

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”  
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**RENATO LUIS MELO FILHO**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO: A BUSCA PELA CELERIDADE E  
SEUS REFLEXOS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**FRANCA**

**2015**

**RENATO LUIS MELO FILHO**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO: A BUSCA PELA CELERIDADE E  
SEUS REFLEXOS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistema Normativo e Fundamentos da Cidadania.**

**Orientador: Prof. Dr. Roberto Brocanelli Corona**

**FRANCA**

**2015**

Melo Filho, Renato Luis.

Constitucionalização do processo : a busca pela celeridade e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais / Renato Luis Melo Filho. – Franca : [s.n.], 2015.

129 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Roberto Brocanelli Corona

1. Direitos fundamentais. 2. Direito processual. 3. Celeridade (Direito). I. Título.

CDD – 341.27

**RENATO LUIS MELO FILHO**

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO: A BUSCA PELA CELERIDADE E  
SEUS REFLEXOS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Sistema Normativo e Fundamentos da Cidadania.**

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Roberto Brocanelli Corona**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015.**

*À sempre querida*  
*Amanda Caroline Mantovani*

## AGRADECIMENTOS

De início, agradeço a Deus por tantas passagens significativas e especiais em minha vida. Principalmente pela união da família, base de tudo e de minha formação enquanto ser humano. Também pelo trabalho, aprendizado, conquistas diárias e pelos frutos colhidos ao longo da jornada. E, sobretudo, embora de forma tão singela, mas certamente dotada de verdade, por Ele ter colocado em minha vida uma pessoa tão especial, Amanda, a quem também devo profundos agradecimentos por todo o companheirismo, amor, dedicação, afeto e convívio cada vez mais engrandecedor. Ao lado dela o crescimento, pessoal e profissional, ganha um sabor diferente, cada vez melhor.

Agradeço a meus pais, Waldir e Fabiana, por, de forma cada vez mais árdua, batalharem diariamente para proporcionar a mim e aos meus queridos irmãos, Gabriel e Bruno, o conforto necessário ao nosso desenvolvimento, bem como pelos ensinamentos e reafirmações diárias de caráter.

Agradeço ao estimado Prof. Dr. Roberto Brocanelli Corona, orientador deste trabalho, pelas ponderações e apontamentos responsáveis pelo enriquecimento de seu conteúdo, bem como pelo apoio irrestrito em mais este projeto acadêmico, que revela o fechamento de um ciclo tão importante em minha vida, fundamental às futuras etapas.

Agradeço, ainda, o apoio do ilustre professor, Dr. Eduardo Arruda Alvim, que durante o desenvolvimento do trabalho contribuiu com um valioso presente de sua autoria.

Como não poderia deixar de ser, agradeço aos ilustres advogados e professores, Ms. Aline Cristina Mantovani e Ms. Carlos Eduardo Gasparoto, cuja parceria rendeu frutos durante a realização do “I Simpósio de Direito Processual Civil” da 13a. Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Franca/SP, bem como pela amizade que transcende os limites acadêmicos.

Por fim, agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP por todo o conhecimento compartilhado neste curso, já que as reflexões em sala sempre foram muito profícuas e sem elas não haveria possibilidade de amadurecimento acadêmico.

*“Use o juiz, as técnicas de hermenêutica a seu alcance para aprimorar a interpretação e aplicação das leis processuais, mas não as ignore, nem substitua a vontade do legislador pela própria.”*

Humberto Theodoro Junior

MELO FILHO, Renato Luis. **Constitucionalização do processo: a busca pela celeridade e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais.** 2015. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

## RESUMO

A vida em sociedade torna necessária a existência de um conjunto de normas reguladoras do comportamento humano. Mas além da sua criação, necessário que possuam caráter de observância obrigatório entre os indivíduos, proporcionando equilíbrio e desenvolvimento social. Para que o Estado exerça sua função jurisdicional de modo eficaz, ao legislador é conferida a missão de concatenar as normas materiais e processuais existentes, criando outras que se façam necessárias ao longo do tempo. Daí nasce o ordenamento jurídico, balizado por interesses públicos e privados, rentes às necessidades dos jurisdicionados insertos no conceito de Estado Democrático de Direito. A Constituição da República de 1988, diploma de hierarquia superior, tutela os direitos sociais não de forma isolada, mas sim permitindo que as próprias garantias contidas em seu bojo possam ser efetivadas, a exemplo, pelo direito processual. Hoje, o acesso à justiça, em seu aspecto positivista, deixa de ser o principal foco do processo. Este, por seu turno, deixa de ser mero instrumento de aplicação do direito material. Agora, não apenas os direitos são formalmente tutelados, como também se busca a construção de um sistema que vise à proteção e eficácia das garantias fundamentais. Ocorre que, perante o Judiciário, permite-se a instauração dos mais diversos conflitos de interesses, o que, dentre outros fatores, impulsiona o crescimento desenfreado do número de demandas ajuizadas (judicialização). Além disso, a prática do ativismo traz novas interpretações à Constituição e causa rebuliço no cenário forense. A celeridade passa a ser vista como uma das poucas alternativas hábeis a desafogar os tribunais. O NCPC, inclusive, surge com a promessa de resgatar a crença dos jurisdicionados no Poder Judiciário, por intermédio dessa celeridade. Todavia, nem sempre a agilidade se mostra salutar para a solução de um litígio, porquanto ainda que processos sejam breves em sua duração, os indivíduos ainda necessitarão da afirmação dos direitos que lhes são prometidos. É dizer, portanto, que a aplicação normativa ao caso concreto deve trazer um resultado que proporcione ao cidadão o verdadeiro sentimento de justiça. Assim, tendo em vista a morosidade Judiciária, a pesquisa tem por escopo responder ao questionamento: não implicará a incessante busca pela celeridade na diminuição da eficácia dos direitos fundamentais, preocupando-se o julgador apenas em pôr fim ao processo, em detrimento da qualidade das decisões proferidas?

