamento da perícia”.

177 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-16/99*, de 1º out. 1999, solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos. “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”, § 119.

178 BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do*

muito ampliativa, o dispositivo poderia conduzir à conclusão de que o juiz teria absoluta liberdade para alterar as regras processuais sempre que considerasse que a parte estivesse em condições de hipossuficiência técnica, ainda quando assistida por advogado ou defensor público. Não parece razoável supor que semelhante excesso estivesse entre os planos da comissão de juristas que elaborou o Código. Seja como for, a simples determinação de que o juiz vele “*pelo efetivo contraditório*”, que ainda consta do projeto do Senado, já é suficiente para exigir do juiz que:

I fixe e dilate prazos – para audiências, manifestações e atos processuais em geral – e altere a ordem da produção de provas, tendo em vista as “*necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico*” (NCPC, art. 118, V), o que evidentemente inclui a consideração sobre as condições subjetivas das partes e as dificuldades que possam ter em cumprir as exigências judiciais;

II utilize expedientes expressamente previstos, como a distribuição dinâmica do ônus da prova (NCPC, art. 358), para superar as desigualdades de fato entre as partes, na medida exigida por sua fragilidade e pela dificuldade envolvida na produção da prova;

III explique às partes o que lhes cabe comprovar e as advirta quanto à necessidade de explicar e provar melhor o que alegam<sup>179</sup>; e

IV determine de ofício a produção de provas que considere relevantes, ainda que a parte interessada não as tenha requerido oportunamente<sup>180</sup>.

---

*Código de Processo Civil, e proposições anexadas.* Relator: Senador Valter Pereira. p. 228.

179 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 52. (Terceira Série)

180 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 17591/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. “O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicação do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, portanto, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descurado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias

Como nenhuma dessas exigências específicas foi retirada do NCPC ou proibida pelo texto aprovado, o excesso de zelo do substitutivo – compreensível e louvável – não parece capaz de frustrar os objetivos legítimos do art. 7º, parágrafo único, quando razoavelmente interpretado. Seja como for, não se pode ignorar que o ponto é sensível; o merecido repúdio ao “juiz Pilatos, *que deixa acontecer sem interferir*” não pode conduzir ao extremo oposto, do juiz parcial, que “assuma paternalmente a tutela da parte negligente”<sup>181</sup>.

#### 4.8 Dever de colaboração e lealdade processual (art. 8º)

---

de seu interesse”. Na mesma linha, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 23-240-29-30. (Sétima Série): “Claro está que, realizada a prova por iniciativa do juiz, o respectivo resultado por força aproveitará, no todo ou em parte, a algum dos litigantes: do contrário, haveria sido improfícua a diligência, e nem valeria a pena tê-la levado a cabo... [...] Ora, se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de omitir-se: com efeito, a subsistente falta da prova, conseqüente à omissão, poderia favorecer a outra parte! [...] Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz ‘tanto faz’ que vença o autor ou que vença o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços ou circunstâncias *pessoais* de um ou de outro [...]. Repito, porém: ao juiz não apenas é lícito preferir a vitória da parte que esteja com a razão, seja ela qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo que puder para que a isso realmente se chegue – inclusive, se houver necessidade, pondo mãos à obra para descobrir elementos que lhe permitam reconstituir, com a maior exatidão possível, os fatos que deram nascimento ao litígio, pouco importando que, afinal, sua descoberta aproveite a um ou a outro litigante”.

181 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.p. 239;229. Como lembram CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 56, “é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial [das partes do processo], a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de promover desigualdades”. Nessa linha, constitui um inegável avanço a proibição da inversão do ônus da prova nos casos em que torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (NCPC, art. 359, parágrafo único, c/c inc. II).



## Quadro 8 -

Anteprojeto	Art. 8º. As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)

Como atividade estatal, o processo assume contornos de interesse público que, conquanto não superem o interesse das partes a ponto de lhes retirar a liberdade na matéria, são suficientes para exigir a seriedade e o compromisso de todos na sua boa condução. Ainda que o tema controvertido não ultrapasse a esfera particular das partes envolvidas, a sua resolução é de interesse da coletividade, em certa medida, tanto que atribuída a um órgão do Estado<sup>182</sup>. Como resultado, as pessoas não apenas têm o *direito de participar* do processo (NCPC, art. 5º), mas também o *dever de colaborar* com o Estado-juiz na resolução das lides<sup>183</sup>. Esse dever é imposto a todos, sem exceção – nas palavras do NCPC, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 364). O compromisso com a efetividade e a celeridade do processo pode e deve ser cobrado de todos, no limite do que lhes caiba fazer<sup>184</sup>.

Nesse sentido, dispõe o Código que as partes devem (art. 365): **(i)** comparecer em juízo, respondendo ao que lhes for interrogado; **(ii)** colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; e **(iii)** praticar os atos que lhes forem determinados. Também sobre os terceiros se impõe uma série de deveres, tais como: **(i)** informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; e **(ii)** exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder (art. 366)<sup>185</sup>. Para garantir a observância desses comandos, o NCPC atribui ao juiz o poder de impor sanções e determinar medidas indutivas e coercitivas em caso de descumprimento (art. 366, parágrafo único), além de prever diretamente certas penas<sup>186</sup>. Naturalmente, esses deveres admitem temperamentos conforme as circunstâncias do caso concreto. Assim, *e.g.*, se não puder comparecer à audiência de instrução e julgamento alguém cuja participação seja necessária, admite-se o adiamento do ato (NCPC, art. 347, II). Da mesma forma, partes e terceiros se escusam de exhibir documento que possuam, caso diga respeito, *e.g.*, “a negócios da própria vida da família” ou lhes represente “perigo de ação penal” (NCPC, art. 390, I e III).

Esse dever de cooperação é preenchido por um forte conteúdo *ético*. A efetivação dos valores subjacentes ao processo depende de um real engajamento por parte de todos os seus atores no sentido de concretizá-los<sup>187</sup>.

182 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 13. (Sétima Série).

183 CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Superv. Silvia Faver Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 201-202.

184 Em texto interessante e bem escrito – como todos os seus –, José Carlos Barbosa Moreira aborda esse ponto propondo uma perspectiva da efetividade do processo que não se esgota na consideração do lado ativo das relações jurídicas, na ênfase que costuma ser dada aos direitos. Nas suas palavras: “Pois bem: sem renunciar à mais ínfima parcela de tais exigências, cuja legitimidade não sofre dúvida, experimentemos agora olhar para o problema do ponto de vista oposto. Não será igualmente certo que a Justiça deve ter livre acesso aos jurisdicionados? Que estes não de estar sempre à disposição daquela quando lhe sejam necessários seus serviços? Que também deles é lícito querer igual rapidez e eficiência na respectiva prestação? Em resumo, experimentemos conjugar no espírito estas duas idéias, que jamais deveriam separar-se: de um lado, a de que é preciso que possamos contar com a Justiça; de outro, a de que não é menos preciso que a Justiça possa contar conosco” MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Justiça e nós. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 7. (Sexta Série).

185 Há diversas outras formas de colaboração. Como lembra BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Justiça e nós, cit., p. 14, são exemplos: a disposição de familiares ou vizinhos de levar ao conhecimento do citando a citação realizada com hora certa; a diligência do administrador judicial nomeado para gerir empresa penhorada; e o zelo do depositário particular na execução por quantia certa.

186 É o caso, *e.g.*, do art. 323, § 6º, que comina multa de 2% sobre o valor da causa nas hipóteses de ausência injustificada de alguma das partes na audiência de conciliação; bem como do art. 386, que impõe sejam tidos por verdadeiros os fatos a serem comprovados por documento que um terceiro deixe de exhibir indevidamente.

187 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, p. 348, nov./dez. 2001. p. 350-352. Na mesma linha, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 529.733/RS*. Rel. Min. Gilmar Mendes: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, legal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do fair trial é

Isso remete a um *dever de lealdade* entre todos os participantes; ainda quando ocupem polos diversos, são parceiros no que se refere ao bom andamento do feito e, por influência do contraditório, à prolação da justa decisão. O interesse público subjacente ao processo exige que ele se revista da dignidade adequada aos seus fins políticos<sup>188</sup>. Assim, mesmo divergindo nas suas opiniões, todos devem ter em mira o mesmo propósito: a célere aplicação da justiça. Essa finalidade última supera as diferenças dos envolvidos e lhes coloca na condição de colaboradores necessários, impondo-lhes o dever de solidariedade mencionado acima. Naturalmente, nada disso significa que as partes devam abrir mão de seus direitos ou de suas pretensões em nome de um altruísmo desmedido. Devem, no entanto assim, como os demais atores do processo, portar-se com urbanidade e demonstrar respeito para com os demais, apresentar e defender seus pontos de vista de forma honesta e leal, além de obedecer, no que lhes couber, às determinações judiciais<sup>189</sup>. O tema é bem destacado pelos arts. 80 e 81 do NCPC, que dispõem:

Art. 80. São deveres das partes, de seus procuradores, 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 inú-

---

uma das facetas do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos”.

188 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 73-74.