**Palavras-chave:** constituição. processo. direitos fundamentais. celeridade. NCPC.



MELO FILHO, Renato Luis. **Constitucionalização do processo: a busca pela celeridade e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais**. 2015. 129 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.

### **ABSTRACT**

The social life makes it necessary to have a set of rules governing human behavior. But beyond its creation, must have mandatory observance character between individuals, providing balance and social development. For the State to exercise its judicial function effectively, the legislature is given the mission to concatenate the existing substantive and procedural standards, creating others that may be necessary over time. Hence arises the legal system, marked by public and private interests, flush the needs of the inserts jurisdictional on the concept of democratic rule of law. The Constitution of the Republic of 1988, the top hierarchy of law, safeguarding the social rights not in isolation, but rather allowing the guarantees contained within it can take effect, such as by procedural law. Today, access to justice, in his positivistic aspect, ceases to be the main focus of the process. This, in turn, stops being a mere instrument for the application of substantive law. Now, not only rights are formally protected, but also seeks to build a system that aims at the protection and effectiveness of fundamental guarantees. It turns out that before the judiciary, allows the establishment of various conflicts of interest, which, among other factors, drives the rampant growth in the number of claims filed (legalization). In addition, the activism of the practice brings new interpretations to the Constitution and causes stir in forensic setting. The speed is seen as one of the few skilled alternatives to unburden the courts. The NCPC even comes with a promise to rescue the belief of jurisdictional in the judiciary, through this quickly. However, not always the agility shown beneficial for the resolution of a dispute, because although proceedings are brief in duration, individuals still need the affirmation of the rights they are promised. It is, therefore, that the rules applying to the case must bring a result that gives citizens the true sense of justice. Thus, in view of the Judicial delays, the research has the scope to respond to the question: not imply the relentless pursuit of speed in decreased effectiveness of fundamental rights, worrying the judge only to end the process, to the detriment of the quality of the decisions rendered?

**Keywords:** constitution. procedure. fundamental rights. celerity. NCPC.

## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>16</b>
1.1 Contexto de Estado Democrático de Direito.....	18
1.2 Direitos fundamentais e princípios na Constituição Federal.....	22
1.3 Neoconstitucionalismo <i>versus</i> Normativismo .....	29
<b>CAPÍTULO 2 PROCESSO CIVIL E SUAS GARANTIAS.....</b>	<b>38</b>
2.1 Evolução do processo civil brasileiro.....	40
2.2 Princípios e garantias processuais.....	46
2.3 O fenômeno da judicialização e o ativismo no sistema brasileiro.....	60
2.4 Novo CPC: solução aos problemas do judiciário? .....	72
<b>CAPÍTULO 3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E CELERIDADE .....</b>	<b>93</b>
3.1 Aspectos do processo civil-constitucional.....	96
3.2 O ‘jurisprudencialismo’ e seus reflexos no primeiro grau de jurisdição.....	102
3.3 Os reflexos da busca pela celeridade na eficácia dos direitos fundamentais e a possível perda da qualidade nas decisões judiciais.....	110
<b>EPÍLOGO.....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>122</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De fato, os seres humanos são indivíduos dotados de notável complexidade. Possuem diferentes ideais, perspectivas, necessidades e, por certo, vivem em grupos heterogêneos que demonstram as tantas desigualdades socioeconômicas existentes, algumas delas bastante acentuadas. As relações entre tais indivíduos, portanto, não podem ser consideradas de outra forma, senão igualmente complexas, eis que envolvem as mais diversas particularidades, advindas, por vezes, dos próprios grupos nos quais referidos indivíduos estejam inseridos.

Com efeito, dos diferentes interesses – sejam eles provenientes da esfera individual ou da esfera coletiva –, passam a surgir prioridades distintas, necessitando-se que sejam supridas (isto é, em todas as esferas). Assim, dentro da organização de Estado, compreendendo povo, território e poder, afigura-se o ente público como provedor dessas necessidades, utilizando-se, sobretudo, de políticas específicas ou de normas programáticas que visem propiciar um mínimo de dignidade existencial.

O Estado contemporâneo contempla a estrutura clássica de divisão de poderes proposta por Montesquieu (em “O Espírito das Leis”<sup>1</sup>), cingindo-os em órgãos independentes, com funções distintas entre si. Ao terceiro dos poderes cabe exercer a função jurisdicional, consistente em aplicar a cada caso concreto as normas que se façam necessárias à manutenção da ordem, seja entre particulares, seja nas relações que envolvam o próprio Poder Público.

Mas à medida que o mundo evolui, o mesmo deve ocorrer com o ordenamento jurídico de um Estado, notadamente porque, alterando-se costumes, surgem novos conflitos de interesses, os quais também devem ser tutelados pelo sistema jurídico. As formas que se dão as mudanças normativas é que são variáveis. Quando uma determinada lei não se mostra eficaz, deve então sofrer emendas, ou ser substituída por outra mais adequada.

Ocorre que sucessivas reformas tornam-se, ao mesmo tempo, prejudiciais ao ordenamento e as incompatibilidades ocasionam problemas de falta de coesão normativa. É o que se verifica com o Código de Processo Civil em vigor (CPC) – Lei nº 5.869<sup>2</sup>, sancionada em 11 de janeiro de 1973. Também denominado Código Buzaid, inspirado no direito europeu, consagrou a tríplice divisão do processo civil (processo de conhecimento, execução e cautelar).

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 5.860, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

Em contrapartida, depois de sofrer sucessivas reformas ao longo do tempo, principalmente na década de 90, o diploma passou a se revestir de burocracias, as quais implicam até hoje no travamento das lides perante os Tribunais.

Não obstante o problema de enfraquecimento da coesão entre leis, nasce também o fenômeno denominado “judicialização”, que pode ser compreendido, em apertada síntese, como a distribuição exacerbada de novas demandas de interesse econômico-político-social, principalmente pela facilitação do acesso à justiça trazida no bojo da Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>3</sup>. Outrossim, a prática do ativismo se revela cada vez mais comum. Em 2010, surge então a proposta de um Novo Código de Processo Civil (NCPC)<sup>4</sup>, revestido da promessa de celeridade na prestação jurisdicional, buscando atender ao clamor dos jurisdicionados nos moldes da Constituição Federal – no sentido de que devem ser respeitadas as garantias fundamentais, porquanto a existência de uma justiça célere, dentre outros fatores, proporciona aos indivíduos o sentimento de verdadeira proteção por parte do Estado.

Todavia, muito embora não se tenha perspectiva de melhorias em relação ao crescente número de demandas, ao menos por ora, a promessa de um julgamento célere implicaria na proximidade dos litigantes ao julgador, proporcionando a solução do conflito de forma eficaz, nos moldes dos direitos fundamentais, em detrimento do atual cenário de morosidade, que por vezes ocasiona o perecimento do direito (ou da necessidade da prestação jurisdicional).

Ocorre que, a exemplo do referido projeto do NCPC, parcela dos estudiosos afirma que, caso entre em vigor, o diploma não representará grandes alterações, muito embora tivesse o dever de trazê-lo. Ao contrário, pode a reforma culminar em uma maior decepção de toda a sociedade, aumentando, inclusive, o abismo já existente entre os órgãos do Poder Judiciário e os cidadãos (jurisdicionados).

A despeito deste cenário, percebe-se que o processo não mais deve ser considerado como mera ferramenta de aplicação do direito material. Ao contrário, o sistema processual, em vigor ou projetado, deve ser considerado e – frise-se – utilizado como instrumento de persecução e afirmação dos direitos sociais, contidos no bojo da Constituição

---

<sup>3</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. p. 9. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/-Constituicao-/Emendas/Emc/emc45.-htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-Constituicao-/Emendas/Emc/emc45.-htm#art1)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>4</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

Federal (CF) de 1988<sup>5</sup>. Ademais, ao se aproximar o direito processual do direito constitucional, o que se estará fazendo é adequar o ordenamento jurídico à realidade, na qual se encontra à evidência a preocupação de todos, no sentido de que as garantias não podem se limitar a promessas inconsequentes do legislador.

Assim, o ponto crucial do dualismo entre celeridade *versus* garantia dos direitos fundamentais é justamente encontrar o equilíbrio existente entre ambos, visto que muito embora seja benéfica a existência de processos céleres, não se pode buscar agilidade a qualquer custo. O Estado-juiz deve aplicar as normas ao caso concreto analisando, sobretudo, os efeitos que as decisões implicarão na vida do jurisdicionado, protegendo os bens jurídicos necessários ao desenvolvimento social e, ainda, à manutenção dos entes federativos e de seus tribunais, em consonância com o dinamismo do Século XXI.

O estudo do processo civil nos revela que a doutrina atual tem se ocupado não apenas com resultados da prestação jurisdicional, isto é, somente com o efeito prático que determinadas ações imprimirão no cotidiano, mas também com medidas que propiciem um melhor andamento dos processos, caracterizando o aperfeiçoamento do serviço forense. Isso se dá, dentre outras formas, mediante a desburocratização dos procedimentos, culminando no aceleração da prestação de tutela pelo Estado, com o intuito de concretizar a garantia de amplo acesso à justiça.

Com efeito, não se pode negar a instauração de um litígio utilizando-se do pretexto de que, a exemplo, não há modelo legal de determinado procedimento previsto em lei. Para tanto, o aplicador da lei deve buscar a solução prática ao caso concreto, fazendo uso, a título de exemplo, da flexibilização dos procedimentos já existentes, como já trataram Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>6</sup> e Camilo Zufelato<sup>7</sup>.

O denominado “processo constitucional”<sup>8</sup> (ou “direito processual constitucional”) revela que o processo não se trata de mero instrumento técnico. Em verdade, caracteriza-se o processo como instrumento ético-jurídico, resultado da soma de fatores políticos, sociológicos e históricos de determinada nação, na busca pela garantia dos direitos fundamentais.

<sup>5</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao-/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao-/Constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2015.