189 Disso resulta que o cumprimento de decisão judicial não pode ser tomado, em todo e qualquer caso, como expressão de aquiescência, a impedir, e.g., a impugnação do *decisum* pelas vias próprias. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 963.119/RJ*. Rel. Min. Humberto Martins: “O que fez a recorrente foi apenas dar cumprimento a uma ordem judicial, em patente demonstração de sua boa-fé e lealdade processual, para não incorrer nas penas do chamado *contempt of court* e em execução específica, não se configurando a alegada aquiescência, nem explícita nem implícita, pois a recorrente ainda litiga e batalha pelo reconhecimento do direito que entende devido”.

teis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

V - cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final;

VI - declinar o endereço, residencial ou profissional, em que receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva.

§ 1º. A violação ao disposto no inciso V do caput deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo 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.

§ 2º. O valor da multa prevista no § 1º deverá ser depositado em juízo no prazo a ser fixado pelo juiz. Não sendo paga no prazo estabelecido, a multa será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.

§ 3º. A multa prevista no § 1º poderá ser fixada independentemente da incidência daquela prevista no art. 509, § 1º e da periódica prevista no art. 522.

§ 4º. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no § 1º poderá ser fixada em até o décuplo do valor das custas processuais.

§ 5º. Aos advogados públicos ou privados, aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 1º a 4º, devendo sua responsabilização ser apurada pelos órgãos de classe respectivos, aos quais o juiz oficiará.

Art. 81. É vedado às partes, aos advogados públicos e privados, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados, cabendo ao juiz ou ao tribunal, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando expressões injuriosas forem manifestadas oralmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

A lealdade processual procura retirar o caráter absoluto e excessivamente individualista dos direitos, poderes e faculdades relacionados ao processo, prevenindo o abuso dessas posições jurídicas por seus titulares. Imbuído de um substrato ético, voltado às suas finalidades sócio-políticas, o processo deixa de ser visto como a arena pública de uma luta particular, em que os interesses

privados das partes legitimam qualquer atitude ou estratégia, ainda que desonesta ou desleal<sup>190</sup>. Compete ao juiz, na sua função de direção do processo, garantir o bom e célere andamento dos feitos, prevenindo e reprimindo quaisquer atos contrários à dignidade da justiça (NCPC, arts. 118, I e II, e 122).

#### 4.9 Contraditório e ampla defesa (arts. 9º e 10)

Quadro 8 -

Anteprojeto	Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.
PL nº 8.046/2010	(Aprovado o texto original)
Anteprojeto	Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.
PL nº 8.046/2010	Art. 10. (Mantido) Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

Como já mencionado, o princípio democrático se estende sobre o exercício da jurisdição, inclusive para impor a participação dos interessados como elemento indispensável para legitimá-lo (v. *supra*, item nº III.5)<sup>191</sup>. Essa participação, sem dúvida, se opera pela via do direito de ação – i.e., pelo *acesso à justiça* –, que abre às pessoas a possibilidade de provocar o Estado-juiz no sentido de solucionar determinada controvérsia. Mas o direito de participar não se esgota no ato unilateral de postular, exigindo

do também que as decisões sucedam um amplo *diálogo*, no qual todos os interessados possam trazer seus pontos de vista e defendê-los, seja no plano argumentativo, seja no terreno probatório. Por isso se diz que a participação democrática é exercida em âmbito processual por meio das garantias do *contraditório* e da *ampla defesa*<sup>192-193</sup>. Como decorrência delas, a solução da lide não é imposta autoritariamente pelo juiz – como se fosse um deus, um santo ou um sábio –, mas antes decorre de um processo *deliberativo*, no qual o conflito é transformado em um debate de ideias e razões, voltado ao objetivo de se chegar à melhor conclusão<sup>194</sup>.

É a partir desse caráter deliberativo que se compreende a determinação dos arts. 9º e 10 no sentido de que “não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida”, ainda quando se trate de atos que possam ser praticados *ex officio* pelo juiz<sup>195</sup>. Afinal, agir de ofício significa agir sem provocação, não sem reflexão, sendo certo que o debate pode trazer argumentos suficientes até para demover o magistrado da sua intenção original<sup>196</sup>. Nesse sentido, a

192 CRFB, art. 5º, 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”.

193 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 70-71; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53-55. v. 1.

194 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 221, que lembra a visão de Calamandrei do *processo como jogo*, afirmando ser comum que se aponte o processo “como a dinâmica do entrelaço entre uma *tese* sustentada pelo autor e uma *antítese* trazida pelo réu, ambas à espera da *síntese* que virá do juiz”.

195 Interessante observar o que dispõe, a respeito, o CPC francês (art. 16): “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode se valer, na sua decisão, dos fundamentos, das explicações e dos documentos invocados ou produzidos pelas partes, salvo se estas tiverem sido capazes de debater acerca deles em contraditório. Ele não pode basear sua decisão nos fundamentos de direito que tenha suscitado de ofício sem ter anteriormente chamado as partes a trazer suas observações” (tradução livre). Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a “riqueza dessa sábia disposição [o terceiro parágrafo] tem levado a doutrina a erigi-la também em mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição” (*Instituições...*, cit., p. 230).

196 *Ibid.*, p. 230-231.

190 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As bases do Direito Processual Civil. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 11; TARUFFO, Michele. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In: TARUFFO, Michele (Ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 201.

191 Isso se torna ainda mais saliente quando se passa a conceber a interpretação e a aplicação do direito como processos necessariamente criativos, ainda que em graus variados, pois a democracia (e a participação) incidem onde quer que haja criação de normas jurídicas. V. *infra*, comentários ao art. 11; e OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, n. 87, t. 1, p. 46, set. 2002.

garantia do contraditório é suficientemente ampla para exigir que se instaure uma discussão prévia acerca de qualquer questão, processual ou de mérito, de direito ou de fato, prejudicial ou preliminar, que desemboque em ato de natureza decisória<sup>197</sup>. Existe, assim, um *dever de consulta* imposto ao juiz, que determina “o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos (ratio decidendi) da futura decisão ao contraditório”<sup>198</sup>.

Quanto ao seu escopo, o contraditório e a ampla defesa compõem, juntos, uma *pretensão à tutela jurídica*, que envolve a conjugação de três direitos: (i) o *direito de informação*, pelo qual os participantes devem ser cientificados dos atos praticados e dos elementos que constam nos autos; (ii) o *direito de manifestação*, que garante às interessados o direito de se pronunciarem sobre os elementos de fato e de direito debatidos no processo; e, por último, mas não menos importante, (iii) o *direito de ver seus argumentos considerados* pelo Estado-juiz, o qual “exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas”<sup>199</sup>.

O primeiro elemento – *informação* – determina que os atos processuais sejam abertos às partes, ainda quando o acesso de terceiros e do público em geral seja proibido, quando ocorre nos casos de segredo de justiça (é a *publicidade restrita* – v. *infra*, item nº III.10). Mas a garantia não se limita a permitir que as partes tomem ciência do que ocorre no processo. Mais do que isso, ela exige dos órgãos judiciais uma postura ativa no sentido de informar aos interessados (*comunicação processual*) quando forem praticados quaisquer atos processuais pelas outras partes, pelos próprios magistrados, pelos cartórios e até por terceiros ou pelo Ministério Público, na qualidade de *custos legis*<sup>200</sup>. A razão para tanto pode ser encontrada

no segundo elemento apresentado acima, a *manifestação*: se as partes têm o direito de ser ouvidas sobre tudo o que ocorre nos autos, é necessário que lhes seja dada ciência do que ocorre, bem como que se lhes conceda o tempo e as condições suficientes para que se manifestem, seja para opinar, seja para impugnar o que se houver feito. Insere-se aqui o *direito de produzir provas*, na medida em que a instrução do processo é absolutamente essencial para o embasamento das alegações feitas pelas partes e, por via consequência, para o convencimento do juiz<sup>201</sup>. Por isso se diz que devem ser concedidas às partes oportunidades adequadas para que *peçam, aleguem e provem*<sup>202</sup>.

Esses dois primeiros elementos do contraditório – ciência e manifestação – correspondem ao binômio *informação-reação*, frequentemente mencionado pela doutrina processualista: as partes devem saber o que acontece, até para que, caso desejem, possam reagir da forma apropriada<sup>203</sup>. Mas isso tampouco é suficiente. O direito de ser ouvido se tornaria uma promessa vazia se o Estado-juiz pudesse simplesmente ignorar as manifestações das partes quando fosse decidir o litígio<sup>204</sup>. Por isso, atualmente

---

xigível a manifestação das partes após a oitiva do Ministério Público como *custos legis* BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 163.972/MG. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. A emissão de parecer pelo Ministério Público, em segundo grau de jurisdição, como *custos legis*, não rende ensejo a contraditório, não sendo causa de nulidade a falta de manifestação da defesa. 2. Atua o órgão do *Parquet*, em tal caso, como fiscal da lei e não como parte. Precedentes do STJ e do STF”. *Data venia*, a circunstância de o MP não atuar como parte em nada justifica a supressão do contraditório no caso, já que as partes têm o direito de conhecer e se manifestar sobre tudo o que há nos autos, pouco importando sua procedência (adversário, juiz, *custos legis*, serventário etc.).

- 201 A amplitude é bem ressaltada pelo NCPC no art. 353: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz”.
- 202 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 222. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 23.550/DF. Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence. “Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas”.
- 203 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 223.
- 204 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

197 Nessa linha, e mencionando também o art. 16 do CPC francês, v. COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, jul./ago. 2004; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, nov./dez. 2009. p. 138.