<sup>6</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>7</sup> ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro atual e projetado. In: COLÓQUIO BRASIL-ITÁLIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/-download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db89>>. Acesso em: 3 maio 2015.

<sup>8</sup> ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; KRUGER, Rennan Faria. **Processo constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

Outrossim, sabe-se que o processo não se trata de simples mecanismo de aplicação do direito material, mas de instrumento de persecução da justiça, por meio do qual são aplicadas as normas aos litígios, graças à proximidade do direito processual e do direito constitucional.

Assim, os preceitos constitucionais, aplicáveis a todos os ramos do direito, são complementados pelas garantias trazidas no bojo do CPC. Esta integração entre processo e Constituição representa, pois, mecanismo de (re)afirmação e eficácia de todas as garantias fundamentais, dentro do ordenamento jurídico.

Por outro lado, importante destacar que o processo constitucional não se trata de um ramo autônomo dentro das ciências jurídicas. Em verdade, cientificamente, abrange o processo constitucional duas vertentes, quais sejam, (i) a aqui estudada regulação constitucional dos princípios fundamentais do processo e de organização judiciária, bem como (ii) a própria jurisdição constitucional, trazida à realidade graças ao processo, este compreendido como ferramenta integrante de um sistema maior.

Realmente, dentro de um ordenamento jurídico positivado, a afirmação das garantias constitucionais só é possível por meio de uma estrutura escalonada, que confere competências hierárquicas. E considerando-se as normas jurídicas de modo particular, a sua validade é que vincula o comportamento dos indivíduos, de acordo com a prescrição da lei.

Mas não significa dizer que dentro de um sistema hierárquico um diploma será sobreposto a outro. Na verdade, em havendo observância das garantias basilares individuais e coletivas, o que se fará é justamente a complementação do sistema, trazendo melhores resultados ao âmbito do Judiciário e, por conseguinte, aos próprios jurisdicionados.

Já no que toca à adequação normativa (fruto das alterações verificadas na sociedade), sabe-se, por exemplo, que a elaboração do NCPD possui certa importância porque, não obstante considere amplamente esta proximidade entre Constituição e processo, traz em sua exposição de motivos que o novo código atenderá às necessidades do ordenamento jurídico, com a promessa de reduzir especialmente a morosidade judiciária.

Nesta linha, segundo o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, a comissão de juristas encarregada trabalhou para construir um sistema que privilegiasse a simplicidade da linguagem e do processo em si, objetivando estimular a celeridade, bem como o resultado da própria ação. Isto é, a proposta trata da criação de processos mais modernos, os quais não se olvidarão dos princípios fundamentais, assegurando as garantias trazidas pela Constituição de 1988.

Desta feita, resta inequívoco que a busca pela celeridade processual se mostra muito importante no contexto atual da judicialização, dentro do qual os cidadãos, cada vez mais, levam seus conflitos particulares ao Estado, para o fim de que lhes seja dada uma solução factível; ou seja, para que, dentro do litígio, tenha-se colocado fim efetivo à discussão em análise. Assim, o julgador deve analisar o caso concreto, aplicar o direito vigente e, ainda, certificar-se de que na esfera real aquela medida imposta será cumprida por ambas as partes. Para isso, o juiz deve fazer uso do processo e dos mecanismos garantidores da celeridade, balizando-se sempre pelos preceitos estabelecidos na Constituição Federal.

De outra feita, de se anotar que a brevidade do trâmite processual, considerada isoladamente, não será eficaz de forma a solucionar todos os problemas enfrentados pelo Judiciário quanto ao seu desafogamento e morosidade. De fato, a CF/88 traz o processo como instrumento público de realização da justiça. Todavia, não significa dizer que a justiça só será alcançada por intermédio da instauração de processos judiciais.

Na verdade, há formas outras de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem, por exemplo), as quais, embora não se tratem do objeto do presente estudo, devem ser vistas também como instrumentos garantidores dos direitos dos cidadãos, culminando na diminuição do número de demandas ajuizadas. Ainda assim, em se considerando o trâmite processual, existem mecanismos que também se prestam a garantir que o processo atinja a sua finalidade de forma mais rápida, tal como se vê, a exemplo, no instituto da intervenção de terceiros<sup>9</sup>.

Assim, justifica-se o estudo da constitucionalização do processo como reflexo da integração entre o texto constitucional e o processo civil na busca pela eficácia das garantias fundamentais, contidas na Carta de 1988. No mais, diante do problema enfrentado pelo judiciário, a pesquisa propõe o estudo dos eventuais benefícios e prejuízos que a busca por um processo célere, a qualquer custo, pode implicar em âmbito prático, isto é, na eficácia dos direitos dos cidadãos. A pesquisa almeja demonstrar a importância dos direitos fundamentais no contexto de Estado Democrático de Direito, bem como seus reflexos no cotidiano dos jurisdicionados. Ademais, pretende-se, ao longo do trabalho, evidenciar o atual conceito de constitucionalização do processo. Para isso, será feito um estudo sobre o neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo), como aprimoramento das antigas escolas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico.

---

<sup>9</sup> MELO FILHO, Renato Luis. **O novo código de processo civil e a intervenção de terceiros**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

Dessa forma, tem-se como objetivo a análise da integração entre o processo civil brasileiro e a Constituição da República de 1988, identificando-se as influências que a busca pela celeridade imprime na qualidade das decisões do Judiciário, diante do cenário contemporâneo de judicialização e morosidade.