198 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, p. 10, nov./dez. 2009. p. 16.

199 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 524-525.

200 Por isso, deve ser revista a orientação segundo a qual é ine-

se reconhece às partes um verdadeiro *direito de influência* sobre o conteúdo dos pronunciamentos judiciais e sobre o próprio andamento do processo<sup>205</sup>. A esse direito corresponde os deveres do Estado de informar, de admitir a manifestação e, especialmente, de *dar atenção* aos argumentos suscitados e às provas produzidas pelas partes, bem como de “considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”. Esse é o terceiro elemento do contraditório, mencionado acima, que remete, ainda, ao dever de fundamentação das decisões judiciais (v. *infra*, item nº III.10)<sup>206</sup>. Não se deve extrair disso a afirmação de que os magistrados estejam obrigados a refutar, extensamente, cada uma das teses trazidas pelas partes; devem, sim, ser enfrentadas *todas* as alegações *relevantes*<sup>207</sup>, tais como aquelas que, uma vez apreciadas, poderiam conduzir à inversão do resultado do julgamento.

Para evitar um equívoco, vale fazer um esclarecimento importante: a proximidade entre *contraditório*

e *ampla defesa* não deve levar a que se compreenda o direito ao contraditório como prerrogativa exclusiva do réu – aquele que, tradicionalmente, se “defende”<sup>208</sup>. Como garantia de participação, o contraditório se estende a todas as atores do processo, incluindo tanto o autor quanto o réu<sup>209</sup>. Ademais, o direito das partes ao contraditório alcança todo e qualquer ato praticado no processo, não se restringindo às hipóteses de “defesa”. Seja como for, importa destacar apenas que o direito ao contraditório não segue apenas o *direito de defesa*, mas também o próprio *direito de ação*.

Sem prejuízo de sua importância, nem o contraditório, nem a ampla defesa são absolutos, comportando limitações impostas pela incidência de outros enunciados normativos relevantes. Assim, por exemplo, nos casos em que o exija a *utilidade* ou a *efetividade do processo* (corolários do *acesso à justiça*), é legítima a prolação de decisões sem a oitiva das partes ou de alguma delas – como ocorre com as medidas de urgência, explicitamente ressalvadas pelo art. 9º, ora comentado. Nessas hipóteses, o contraditório não é eliminado, mas postergado para depois de tomada a decisão<sup>210</sup>. Todavia, tendo em vista o caráter le-

2007. p. 31-32. Tendo em vista a proximidade entre o direito geral de petição e o direito de ação, parece aplicável, a esse último, o que afirmam, em relação àquele MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 543: “Embora o texto constitucional não se refira a um direito de ser informado sobre o resultado da apreciação, parece corolário do direito de petição essa consequência. Pieroth e Schlink anotam, referindo-se ao direito constitucional alemão que, da fórmula constitucional adotada [...], resulta, literalmente, apenas um direito a se dirigir ao órgão competente, que permitiria extrair também para a outra parte o dever de receber a petição, o que reduziria imensamente o significado jurídico do instituto. Por isso, afirma-se que do direito de petição decorre uma pretensão quanto ao exame ou análise da petição (*Prüfung*) e à comunicação sobre a decisão (*Bescheidung*). Da comunicação há de constar informação sobre o conhecimento do conteúdo da petição e a forma do seu processamento. Embora a jurisprudência alemã não vislumbre aqui um dever de motivação, a doutrina majoritária considera que a decisão há de ser motivada. Não parece que deva ser outro o entendimento no Direito brasileiro, tendo em vista a função [do direito de petição] de instrumento de defesa de direitos no nosso sistema constitucional. Não se trata, apenas, de um direito”.

205 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, p. 10, nov./dez. 2009. p. 16.

206 *Ibid.*, p. 525. No mesmo sentido, v. CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Superv. Silvia Faver Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 197-201.

207 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 249.

208 Ainda que se possa dizer que o autor também exerce um direito de defesa, ao “responder” em réplica às alegações novas suscitadas pelo réu (NCPC, arts. 337 e 338), o emprego do termo *defesa* nesse sentido não corresponderia, aqui, ao seu uso comum.

209 Nesse sentido, “tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 135. V. também MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo: curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 313. v. 1. Isso se extrai também dos diplomas internacionais pertinentes, que destacam que o *direito de ser ouvido* pelos tribunais alcança não apenas a definição dos direitos, mas também das obrigações – vale dizer, aplica-se indistintamente ao credor e ao devedor, alegados ou efetivos. V. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. Leg. nº 226/91; Dec. nº 592/92), art. 14, 1: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias [...], na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. Leg. nº; Dec. nº 678/92), art. 8º, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias [...], 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”.

210 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53-55. v. 1. p. 54-55.

gitimador do direito ao contraditório, bem como a proibição de que se restrinjam *desnecessariamente* direitos fundamentais (princípio da proporcionalidade), a prolação de decisões sem prévia manifestação dos interessados deve ser vista como algo *excepcional*, somente sendo admitida quando a utilidade do processo ou a sobrevida do direito material torne indispensável o adiamento do contraditório<sup>211</sup>. Esse é o sentido dos pressupostos das medidas de urgência – *periculum in mora e fumus boni iuris* –, tão frouxamente aplicados na prática forense<sup>212</sup>.

A exceção prevista no art. 10, parágrafo único, do NCPC, relativa ao art. 307, diz respeito aos casos de *improcedência liminar do pedido*, situações em que o juiz profere sentença antes mesmo de citar o réu<sup>213</sup>. Nesse caso, não há maiores problemas envolvidos, uma vez que o autor terá sido ouvido e o réu – único a ser ignorado – não será prejudicado, já que a sentença de mérito terá julgado improcedentes os pedidos do autor. Incide, aqui, a máxima *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), intimamente associada à instrumentalidade do processo<sup>214</sup>.

211 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 28-29.

212 No NCPC, esses pressupostos constam do art. 276: “A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de o risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.

213 NCPC, art. 307: “Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306”. Dispõe o art. 306: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de três dias, reformar sua sentença. §1º Se o juiz não a reconsiderar, mandará citar o réu para responder ao recurso. §2º Sendo a sentença reformada pelo tribunal, o prazo para a contestação começará a correr a contar da intimação do retorno dos autos”.

214 por todos, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *MS 15.111/DF*. Rel. Min. Gilson Dipp. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. *MS 15.111/DF*. Rel. Min. Gilson Dipp: “Apenas se proclama a nulidade de um ato processual quando hou-

O contraditório cede também em face da *autonomia da vontade*, a fim de não se converter de direito fundamental em dever inescapável. Lembre-se, aqui, do princípio dispositivo, já discutido anteriormente (v. *supra*, item nº III.2). O Estado-juiz é *obrigado* a comunicar às partes a respeito dos atos processuais e a lhes dar a oportunidade de se manifestar, mas as partes não estão, elas próprias, *obrigadas* a tomar ciência dos atos, pronunciar-se ou mesmo pleitear a produção de prova, assumindo os riscos que daí decorram<sup>215</sup>. Entre esses riscos incluem-se, sem pretensão de exaustividade: a *preclusão* (NCPC, art. 494) e o *trânsito em julgado* de decisões desfavoráveis (LINDB, art. 6º, § 3º); a decretação da *revelia* (NCPC, art. 331); e a pena de *confissão* (NCPC, arts. 331 e 371, § 1º). Nada obstante, tendo em vista que a reação pressupõe a informação, quando a ciência for dada de forma pouco confiável (e.g., pela citação por edital) e a parte permanecer inerte, impõe-se uma reação obrigatória, um contraditório efetivo e real, com o objetivo de proteger minimamente os direitos do interessado. Nessa linha, o NCPC determina ao juiz que nomeie *curador especial* para o réu revel citado por edital ou com hora certa (art. 72, II), tendo o curador o dever de apresentar defesa, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes<sup>216</sup>.

A exigência do contraditório efetivo é uma demonstração de que não basta ao Estado uma postura passiva quanto ao ponto, como se fosse um mero observador do contraditório. Ao contrário, cabe-lhe um papel ativo para assegurar, na realidade do processo, que o contraditório seja observado. Com isso, o juiz se torna, ele mesmo, um partícipe do contraditório, atuando por meio: (i) da *direção* do processo, impulsionando-o e saneando-o

ver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*”.

215 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29.

216 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 153-154; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 116. v. 1. P. 223-224. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 180.349/SP*. Rel. Min. Cezar Asfor Rocha. “Nulidade da r. sentença declaratória da falência e de todos os atos dela decorrentes, sendo anulado o processo a partir do momento em que, citada a falida por edital e decretada a revelia, não lhe foi nomeado curador especial, o que deverá ser feito pelo magistrado de primeiro grau, nos termos do art. 9º, II do Código de Processo Civil”.

(NCPC, arts. 118 e 342 e ss.); **(ii)** da *iniciativa probatória*, determinando de ofício a produção das provas que considere relevantes (NCPC, art. 354); e **(iii)** do *diálogo* com as partes, a fim de tentar conciliá-las (NCPC, art. 118, IV), de esclarecê-las quanto ao ônus da prova, bem como de adverti-las a respeito da necessidade de provar melhor<sup>217</sup>. Como visto, esse parece ser o sentido do já examinado art. 7º, parte final, do NCPC<sup>218</sup>: o juiz não pode se substituir às partes ou a seus procuradores, mas tampouco deve se eximir de buscar os elementos necessários à formação da sua convicção ou mesmo de explicar ou advertir os interessados quanto aos seus deveres e ônus processuais.

Ainda quanto à limitação do contraditório e da ampla defesa, não se pode ignorar que existem procedimentos que restringem os meios de prova admitidos ou até mesmo as alegações que podem ser formuladas pelos interessados. Do primeiro caso, são exemplos os ritos do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, que não se abrem à dilação probatória e, por isso, somente permitem a produção de prova documental pré-constituída. Já a segunda hipótese compreende os procedimentos de *contenciosidade limitada*, tais como a homologação de sentenças estrangeiras, a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias<sup>219</sup> e a ação de desapropriação<sup>220</sup>. Tais restrições se justificam, ora pela celeridade do rito (caso do mandado de segurança), ora pela natureza limitada da medida (caso da homologação de sentenças estrangeiras). Sua constitucionalidade é preservada desde que o exercício do direito amplo de manifestação e produção de prova tenha sido permitido anteriormente (como ocorre nas homologações de sentenças estrangeiras)<sup>221</sup>, ou seja autorizado por vias alternativas, paralelas

aos ritos limitados (é o que se dá com o mandado de segurança – todas as provas que não são comportadas por seu procedimento podem ser formuladas e produzidas em ação ordinária). Quanto às cartas rogatórias, a questão pode assumir diferentes contornos, dependendo do seu objeto, *i.e.*, da medida que se pretende realizar no Brasil: quando se tratar de atos de comunicação – *e.g.*, a citação de alguém que esteja no território nacional –, o *exequatur*, longe de frustrar, serve de instrumento para efetivação da defesa; nas demais diligências<sup>222</sup> – *e.g.*, produção de provas, medidas de urgência –, o exercício da ampla defesa pode e deve se dar no processo que tramita no exterior, não cabendo ao Brasil adotar uma postura de desconfiança para com um igual (CRFB, art. 4º, V) para se imiscuir na condução da jurisdição estrangeira.

Antes de concluir o tema, vale abordar brevemente uma questão comumente associada ao contraditório e à ampla defesa: o direito ao *duplo grau de jurisdição*, que corresponde à possibilidade de revisão de todas as decisões judiciais. Há certa controvérsia quanto à garantia constitucional do mencionado direito no Brasil<sup>223</sup>. Contudo, e ao menos em matéria penal, ele decorre explicitamente de diversos instrumentos internacionais que estão em vigor no País, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>224</sup> e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>225</sup>. Como a jurisprudência da Corte Interamericana vem reconhecendo a incidência, também na esfera cível,

217 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 226-231.

218 NCPC, art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

219 Resolução STJ nº 9/2005: “Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução”.

220 Decreto-Lei nº 3.365/41, art. 20: “A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”.

221 Por isso, a citação regular é requisito indispensável para a homologação de sentenças estrangeiras. V. Resolução STJ nº 9/2005, art. 5º, II; NCPC, art. 916, II.

222 Há sentenças estrangeiras que são objeto de homologação pelo rito mais breve das cartas rogatórias (v., *e.g.*, MERCOSUL. Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (“Protocolo de Las Leñas”, Dec. Leg. nº 55/95, Dec. nº 2.067/96), art. 19). Nessas hipóteses, aplica-se o que se disse acima sobre a homologação de sentenças estrangeiras.

223 Afirmando que a Constituição não garante o duplo grau, v. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39. (Quinta Série). p. 44.

224 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. Leg. nº 226/91; Dec. nº 592/92), art. 14, 5: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei”.

225 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. Leg. nº; Dec. nº 678/92), art. 8º, 2: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

das garantias processuais penais previstas na Convenção<sup>226</sup>, é possível cogitar também da aplicação do duplo grau em processos de natureza civil. Seja como for, a incidência de outros princípios e valores – como a celeridade e a própria eficiência do sistema judiciário<sup>227</sup> – pode legitimar a restrição do duplo grau em causas como as de menor complexidade<sup>228</sup> e aquelas julgadas diretamente por órgãos colegiados de segunda instância<sup>229</sup> ou superiores<sup>230</sup>.

#### 4.10 Princípio da publicidade e dever de motivação das decisões (art. 11)

##### Quadro 9 –

Anteprojeto	Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste Código e nas demais leis, pode ser autorizada somente a presença das partes ou de seus advogados.
PL nº 8.046/2010	Art. 11. (Mantido) Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados ou defensores públicos, ou ainda, quando for o caso, do Ministério Público.

226 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Exceções ao esgotamento de recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b Convenção Americana sobre Direitos Humanos), cit., § 28; Caso “panel branca” (Paniagua Morales e outros) v. Guatemala, cit., § 149; Caso Tribunal Constitucional v. Peru, cit., § 70.

227 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo: curso de processo civil. São Paulo: RT, 2006. v.1. p. 315.

228 É o que ocorre, e.g., nas causas trabalhistas com valor de alçada não superior a dois salários mínimos, em que a sentença só pode ser revista caso se alegue violação à Constituição (Lei nº 5.584/70, art. 2º, §§ 3º e 4º), bem como nas execuções tributárias com valor inferior a 50 ORTN, que só admitem revisão por embargos infringentes, apreciados pelo próprio juízo da execução (Lei nº 6.830/80, art. 34). O regime dos Juizados Especiais adotou solução mais interessante e menos restritiva ao duplo grau: o julgamento de recursos por um órgão colegiado composto por juízes de primeiro grau (CRFB, art. 98, I; Lei nº 9.099/95, arts. 41, § 1º, e 82).

229 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 635/DF. Rel. Min. Nelson Jobim.

230 Mesmo em matéria penal, dispõe a Convenção (Europeia) para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 2º, 2: “Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal. [...] 2. Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”.

A grande marca de uma democracia é ser o regime do poder *visível*. O ponto é especialmente sensível nas democracias representativas, em que o povo não exerce diretamente o poder político. Nesses casos – que correspondem hoje à grande maioria dos Estados democráticos –, cabe-lhe, então, não apenas escolher seus representantes, mas principalmente fazer suas demandas e seus interesses chegarem até os órgãos públicos e fiscalizar sua conduta<sup>231</sup>. Justamente por isso, uma das ideias centrais nesse contexto é a *publicidade* que, nas palavras do Justice Brandeis: “recebe justos elogios como um remédio para doenças sociais e industriais. Diz-se que a luz do sol é o melhor dos desinfetantes; e a luz elétrica, o melhor policial”<sup>232</sup>. A razão para tanto é simples: não há como controlar o oculto, o secreto e o invisível. Como resultado,

Sempre se viu como um dos princípios cardiais do sistema democrático que todas as decisões e, em geral, as atividades daqueles que estejam no poder devam ser conhecidas pelo povo soberano, definido como governo direto pelo povo ou governo controlado pelo povo (e como ele poderia ser controlado caso se mantivesse em segredo?). Mesmo quando o ideal da democracia direta foi abandonado como um anacronismo com o surgimento do vasto Estado territorial

231 Por isso se diz que a democracia corresponde a uma via de mão dupla: a primeira delas chama-se *responsividade* (*responsiveness*) e significa a permeabilidade da esfera política aos interesses e anseios da população (sobre o tema, AZEVEDO, Sérgio de; ANASTASIA, Fátima. Governança, “accountability” e responsividade. *Revista de Economia Política*, v. 22, n. 1 p.85, jan./mar. 2002; DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of democracy: on overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 27-8, oct. 2004; BEZERRA, Heloisa Dias. Atores políticos, informação e democracia. *Opinião Pública*, v. 14, n. 2, nov. 2008); já a segunda mão recebe o nome de *accountability* e envolve a contínua prestação de contas pelos representantes, além da possibilidade de serem responsabilizados pela conduta inadequada (v., por todos, SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Contribuições da Lei de Responsabilidade Fiscal para o avanço da accountability no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 10, n. 47, jul./dez. 2005; DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of democracy: on overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, , oct. 2004; MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Revista Katálysis*, v. 10, n. 2, jul./dez. 2007). Esse caráter dúplice da esfera pública está presente no pensamento de Habermas, segundo FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the public sphere*. Cambridge; London: The MIT Press, 1992. p. 112.

232 BRANDEIS, Louis D. *Other people’s money: and how the bankers use it*. Mansfield Centre: Martino, 1914. p. 92.



moderno (e o pequeno Estado territorial há muito já havia deixado de ser uma cidade-Estado) e substituído pelo ideal da democracia representativa [...], ainda assim o caráter público do poder, compreendido como não secreto, como aberto ao “público”, continuou a ser um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto, indicando assim o nascimento (ou renascimento) do poder público em público<sup>233</sup>.