Nesta esteira, a pesquisa direciona-se para o reconhecimento de que a celeridade, por si só, pode não resgatar a crença dos jurisdicionados no Poder Judiciário. Na verdade, necessária a conscientização de que existem outros meios de solução de conflitos, os quais podem ser utilizados de forma igualmente satisfatória na proteção dos direitos fundamentais.

O que se deve buscar é a coesão normativa, por intermédio da integração entre a Carta Maior e o sistema processual, devendo o processo ser utilizado não apenas como aplicador do direito material, mas sim como efetivo instrumento garantidor de justiça e de pacificação social.

As fontes primárias desta dissertação serão a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil vigente (1973). Ademais, servirá de base para estudo o Novo Código de Processo Civil, aprovado no Congresso Nacional ao final do ano de 2014, além de outras normas infraconstitucionais que guardam relação com o ordenamento processual civil pátrio.

No mais, o trabalho seguirá diante de pesquisas bibliográficas doutrinárias acerca do eixo temático “processo constitucional”, e suas irradiações, tais como “direitos fundamentais” e “celeridade”. Além disso, desde que verificada a credibilidade das respectivas fontes, serão utilizados artigos científicos disponíveis em sítios e revistas eletrônicos.

Dentre os métodos de abordagem existentes, serão utilizados, sobretudo, o analítico e o dedutivo, tendo em vista este permitir que se parta do geral em direção ao específico, enquanto que aquele primeiro se faz necessário para que seja feita uma análise ampla e profunda dos aspectos jurídicos relacionados à temática.

Ademais, a pesquisa tem a intenção de desenvolver, mediante pensamento crítico-analítico, uma concepção contemporânea de garantia dos direitos fundamentais e acesso à justiça, não se limitando a abordagens conceituais do campo terminológico, mas sim, expandindo-se para um raciocínio lógico-realista, tratando da problemática da busca pela celeridade como promessa de resgate da crença dos cidadãos no Judiciário, frente ao processo de integração do ordenamento jurídico nacional, o qual não necessita apenas do processo como meio de obtenção de justiça.



Importante anotar que a pesquisa será dividida em três capítulos, acerca dos quais cumpre indicar o respectivo norteamento das análises que se busca realizar.

Vejamos.

No primeiro dos capítulos será trazido o conceito de Estado Democrático de Direito e seus aspectos intrínsecos, a exposição dos princípios e garantias fundamentais da CF/88, bem como os principais pontos que distinguem o neoconstitucionalismo e o normativismo (ou positivismo).

No segundo capítulo far-se-á a explanação das garantias asseguradas pelo CPC, perpassando-se pela evolução do processo no Brasil, pelos princípios e garantias processuais contemporâneas, além da judicialização e do ativismo, com alguns reflexos no sistema brasileiro e, ao final, pela breve análise da proposta de um Novo código e seus possíveis resultados substanciais (no âmbito prático).

Adiante, o derradeiro capítulo trará em evidência a constitucionalização do processo, com os principais aspectos do processo civil-constitucional e a forma sistêmica de interação do ordenamento jurídico, bem como o ‘jurisprudencialismo’ enquanto prática dos Tribunais Superiores, com seus resultados transportados para a primeira instância e, destarte, seguirá pelos reflexos da busca pela celeridade em relação à qualidade das decisões proferidas no cenário contemporâneo.

Por fim, serão verificadas as considerações finais do estudo.

## CAPÍTULO 1 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conteúdo das normas constitucionais, seu alcance e reflexos – não apenas nos demais diplomas existentes no ordenamento jurídico, mas principalmente no âmbito prático e, assim, na vida dos jurisdicionados –, demonstra a importância crescente que juristas e operadores do direito têm conferido ao estudo desta temática. São observados os valores ali inseridos, tal como as respectivas finalidades e, a par disto, a eficácia das garantias contidas no bojo do texto constitucional. Ocorre que nem sempre se teve consciência da importância que a Constituição possui não apenas para que se dê a evolução dos indivíduos, como também para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos próprios entes públicos.

Esta dissertação não se presta a elencar as garantias fundamentais ou a se aprofundar nesta temática, tampouco indicar em um rol taxativo os princípios constitucionais. Em verdade, o escopo se revela na busca da construção do cenário constitucional contemporâneo, para que se possa estabelecer, nos capítulos vindouros, uma ligação ao sistema processual brasileiro, mormente diante dos reflexos que a busca incessante pela celeridade implica na garantia desses direitos fundamentais.

O que se verificou foi uma natural evolução ao longo das décadas, impulsionada pelo crescimento das necessidades dos cidadãos, alterando-se regimes de governo, políticas públicas e até mesmo os papéis do Estado e da sociedade, ora ficando mais evidente o poder dos governantes, ora as liberdades conquistadas pelos indivíduos nas diversas esferas de seu convívio em sociedade.

Ao final da Idade Média, surge a ideia de Estado Moderno, haja vista a queda da estrutura feudal, que continha poderes descentralizados. O absolutismo nasce com a necessidade de fortalecimento do poder do Estado, havendo a concentração dos poderes nas mãos dos monarcas, os quais detinham a supremacia da vontade e não se deparavam com quase nenhuma limitação. Assim, os atos eram impostos pelos governantes, de forma obrigatória sobre os indivíduos, de modo que não se admitia qualquer oposição ou prestação de contas das suas ações. O poder era tido como divino, portanto, incontestável. O próprio Direito não emanava das leis, mas sim da vontade do Rei.

Em contrapartida, tamanhas as insatisfações e opressões sofridas pelo povo, surgiram os pensamentos iluministas e renascentistas, os quais serviram de base para o movimento conhecido por Estado de Direito, que pregava maiores liberdades aos cidadãos, tratamento igualitário entre todos e o mínimo de interferência por parte do Estado e de seus governantes.

É que o autoritarismo absolutista<sup>1</sup> acabava por tolher a dignidade dos indivíduos, sufocando o seu desenvolvimento enquanto seres humanos, já que eram tratados como verdadeiros rebanhos pelos monarcas.

Com o advento da Revolução Francesa (1789), surge grande agitação política e social, como verdadeiro marco que tinha por objetivo remover os déspotas do poder. E diante dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, os poderes dos reis foram limitados para garantir o desenvolvimento da burguesia, enquanto que a lei passou a ser vista como vontade emanada do povo de forma legítima.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi editada neste período, restando proclamadas em seu bojo as liberdades e garantias fundamentais dos homens. Por seu conteúdo, acabou servindo de base para a futura Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pelas Nações Unidas em 1948.

Pela ideia de Montesquieu quanto à separação dos poderes, aliada à ideia de igualdade difundida por Rousseau, surge o Estado de Direito ou Estado Liberal, no qual o Direito deveria servir como instrumento de garantia das liberdades individuais. No entanto, considerando que o Direito era tido como norma, livre de concepções valorativas (positivismo jurídico), bem como que os regimes totalitários na Alemanha e na Itália em nome da aplicação da lei fizeram verdadeiras barbáries, novamente o modelo se mostrou ineficaz.

Após a queda do Estado Liberal e o término da 2ª Grande Guerra, surge o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Neste contexto, a liberdade deixa de ser o principal foco, preocupando-se a sociedade com uma maneira de garantir a igualdade econômica e social, existente até então apenas no âmbito formal.

A administração pública passa a atuar na busca por melhores condições de vida dos cidadãos. Em contrapartida, alguns direitos individuais passam a ser limitados em benefício do ente público o que, ao longo do tempo, demonstrou a fragilidade e a necessidade do surgimento de um modelo capaz de atuar de forma concreta em todas as esferas, conforme se verá adiante, no modelo adotado pelo país (CF, art. 1º, *caput*), qual seja, o Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> O absolutismo ficou marcado pela ausência de limitação ao poder, sendo certo que os reis eram conhecidos como verdadeiros onipotentes. E nos acrescenta a doutrina: “Evidentemente, este era um exercício irracional de poder, pois o que prevalecia era apenas a vontade do governante.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, v. 71, n. 2, p. 66, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/-Content/Upload/Materia/530.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015.

## 1.1 Contexto de Estado Democrático de Direito

Consoante indicado na parte introdutória deste capítulo, as principais características do Estado de Direito podem ser encontradas na soberania do Estado e na divisão dos poderes, na unicidade do ordenamento e na primazia da lei sobre outras fontes de proteção jurídica, proteção dos direitos individuais, civis e políticos, bem como na proteção à propriedade privada e à liberdade de iniciativa econômica. E a igualdade de todos perante a lei traduz o que Bobbio conclama como uma nova era dos direitos<sup>2</sup>.

Todavia, conforme demonstrado, a queda dos modelos de Estado de Direito e de Estado do Bem-Estar Social fez com que o primeiro deles precisasse ser revisto, conforme explicam os professores Geisa de Assis e Robério Nunes:

A desigualdade material, a injustiça nas relações privadas e públicas, as limitações da proteção jurídica estritamente individual demonstram a inépcia do Estado Liberal para atender os reclamos da nova ordem. Entra em colapso a crença no mercado, posto que além deste nunca ter sido uma arena de promoção de direitos para os patrimonialmente desprivilegiados se incapacitara até mesmo para a sustentação da liberdade econômica. O próprio sistema fundado pelos burgueses precisa de um estado Forte e interventor para permitir a sua intervenção.<sup>3</sup>

Assim, é com a própria Constituição Federal que se torna possível a releitura do Estado de Direito, de modo que no domínio econômico o Estado passa a interferir direta e indiretamente na produção e circulação de riquezas, enquanto que no domínio social ele é convocado para promover a concretização dos direitos individuais e sociais e, com isso, a Administração Pública ganha maior destaque.

O Estado Democrático de Direito não se vincula a um modelo econômico, embora tenha o compromisso de maior inclusão dos cidadãos por intermédio, a exemplo, da democracia participativa, o que acaba trazendo reflexos ao âmbito da economia. Este é, inclusive, um de seus fundamentos, já que a inclusão política por intermédio da democracia – isto é, do processo participativo aberto no tempo – permite que em uma constitucionalização aberta sejam definidos princípios básicos, sem restar vedado que ao longo do tempo determinadas categorias sofram modificações necessárias.