O que se acaba de dizer se aplica não apenas à esfera político-partidária, mas também, e especialmente, ao âmbito judicial. Afinal, “as garantias da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública”, sendo a publicidade, portanto, ao lado do dever de motivação, “fonte de legitimidade e garantia de controle, pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais”<sup>234</sup>. Cuida-se de projeção dos princípios republicano, democrático e da proteção judicial efetiva<sup>235</sup>, além do direito fundamental à informação (CRFB, art. 5º, XIV)<sup>236</sup>. Os processos e julgamentos secretos remetem não apenas à angústia ficcional de K. em *O processo*, de Franz Kafka, mas também ao suplício, real demais, dos réus da Inquisição, dos tribunais do Antigo Regime e dos julgamentos nas ditaduras<sup>237</sup>.

Dessa forma, o mesmo *princípio da publicidade* que norteia as deliberações administrativas<sup>238</sup> e parlamentares<sup>239</sup>, incide também sobre o processo jurisdicional – tanto assim que a Constituição Federal dedica nada menos que dois dispositivos ao tema (os arts. 5º, LX<sup>240</sup>; e 93, IX<sup>241</sup>), fixando explicitamente a sanção para seu descumprimento: a nulidade dos atos<sup>242</sup>. Como já visto, o

tentativa de empregar nossos tribunais como instrumentos de perseguição” (tradução livre).

238 CRFB, art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

239 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1057 MC/BA. Rel. Min. Celso de Mello. STF, DJ 6 abr. 2001, ADI 1057 MC/BA, Rel. Min. Celso de Mello: “As deliberações parlamentares regem-se, ordinariamente, pelo princípio da publicidade, que traduz dogma do regime constitucional democrático. A votação pública e ostensiva nas Casas Legislativas constitui um dos instrumentos mais significativos de controle do poder estatal pela Sociedade civil”.

240 CRFB, art. 5º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

241 CRFB, art. 93, 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”.

242 Além da Constituição, diversos diplomas internacionais cuidam de destacar a publicidade dos processos. V. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Dec. Leg. nº 226/91; Dec. nº 592/92), art. 14, 1: “[...] Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal [...]”; Convenção (Europeia) para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, art. 6º, 1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e **publicamente** por um tribunal [...]”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. Leg. nº; Dec. nº 678/92) menciona apenas que o processo penal deve ser público (art. 8º, 5). Contudo, a Corte Interamericana vem considerando que as garantias previstas no art. 8º se aplicam também ao âmbito civil, na medida em que se trata de respeitar o devido processo. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Exceções ao esgotamento de recursos internos* (Arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Opinião Consultiva OC-11/90, de 10 ago. 1990, solicitada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, § 28: “*En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido*

233 BOBBIO, Norberto. *The future of democracy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987. pp. 81-82. (tradução nossa)

234 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 486.

235 Associando a publicidade à proteção judicial efetiva, v. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 486.

236 Mencionado especificamente o direito à informação, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1. p. 240.

237 No registro do *Justice Black*, que proferiu a opinião da Corte em *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 268-270 (1948): “A tradicional desconfiança anglo-americana para com julgamentos secretos é muitas vezes remetida ao seu notório uso pela Inquisição Espanhola, aos excessos da *Court of the Star Chamber* inglesa, e ao abuso pela monarquia francesa da *lettre de cachet*. Todas essas instituições obviamente simbolizavam uma ameaça à liberdade. Nas mãos de grupos despóticos, cada uma delas se tornou um instrumento para a supressão de heresias políticas e religiosas, em cruel desrespeito ao direito dos acusados a um processo justo [*fair trial*]. Quaisquer que sejam os outros benefícios que ela possa trazer à nossa sociedade, a garantia ao acusado de que seu julgamento será conduzido em público tem sido reconhecida sempre como uma proteção contra qualquer

princípio da publicidade é previsto, também, no art. 6º do NCPC<sup>243</sup>, sendo densificado ainda em diversas outras disposições codificadas, como as que determinam que: a lista de processos aptos a julgamento seja disponibilizada em cartório para consulta pública (art. 12, § 1º); os atos processuais sejam públicos, podendo ser consultados por qualquer pessoa, salvo em algumas hipóteses (art. 164); a soma de despachos e decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos sejam publicados no Diário da Justiça Eletrônico (art. 172, § 3º); seja garantido às partes e a seus procuradores, assim como ao Ministério Público o direito de fiscalizar a distribuição dos feitos (art. 264); as audiências sejam públicas, ressalvadas as exceções legais (art. 352).

A publicidade não é uma exigência absoluta, devendo ser sopesada com outros direitos e interesses relevantes, que podem recomendar restrições quanto à abertura dos atos processuais à coletividade como um todo<sup>244</sup>.

---

*proceso que se aplica en materia penal*” (destacado no original). No mesmo sentido, v. *Caso “panel blanca” (Paniagua Morales e outros) v. Guatemala*. Sentença de 8 mar. 1998 (Mérito), § 149; *Caso Tribunal Constitucional v. Peru*. Sentença de 31 jan. 2001 (Mérito, reparação e custas), § 70.

243 V. também o art. 11 do NCPC: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados ou defensores públicos, ou ainda, quando for o caso, do Ministério Público”.

244 Sobre o tema, confira-se interessante passagem da *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)*: “[...] é importante não esquecer o porquê de os processos deverem ser submetidos à luz intensa de uma audiência pública. Isso é necessário tendo em vista que a natureza pública do processo desencoraja comportamentos indevidos por parte do tribunal. Ela também conserva a confiança do público na administração da justiça. Permite ao público saber que a justiça está sendo administrada imparcialmente. Isso pode resultar na disponibilização de provas que não estariam acessíveis se os procedimentos fossem conduzidos atrás de portas fechadas ou com a ocultação da identidade de uma ou mais partes ou testemunhas. [...] Qualquer interferência com a natureza pública dos processos judiciais deve, portanto, ser evitada, a não ser que a justiça a exija. [...] Ao decidir quanto ao deferimento de um pedido para a proteção contra a abertura [ao público] do processo, é apropriado que se leve em conta a extensão da interferência com a regra geral [da publicidade] que está em jogo. Uma limitação por um período determinado é menos questionável que uma restrição permanente sobre a divulgação. Uma limitação relacionada apenas à identidade de uma testemunha ou de uma parte é menos questionável que uma restrição que envolva a condução integral ou parcial de procedimentos atrás de portas fechadas”. REINO UNIDO. *England and*

A Constituição admite expressamente que a publicidade seja limitada quando a intimidade das partes assim o recomende. Nesse sentido, o NCPC protege com o *segredo de justiça* não apenas as causas que digam respeito a casamento, separação, divórcio, união estável, filiação, alimentos e a guarda de crianças e adolescentes, mas também, genericamente, todas aquelas “*em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade*” (art. 164, II e III). Incluem-se nessa rubrica mais ampla os processos em que sejam mencionados ou trazidos, à título de prova ou de alegações, documentos e informações protegidas pelo sigilo bancário, fiscal, das comunicações e de dados em geral, bem como fotografias, vídeos ou textos que exponham a intimidade de alguém. Nessas hipóteses, cabe ao juiz sopesar, com o princípio da publicidade, o caráter pessoal, íntimo ou sigiloso das informações ou das provas, a fim de determinar ou não a incidência do segredo de justiça – como se extrai da parte final do art. 93, IX, da Constituição. Naturalmente, será relevante o peso atribuído à restrição da intimidade por seu próprio titular, motivo pela qual não parece razoável que o juiz determine *ex officio* a aplicação do segredo de justiça, salvo em caráter cautelar e apenas até que o interessado se pronuncie.

A Constituição também cogita de uma restrição à publicidade dos atos processuais nos casos em que o interesse social o exigir (art. 5º, LX). No NCPC, o interesse social é apresentado como *interesse público* (art. 164, I). O ponto deve ser examinado com cautela. O segredo de justiça só pode ser decretado quando o interesse público assim *exigir* – *i.e.*, a limitação do princípio da publicidade somente será legítima, no caso, quando houver uma razão de ordem pública que seja relevante o suficiente para se impor sobre a exigência de publicidade<sup>245</sup>. Como, em

---

Wales Court of Appeal. *R. v. Legal Aid Board ex parte T.* [1998] 3 WLR 925, [1998] EWCA Civ 958, [1999] QB 966, [1998] 3 All ER 541.

245 É o que se extrai do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14, § 1º: “[...] A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça [...]”. V. também REINO UNIDO. *England and Wales Court of Appeal. R. v. Legal Aid Board ex parte T.*, cit.: “Qualquer interferência com a natureza pública dos processos judiciais

princípio, todos os atos realizados pelos agentes estatais, no exercício de suas funções, devem ser conhecidos do público, será especialmente difícil justificar o segredo de justiça pela invocação do *interesse público*<sup>246</sup>.

Pode-se cogitar, no entanto, de processos que envolvam informações “cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (CRFB, art. 5º, XXXIII). O dispositivo constitucional mencionado é regulamentado pela Lei nº 12.527/2011, bem como pelo Decreto nº 7.724/2012. Entre as informações sigilosas estão aquelas relacionadas, *e.g.*, a planos e operações militares e às relações internacionais do País. A própria legislação cuidou de encontrar solução ponderada para esses casos: embora proíba a negativa de acesso a informações necessárias à tutela de direitos fundamentais, a lei determina que ele só se estenderá a quem dele precise, criando-lhe a obrigação de resguardar o sigilo em relação a terceiros (Lei nº 12.527/2012, arts. 21 e 25, § 1º).