Ao pensarmos no Direito não basta considerar apenas discussões que envolvam legitimidade, mas sim aquelas que envolvam a problematização acerca dos direitos

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 22. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

<sup>3</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de direito: conceito, história e contemporaneidade. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Org.). **Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal**. São Paulo: Ed. Federal, 2006. p. 97.

fundamentais. No mais, de se considerar a dependência recíproca existente entre o processo constitucional e os direitos fundamentais, que se revelam basilares para se desenvolver o pensamento do paradigma do Estado Democrático de Direito.<sup>4</sup>

O direito ao mínimo existencial traduz um dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito, à medida que o Estado deve “[...] garantir as condições materiais que permitam o desenvolvimento da personalidade de cada um, em uma primeira expressão da dignidade da pessoa humana.”<sup>5</sup>

No Brasil, a evolução das constituições demonstra o processo de aproximação ao modelo de Estado Democrático de Direito. A Constituição do Império (1824) apenas aparenta trazer o Estado de Direito, pois nem mesmo com a existência do Poder Moderador ficou garantido o controle do poder, e sua própria origem autoritária vai contra o movimento de limitação do autoritarismo absolutista.

A Constituição de 1891, por seu turno, proclama a República de maneira falaciosa, já que os cidadãos não tinham direitos verdadeiramente assegurados e os interesses da elite oligárquica latifundiária se sobrepunham aos interesses da sociedade, até mesmo com fraudes às eleições.

Adiante, a Constituição de 1934, no início da Era Vargas, não permitiu mudanças significativas nos quadros político e econômico do país, exceto no que tange à criação das leis trabalhistas, do voto secreto e do voto feminino. Em 1937, com o advento do Estado Novo, trouxe uma Constituição com raízes fascistas, sem qualquer liberdade política e mesmo de imprensa.

Já em 1946 a Carta marca o processo de redemocratização do país. No entanto, em 1967 o país sofre o Golpe Militar e, com ele, revelam-se novos desrespeitos aos direitos civis e políticos, tanto na esfera individual quanto na esfera coletiva, no período que ficou conhecido como o passado negro de um regime ditatorial.

O que se verificou ao longo dos anos foram alguns avanços e, ao mesmo tempo, muitos retrocessos, pois a cultura política nunca se preocupou efetivamente com o controle do

---

<sup>4</sup> “Isto fica mais fácil de se perceber quando se verifica que, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais são responsáveis pela estruturação de um modelo constitucionalmente adequado a um processo que seja indispensável a tomadas de decisões legítimas, este mesmo processo é que terá por função a própria garantia e respeito aos direitos fundamentais, numa relação de dependência recíproca.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, v. 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/-Content/Upload/Materia/530.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015. p. 84.

<sup>5</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de direito: conceito, história e contemporaneidade. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Org.). **Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal**. São Paulo: Ed. Federal, 2006. p. 98.

poder. Outrossim, “[...] em situações de confronto o Estado brasileiro nunca respeitou a sua própria enunciação de direitos, sempre utilizando a coisa pública em favor dos interesses das pessoas e dos grupos dirigentes do país.”<sup>6</sup>

Ao depois, o constituinte de 1988 trouxe finalmente o modelo de Estado Democrático de Direito, sem que houvesse vinculação ao regime socialista, como ocorrido em Portugal. No domínio econômico ficaram evidentes os compromissos trazidos no bojo da Constituição da República.

Logo no preâmbulo encontramos a proclamação de que os representantes do povo brasileiro se reuniram em Assembleia Nacional Constituinte “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.<sup>7</sup>

O que se verifica, portanto, é que a instauração da Assembleia Nacional Constituinte se deu em razão da necessidade de proclamação do novo modelo de Estado Democrático. E o preâmbulo da Constituição, em razão de seu conteúdo, se trata de importante fonte hermenêutica constitucional, condicionando a forma de interpretar o texto a este novo modelo, desde a parte dogmática até as disposições transitórias.

Ocorre que não basta trazer no texto a existência formal do Estado Democrático de Direito. Mais que isso, além de assegurar, é preciso concretizar a democracia, a fim de propiciar a igualdade material, diária, real, no tocante ao processo de participação popular efetiva.

Importante destacar que, para que se entenda o conceito de Estado Democrático de Direito, não basta que se reúnam os conceitos formais de Estado Democrático e de Estado de Direito. Necessária se faz a criação de um novo conceito, sem que se olvide dos conceitos destes componentes, mas que os supere na medida em que incorpore a ideia revolucionária de transformação do *status quo*<sup>8</sup>.

Portanto, as noções de Estado Democrático e de Estado de Direito estão reunidas por um componente de transformação social e de promoção da justiça. E o conceito de Estado Democrático de Direito estaria formado pela submissão de todos à lei, pela previsão de separação dos poderes e pela consagração de direitos e garantias individuais (em se tratando

<sup>6</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de direito: conceito, história e contemporaneidade. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Org.). **Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal**. São Paulo: Ed. Federal, 2006. p. 98.

<sup>7</sup> Ibid., p. 99.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 21, jul./set. 1988.

da vertente do Estado de Direito), bem como pelo princípio da soberania popular, com a efetiva participação da sociedade na gestão da coisa pública (em se tratando da outra vertente, de Estado Democrático).

O que se depreende é que o Estado Democrático de Direito é, ao mesmo tempo, o princípio constitucional e a própria ordem que resulta na aplicação deste princípio. O modelo privilegia quatro parâmetros legitimadores, é dizer, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho e a livre iniciativa, e o pluralismo político. Dessa forma, o poder do Estado brasileiro só se justifica para a promoção e a manutenção destes parâmetros (ou valores fundamentais).