Paralelamente a isso, em interessante inovação, o NCPC autoriza que corram sob segredo de justiça os feitos “que dizem respeito ao cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo” (art. 164, IV). A carta arbitral é um mecanismo de cooperação nacional, tal como as cartas precatórias e as cartas de ordem, devendo atender “no que couber, aos requisitos da citação por mandado e será instituída com a convenção de arbitragem, a prova da nomeação do árbitro e a prova da aceitação da função pelo árbitro” (NCPC, art. 69, § 2º). Ela foi criada com o objetivo de melhorar a comunicação entre os árbitros e o Poder Judiciário<sup>247</sup>: quando o tribunal arbitral houver por bem solicitar, ao Judiciário, a realização de qualquer ato – como a imposição de medidas coercitivas (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º) – deverá fazê-lo por meio da carta arbitral.

Como se percebe, o cumprimento das cartas arbi-

deve, portanto, ser evitada, a não ser que a justiça a exija”

246 Salvo, é claro, o sigilo for determinado por regra constitucional expressa, como ocorre com as votações do Conselho de Sentença dos Tribunais do Júri (CRFB, art. 5º, XXXVII, *b*).

247 A carta foi criada por emenda de iniciativa do Professor e Senador Regis Fichtner, acolhida pelo Relator-Geral da matéria no Senado. BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas*. Relator: Senador Valter Pereira. p. 82; 195.

trais é uma medida acessória à arbitragem, já que é perante os árbitros que se desenrola a solução da controvérsia. Sendo assim, parece conveniente e justificável que, convencionalmente a confidencialidade do procedimento principal (arbitragem), deve o mesmo sigilo comunicar-se aos mecanismos acessórios, ainda que eventualmente levados a efeito pelo Judiciário (cumprimento da carta arbitral)<sup>248</sup>. Se é lícito às partes convencionarem o sigilo do procedimento arbitral – que diz respeito somente a elas, como forma *privada* de solução de controvérsias, relativas a *direitos patrimoniais disponíveis* –, não há por que esvaziar a eficácia de uma manifestação válida de vontade apenas para a realização de incidentes pontuais pelo Poder Judiciário<sup>249</sup>. O dispositivo parece comedido e equilibrado ao atribuir o sigilo apenas à carta arbitral, em vez de estendê-lo a *todo e qualquer* processo judicial relacionado à arbitragem confidencial (como seria o caso, *e.g.*, da anulação da sentença arbitral) – hipóteses em que a aplicação do segredo de justiça envolveria uma ponderação mais complexa entre os interesses privados envolvidos e o interesse público no controle do Poder Judiciário<sup>250</sup>.

248 Parece ter sido essa a lógica que motivou o Relator-Geral, ao acolher, com alterações, a emenda, proposta pelo Senador Regis Fichtner. Nas palavras do Relator: “A Emenda nº 22 merece acolhimento com pequeno ajuste de redação já que, quando se estabelecer a confidencialidade na arbitragem, **tal regra deve se estender ao cumprimento da carta arbitral**, com a previsão de que o processo deve tramitar em segredo de Justiça” (BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas*. Relator: Senador Valter Pereira. p. 201.)

249 O STJ já decidiu que não são taxativas as hipóteses, legalmente previstas, em que se permite a decretação do segredo de justiça, tendo admitido “o processamento em segredo de justiça de ações cuja discussão envolva informações comerciais de caráter confidencial e estratégico”, considerando, para tanto, que era “incontestável que os fatos discutidos neste processo incluem informações de natureza confidencial, conforme consignado no contrato de *joint venture* celebrado entre as partes” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgR na MC 14.949/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi).

250 O tema é controvertido e complexo. Não é pacífica, na jurisprudência comparada, a extensão do dever de confidencialidade da arbitragem. Sobre o tema, com referências variadas, DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*: parte especial: Arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82-83. Apenas para registro, em decisão de 2006 (4P.74/2006), o Supremo Tribunal Federal da Suíça decidiu que, embora o interesse das partes pelo sigilo seja um dos motivos que as conduzem à opção pela arbitragem, a manutenção do

Ainda quanto à publicidade, há um ponto muito importante a ser mencionado. Mesmo nos casos excepcionais em que a abertura dos atos ao público (publicidade plena ou popular) possa ser afastada, a publicidade restrita ou para as partes jamais pode ser eliminada<sup>251</sup>, sob pena de violação à garantia do contraditório<sup>252</sup>. O máximo que se admite é a prolação de decisões urgentes *inaudita altera pars*, e mesmo isso, no entanto, somente deve ser feito quando absolutamente necessário, e havendo imediata comunicação aos interessados, para se manifestarem ou impugnam como entenderem por bem. O tema já foi abordado anteriormente, nos comentários ao

art. 10. De todo modo, importa destacar que, nos casos de segredo de justiça, garante-se às partes e a seus procuradores, assim como ao Ministério Público (quando lhe couber atuar), o direito de estar presentes às audiências e sessões (NCPC, art. 11, parágrafo único), bem como de consultar os respectivos autos<sup>253</sup>, resguardando-se ao terceiro interessado o direito de obter “certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de separação judicial ou divórcio” (NCPC, art. 164, § 1º). Naturalmente, as mesmas restrições se aplicam aos processos eletrônicos (NCPC, art. 164, § 2º).

Dito isso, pode-se passar ao exame do *dever de motivação* das decisões judiciais. Com efeito, o controle sobre os atos do Judiciário não se satisfaz apenas com a publicação da conclusão das decisões; é necessário que seja exposto também o raciocínio que a justifica. Como o exercício da jurisdição não pode equivaler a um ato de vontade, mera expressão de autoridade<sup>254</sup>, os magistrados devem legitimar o exercício do seu poder por meio da *argumentação*<sup>255</sup>, reconduzindo seu pronunciamento a uma decisão majoritária anterior – a Constituição ou uma lei – e, mais do que isso, demonstrando as razões pelas quais consideram que a orientação adotada corresponde à melhor interpretação do direito vigente e das provas produzidas no processo<sup>256</sup>. Isso não apenas permite o controle das decisões judiciais – inclusive pela via dos meios institucionais de impugnação (como os recursos)<sup>257</sup> –, mas

---

segredo, em sede de anulação da sentença arbitral, não depende apenas da vontade das partes, mas exige a demonstração convincente do caráter confidencial da matéria. V. STUTZER, Hansjörg. Arbitration Newsletter Switzerland: Arbitration, confidentiality and the Swiss Supreme Court. Disponível em: <[http://www.thouvenin.com/pages\\_e/text/archiv/arbitration\\_newsletter\\_switzerland37.pdf](http://www.thouvenin.com/pages_e/text/archiv/arbitration_newsletter_switzerland37.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2011.

251 Sobre a distinção entre a publicidade plena ou popular, de um lado, e a publicidade restrita ou para as partes, de outro, v. FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 5. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 74; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 71; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 487.

252 Em matéria penal, vale reportar o que decidiu em recente julgamento a Suprema Corte do Canadá a respeito de disposição legislativa que confere ao *Parquet* o poder de não divulgar informações relevantes, mesmo quando exigido por juízo criminal: “Como decidimos em *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, a Corte ‘vem reiteradamente reconhecendo que razões de defesa nacional podem limitar a divulgação de informações ao indivíduo afetado’ (§ 58). Mas, em *Charkaoui*, tivemos o cuidado de destacar também a importância do princípio de justiça fundamental segundo o qual ‘a uma pessoa cuja liberdade está em risco deve ser conferida a oportunidade de conhecer o caso a ser exposto e a oportunidade de se expor sobre o caso [an opportunity to know the case to meet, and an opportunity to meet the case]’ (§ 61). *Charkaoui* era um caso sobre imigração. Em processos criminais, a vigilância do tribunal para garantir a justiça do procedimento [fairness] é ainda mais essencial. Nada obstante, como interpretamos [a lei que restringe a divulgação] [...], a consequência fundamental é que o segredo de Estado será protegido quando o Procurador-Geral do Canadá considere vital que assim seja feito, mas o resultado será que o acusado sairá livre, caso tenha negado os meios para apresentar uma resposta e uma defesa completas, e os meios menos gravosos não forem suficientes, na opinião do juiz competente, para garantir um julgamento justo” CANADÁ. Suprema Corte. *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6 [2011], § 7.

253 Embora garantida aos advogados o direito de “examinar, em cartório de justiça e secretaria de tribunal, autos de qualquer processo”, o NCPC expressamente ressalva os casos “de segredo de justiça, nas quais apenas o advogado constituído terá acesso aos autos” (art. 104, I). Na mesma linha dispõe o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), no art. 7º, XIII, XV e XVI, *c/c* § 1º.

254 SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 133: “No Estado de Direito, as decisões judiciais são atos de aplicação da ordem jurídico-constitucional, e não pura manifestação da vontade arbitrária das autoridades investidas no poder estatal de dizer o direito. Dentro da *rule of law*, não há lugar oráculos ou decisionismos”.

255 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo: curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 121-124; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32.

256 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 339.

257 V. STJ, DJ 26 fev. 2009, REsp 1.035.604/RS, Relª. Minª. Eliana Calmon: “A fundamentação das decisões judiciais cons-

representa o respeito devido, por um agente do Estado, às partes e à coletividade como um todo, na sua condição de *sujeitos*<sup>258</sup>.

A questão veio se tornando ainda mais relevante à medida que se superou a crença oitocentista na neutralidade do intérprete e o paradigma epistemológico fundado na absoluta separação entre sujeito e objeto<sup>259</sup>. Reconheceu-se que, sendo o direito linguagem, o intérprete sempre tem um grau de participação na definição

das normas<sup>260,261</sup> e até dos fatos, que não chegam ao processo como dados, extraídos objetivamente da realidade, mas como enunciados, vistos ou interpretados pelas partes, pelos peritos, pelas testemunhas ou pelos próprios magistrados<sup>262,263</sup>.

---

titui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores”.

258 Parece pertinente, aqui, a interessante passagem de PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 18: “Há seres com os quais qualquer contato pode parecer supérfluo ou pouco desejável. Há seres aos quais não nos preocupamos em dirigir a palavra; há outros também com quem não queremos discutir, mas ao quais nos contentamos em ordenar.

Com efeito, **para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor**, pelo seu consentimento, pela sua participação mental. [...] Cumpre observar, aliás, que **querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, o que ele diz não constitui uma “palavra do Evangelho”, ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja indiscutível e obtém imediatamente a convicção**. Ele admite que deve persuadir, pensar nos argumentos que podem influenciar seu interlocutor, preocupar-se com ele, interessar-se por seu estado de espírito.

**Os seres que querem ser importantes para outrem, adultos ou crianças, desejam que não lhes ordenem mais, mas que lhes ponderem, que se preocupem com suas reações, que os considerem membros de uma sociedade mais ou menos igualitária. Quem não se incomoda com um contato assim com os outros será julgado arrogante, pouco simpático, ao contrário daqueles que, seja qual for a importância de suas funções, não hesitam em assinalar por seus discursos ao público o valor que dão à sua apreciação**” (negrito nosso).

259 Max Weber já afirmava que, em verdade, o conhecimento científico não é algo neutro e objetivo, já que sobre ele influi, de certo modo e em certo grau, a subjetividade do sujeito cognoscente. Essa constatação ganhou ainda mais força quando o paradigma objetivista ruiu definitivamente também para as Ciências Naturais, com o desenvolvimento da Física Quântica. A partir de então, restou clara a impossibilidade de uma observação plenamente imparcial do objeto do conhecimento. Diante desse quadro e do fenômeno da *pré-compreensão*, a análise de um objeto já contém em si certa projeção do sujeito cognoscente. Sobre o tema, v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28-31.

260 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993 (reimp. 1999). p. 21-22 e 24: “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. [...] Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truismo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *‘law-making’*”.

261 O “aspecto *criativo* de que se reveste função judicante” já era assinalado, na década de 1970, por MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As bases do Direito Processual Civil...*, pp. 9-10.

262 Sobre o tema, há três pontos relevantes a serem mencionados: (i) não é sobre os fatos, mas sobre a *enunciação dos fatos*, que incidem as normas. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33.– o juiz decide sobre aquilo que *supõe* serem os fatos ocorridos, sendo limitado em sua enunciação por constrições de fato (*e.g.*, destruição de provas, elementos probatórios em sentidos diversos) e de direito (*e.g.*, proibição das provas obtidas por meios ilícitos); (ii) a aplicação do direito pressupõe a identificação dos *fatos relevantes* em meio à complexa realidade social, cuja seleção exige um juízo de valor, não de verdade/falsidade; (iii) os fatos não são elementos passivos da aplicação do direito, mas antes condicionam a identificação dos enunciados normativos aplicáveis, bem como a atribuição de peso a eles, em caso de conflito normativo BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 120-123 – daí se dizer que “[a] interpretação também não prescinde de um caso, seja ele real ou hipotético. A norma jurídica, em sua existência abstrata, não é dotada de sentido pleno. Sua compreensão adequada só se efetiva à luz das situações concretas que visa a regular. Nessa ordem de idéias, a interpretação pressupõe pensar de forma conjunta e intrincada o caso e a norma” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 48.

263 Todo esse quadro foi bem considerado por SILVA, Ovídio A. Baptista da Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 456-459 e 463-465), que assim destacou em passagem preciosa: “A exigência de fundamentação das sentenças, hoje consagrada em texto constitucional, justifica-se por várias razões. Uma delas decorre da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de

O dever de motivação será tanto mais intenso quanto mais aberto ou vago for o direito a ser aplicado. O controle sobre o magistrado deve ser maior à medida que lhe caiba mais responsabilidade na criação do direito<sup>264</sup>, como ocorre na aplicação de termos jurídicos indeterminados (e.g., melhor interesse da criança) ou de princípios jurídicos (e.g., moralidade administrativa). Nesses casos, não basta a mera referência à Constituição ou à lei para legitimar a decisão judicial; é necessário que os princípios e termos indeterminados pertinentes sejam construídos argumentativamente até o ponto em que deles se extraia um comando concreto que dê solução ao litígio. Nessa linha – em absoluta consonância com a doutrina –, dispõe o NCPC em mais uma inovação digna de nota (e de

ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. [...] A lei, sonhada como o porto seguro de chegada, tornou-se um obrigatório ponto inicial de dúvidas e incertezas. Esquecer esta verdade – que o direito dos tribunais nos ensina a cada dia –, será o caminho que nos sujeitará à condição de vítimas das mais variadas formas de arbitrariedades, cometidas em nome do que se imagina ser a imparcial aplicação da ‘vontade da lei’, em sentenças que, antes de alicerçarem-se em fundamentos válidos, ocultam as verdadeiras razões de decidir. [...] Além do iluminístico conceito de lei, é igualmente indispensável que questionemos o moderno (racionalista) conceito de prova. [...] A falsidade desta concepção, hoje corrente, aparece em toda a sua dimensão, pois é sabido que as partes podem, sem dúvida, controverter a respeito da existência material da prova, mas é ainda mais indubitável que as controvérsias judiciais têm por objeto o ‘sentido’ que os fatos podem assumir no contexto da lida. O ‘fato’ tratado pelo processo é, sem dúvida, um conceito hermenêutico, a exigir interpretação. [...] De resto, o processo não opera sobre fatos brutos, em estado ‘natural’. Devemos considerar, como advertiu Jerome Frank, que o ‘fato’ pode significar qualquer uma destas coisas: a) um acontecimento compreendido em todos os seus aspectos por um ser onisciente; b) esse mesmo ‘fato’, limitado, porém, pelo conhecimento que a humanidade com suas limitadas capacidades, será capaz, potencialmente, de conhecer; c) esse ‘fato’ visto por um homem particular, através de sua perspectiva limitada e suas peculiares deficiências psicológicas e culturais; d) uma informação (exata ou não) do ‘fato’ transmitida a outros homens, baseada em suas lembranças (exatas ou falsas); quem sabe, premeditadamente falsas; e) apenas uma parcela selecionada de ‘c’, ou de ‘d’ ou de ‘e’ [...]. É uma graça divina – como pensou ouvir José Saramago, no diálogo mantido entre Deus e Jesus – que a lei não tenha uma vontade invariável, mas inúmeras vontades, ou inúmeros ‘sentidos’ que essa ‘vontade’ poderá assumir, em momentos diferentes de seu percurso histórico, a serem revelados pelo intérprete, segundo suas ‘circunstâncias’ e as exigências políticas e sociais de seu tempo, de modo a harmonizar o texto – imperfeita expressão gráfica da norma – com as experiências humanas contemporâneas ao intérprete que o deva aplicar.”

264 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 312.

elogios):

Art. 476. São requisitos essenciais da sentença:  
 I - o relatório sucinto, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;  
 II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;  
 III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.  
 Parágrafo único. **Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:**  
 I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;  
**II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;**  
 III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;  
 IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Art. 477. O juiz proferirá a sentença de mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes. Nos casos de sentença sem resolução de mérito, o juiz decidirá de forma concisa.

Parágrafo único. **Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas.**

#### 4.11 Observância da ordem cronológica de conclusão (art. 12)

Quadro 10 –

Anteprojeto	(Não havia referência ao tema)
PL nº 8.046/2010	<p>Art. 12. Os juízes deverão proferir sentença e os tribunais deverão decidir os recursos obedecendo à ordem cronológica de conclusão.</p> <p>§ 1º. A lista de processos aptos a julgamento deverá ser permanentemente disponibilizada em cartório, para consulta pública.</p> <p>§ 2º. Estão excluídos da regra do caput:</p> <p>I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;</p> <p>II – o julgamento de processos em bloco para aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em recurso repetitivo;</p> <p>III – a apreciação de pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal;</p> <p>IV – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;</p> <p>V – as preferências legais.</p>

Incluído no Senado, o art. 12 do NCPC exige que juízes e tribunais obedeçam à ordem cronológica de conclusão ao proferir sentenças e decidir recursos. Além do defeito na redação – os tribunais não apreciam apenas recursos, mas têm também competências originárias –, o dispositivo parece pecar pelo excesso. Não há dúvida quanto à boa intenção que subjaz à iniciativa, explicitamente voltada a dar uma “solução para a questão da previsibilidade de data para o julgamento dos feitos”<sup>265</sup>. Nada obstante, não parece que a medida tenda a produzir os efeitos esperados.

A instituição de uma ordem cronológica lembra o regime dos precatórios que, apesar dos pesares, têm o objetivo garantir a observância da isonomia quando do cumprimento das condenações impostas à Fazenda Pública – não será, então, a preferência pessoal pelo credor, mas a antecedência do crédito que definirá a ordem de pagamento<sup>266</sup>. Contudo, a importação da mesma lógica para o âmbito decisório soa consideravelmente inadequada. Afirma-se isso por duas razões. Em primeiro lugar, a medida vai de encontro ao espírito de flexibilização presente no NCPC, engessando o Poder Judiciário a uma ordem rígida para prolação de sentenças e para a decisão de recursos, e retirando do juiz o poder e a responsabilidade de racionalizar seu próprio trabalho. Em segundo lugar, a prática mostra que algumas causas são simples e outras, mais complexas, bem como que algumas são singulares, enquanto outras, muito repetitivas. Ao ignorar a singularidade e a complexidade das demandas, para impor ao juiz apenas a observância da ordem de conclusão, o NCPC impede a diminuição do acervo dos órgãos judiciais, chocando-se com o objetivo de garantir a celeridade dos feitos (CRFB, art. 5º, LXXVIII). Afinal, por mais simples e repetitivos que sejam, os feitos não poderão ser decididos de plano, mas precisarão aguardar o exame de todos aqueles levados à conclusão anteriormente, que podem exigir mais tempo e maior dedicação.

## 5 Conclusão

Vivemos em um momento de aproximação entre o direito constitucional e o processo civil. Uma boa de-

monstração disso é o Novo Código de Processo Civil, que inova não apenas ao incluir uma Parte Geral, mas também, e especialmente, ao utilizá-la para fazer uma explícita interlocução com os princípios e valores albergados pela Constituição Federal. Enquanto aguarda aprovação definitiva no Congresso Nacional, o NCPC ainda é uma promessa – mas, no que depender de seu primeiro Capítulo, uma *boa promessa*, que indica a intenção do legislador ordinário no sentido de retirar do processo o ranço formalista que ainda o impregna e conferir a ele, definitivamente, o *status* que merece, como garantia justa e efetiva dos direitos materiais.

Naturalmente, porém, a concretização desse ideal não depende apenas do legislador. Por maiores e mais qualificados que sejam, os esforços da comissão de juristas e dos parlamentares produzirão resultados modestos demais se o desejo de mudar não for acolhido também pela doutrina e, principalmente, pela prática do direito. De nada adianta a afirmação de valores e princípios, se a tutela real dos direitos ainda se enreda na burocracia arcaica e no tecnicismo sem limites. O processo é, sim, o espelho de uma cultura<sup>267</sup>, e é necessário mudar a cultura se se pretende mudar o processo. Mas a mudança deve partir de algum lugar. Nas palavras sempre precisas de José Carlos Barbosa Moreira:

Instrumento que é da realização efetiva do direito material, não pode obviamente o processo chamar a si a responsabilidade primária pela consecução plena de tais objetivos. Nenhuma “revolução” puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas. Com reconhecimento, porém, não se exonera o processualista, comprometido com os valores que acima sucintamente se apontaram, do dever de colaborar, no campo de sua especialidade, para a respectiva promoção. E semelhante tarefa naturalmente se desenvolverá em dupla perspectiva: *de lege lata*, pela análise do ordenamento vigente, com o propósito de revelar-lhe o perfil, do ponto de vista indicado, pondo em realce, sempre que caiba, potencialidades mal exploradas pela exegese tradicional; *de lege ferenda*, mediante a apreciação crítica das normas em vigor e o oferecimento de sugestões de reforma<sup>268</sup>.

265 BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil. *Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas*. Relator: Senador Valter Pereira. p. 189.

266 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE 132.031/SP*. Rel. Min. Celso de Mello.

267 Franz Klein, v. apud CAPPELLETTI, Mauro. Problemas da reforma do processo nas sociedades contemporâneas, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 318, p. 120-121, abr./jun. 2002. p. 120.

268 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito Pro-*

A comissão de juristas nomeada pelo Presidente do Senado aceitou uma árdua tarefa e a cumpriu com zelo e dedicação. O Senado apreciou rapidamente o projeto, sem descuidar do cuidado, já demonstrado pela comissão, de abrir a tramitação da matéria à participação dos interessados. Muitas críticas foram feitas e muitas outras vão surgir. Por mais que aspire à perfeição, nenhuma obra humana jamais a atingirá. Ainda assim, cabe a todos nós – partes, operadores, parlamentares, acadêmicos – contribuir para que possamos sempre dar mais passos adiante, identificando e resolvendo problemas. Com a proposta e a aprovação de um novo código pelo Senado, já se deu um passo importante nesse sentido. Ainda assim, não há dúvida: somente avançaremos se nos dirigirmos todos ao mesmo lugar. O compromisso é essencial; como coletividade, só podemos prosseguir se caminharmos juntos.

### Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica. In: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- ALVES, Maristela da Silva. Processo e Constituição. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 27, n. 85, t. 1, mar. 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 2, v. 4, jan./mar. 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Sérgio de; ANASTASIA, Fátima. Governança, “accountability” e responsividade. *Revista de Economia Política*, v. 22, n. 1 p.85, jan./mar. 2002.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAPTISTA, Patrícia. A Justiça e nós. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta Série).
- BAPTISTA, Patrícia. As bases do Direito Processual Civil. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BAPTISTA, Patrícia. Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1994. (Quinta Série).
- BAPTISTA, Patrícia. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Org.). *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BAPTISTA, Patrícia. O poder judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 304, p. 152, out./dez. 1988.
- BAPTISTA, Patrícia. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1989. (Quarta Série).
- BAPTISTA, Patrícia. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 27, n. 105, jan./mar. 2002.
- BAPTISTA, Patrícia. Privatização do processo? In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001. (Sétima Série).
- BAPTISTA, Patrícia. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001. (Sétima Série)
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O princípio republicano, a Constituição brasileira de 1988 e as formas de governo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 356, p. 15, jul./ago. 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação (Versão provisória para debate público)*. Mimeo., dez. 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 7 jan. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. t. 1.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 240, abr./jun. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y Constitución. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- BEZERRA, Heloisa Dias. Atores políticos, informação e democracia. *Opinião Pública*, v. 14, n. 2, nov. 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *The future of democracy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1987.
- BRANDEIS, Louis D. *Other people's money: and how the bankers use it*. Mansfield Centre: Martino, 1914.
- CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Superv. Silvia Faver Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas da reforma do processo nas sociedades contemporâneas, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 88, n. 318, p. 120-121, abr./jun. 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 358, nov./dez. 2001.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 64, out./dez. 197
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, n. 16, abr. 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 116, jul./ago. 2004.
- DIAMOND, Larry; MORLINO, Leonardo. The quality of democracy: on overview. *Journal of Democracy*, v. 15, n. 4, p. 27-28, oct. 2004
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte especial: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DUBOIS, Jean et al. *Dicionário de lingüística*. 8. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig. *Habermas and the public sphere*. Cambridge; London: The MIT Press, 1992.

- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GALDINO, Flavio. Acesso à justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Superv. Silvia Faver Torres. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, n. 10, abr./jun. 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LACORDAIRE, Henri-Dominique. Cinquante-deuxième conférence. Du double travail de l'homme. In: CONFÉRENCES DE NOTRE-DAME DE PARIS, 1848, 3. Paris. *Années 1848-1849-1850*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. t. 3
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.
- LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, out./dez. 1998.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 2. ed. São Paulo: Hedra, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo: curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2006. v. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MENDES, Denise Cristina Vitale Ramos. Representação política e participação: reflexões sobre o déficit democrático. *Revista Katálysis*, v. 10, n. 2, jul./dez. 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria geral do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. De l'esprit des lois. In: *Œuvres de Montesquieu*. Paris: A. Belin, 1817. t. 1.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: TEMAS de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1984. (Terceira Série).
- MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.
- OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 29, n. 87, t. 1, set. 2002.
- OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 173, jul. 2009.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1982.
- ROSAS, Roberto. Devido processo legal e abuso de poder. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Contribuições da Lei de Responsabilidade Fiscal para o avanço da accountability no Brasil. *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, v. 10, n. 47, jul./dez. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória e procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: Os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 108, abr./jun. 2006.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, abr. 2002.
- SOUSA, José Augusto Garcia de. Em defesa dos embargos infringentes: reflexões sobre os rumos da grande reforma processual. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 106, n. 410, jul./ago. 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STUTZER, Hansjörg. Arbitration Newsletter Switzerland: Arbitration, confidentiality and the Swiss Supreme Court. Disponível em: <[http://www.thouvenin.com/pages\\_e/text/archiv/arbitration\\_newsletter\\_switzerland37.pdf](http://www.thouvenin.com/pages_e/text/archiv/arbitration_newsletter_switzerland37.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- TARUFFO, Michele. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In: TARUFFO, Michele (Ed.). *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas polêmicas surgidas após a divulgação do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, set. 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 5, n. 25, jul./ago. 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n. 33, nov./dez. 2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.). *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2<sup>nd</sup>. Mineola, New York: The Foundation Press, 1988.