De se anotar que o princípio do Estado Democrático de Direito possui um papel fundamental na aplicação do texto constitucional:

O princípio constitucional tem uma dimensão negativa de impor um limite à atividade legiferante, jurisdicional e administrativa, no sentido de não admitir que as mesmas ensejem resultados que contrariem os preceitos constitucionais. Ao mesmo modo tem uma dimensão positiva de propiciar e estimular condutas de todos os Poderes Públicos em favor da concretização dos princípios. Nesse sentido, o princípio do Estado Democrático de Direito impõe não só condutas omissivas, no sentido de não serem violados os valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político, mas também, e aí reside a novidade do constitucionalismo moderno, comportamentos positivos no sentido de efetivamente promovê-los e concretizá-los.<sup>9</sup>

Embora a previsão do princípio do Estado Democrático de Direito seja fundamental na Constituição Federal, não se mostra suficiente para que haja a sua realização. É necessário que haja a sua concretização em todos os setores do Poder Público e até mesmo na esfera privada. “O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação.”<sup>10</sup>

Assim, não apenas os cidadãos têm o dever de fiscalizar os agentes públicos no exercício de suas funções, segundo os ditames do Estado Democrático de Direito, como também devem estes cidadãos se atentarem às ações quotidianas, em perfeita sintonia com este objetivo normativo. “Por isso, para que um dia vejamos concretizado o Estado Democrático de Direito não temos apenas que denunciar o que os outros não fazem por nós, mas temos que fazer, cada um de nós, o que não depende de mais ninguém.”<sup>11</sup>

Por fim, vinculadas aos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, três características fundamentais do Estado Democrático de Direito devem ser destacadas,

<sup>9</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de direito: conceito, história e contemporaneidade. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Org.). **Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal**. São Paulo: Ed. Federal, 2006. p. 99.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

<sup>11</sup> ANJOS FILHO; RODRIGUES, op. cit., p. 100.

pois conseguem sintetizar o que realmente este modelo de Estado significa no âmbito prático, quais sejam, (i) a tendência à dimensão participativa da democracia, (ii) a garantia do acesso à justiça de direitos transindividuais e a concepção de uma instituição especialmente dedicada à defesa da democracia e desses direitos e, ainda, (iii) o compromisso com a probidade da gestão de recursos públicos.

Como se percebe, não se pode mais afastar a noção de constitucionalização do processo e direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito, tal como não se pode mais restringir a noção de processo apenas à função jurisdicional, pela via administrativa do Estado. E, pelo processo, viabiliza-se o exercício simultâneo da autonomia pública e privada dos indivíduos, na medida em que cada um poderá trazer suas considerações pessoais a uma arena pública de debate<sup>12</sup> (ou aos tribunais). Em suma, todo o conjunto de mudanças verificadas foi importante para o reconhecimento dos direitos fundamentais, sendo certo que não se os pode pensar sem que haja um modelo constitucionalmente adequado, razão pela qual necessária a estreita relação entre tais direitos e os princípios constitucionais, conforme se verá no item a seguir disposto.

## 1.2 Direitos fundamentais e princípios na Constituição Federal

Rousseau<sup>13</sup> nos ensina que após a queda do absolutismo, surge espaço para a teoria do contrato social, partindo-se do pressuposto de que o indivíduo se encontra no centro da teoria política e, assim, o Estado teria sido criado por intermédio do pacto entre homens livres e iguais, os quais delegaram a esta figura e aos seus governantes a função de assegurar suas liberdades e seus direitos.

Na passagem para o Estado Democrático de Direito, especialmente diante do crescimento da ideia de direitos fundamentais e da proteção da dignidade humana, a Constituição passa a assumir uma função principiológica, trazendo consigo dispositivos em aberto que permitem uma aferição ampla de seu conteúdo no âmbito prático<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, v. 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/-Content/Upload/Materia/530.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015.

<sup>13</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

<sup>14</sup> ODORISSI, Luiza Ferreira; RIBEIRO, Cívana Silveira. A jurisdição constitucional como garantia da efetivação dos direitos fundamentais: legitimidade e (in)segurança jurídica? In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais, 2., 2012, Joaçaba. **Anais....** Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012.



Com o fim da 2ª Guerra Mundial, verificou-se um fortalecimento do movimento que buscava a internacionalização dos direitos fundamentais, sendo certo que neste contexto é que surgiram os direitos de terceira geração<sup>15</sup>, como fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como reação aos abusos praticados durante os regimes totalitários (nazi-fascistas).

A Constituição passa a ser vista como a expressão máxima dos valores eleitos pela comunidade que a adota, o que, por seu turno, entende-se como a materialização do contrato social de uma ordem democrática inserida no modelo de Estado Democrático de Direito.

Já os direitos fundamentais podem ser divididos em duas facetas: subjetiva e objetiva. Na primeira delas, revela-se a característica desses direitos fundamentais de ensejar uma pretensão de se adotar um determinado comportamento, ou seja, correspondem à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem, respeitando-se a liberdade dos indivíduos.

Lado outro, em relação à faceta objetiva, os direitos fundamentais se revestem de princípios basilares da ordem constitucional, traduzindo-se pela capacidade de se irradiar pelos diversos ramos do mundo jurídico, sendo certo que tais direitos fundamentais devem ser considerados quando da tomada de decisões por parte dos agentes públicos. Portanto, participam da essência do Estado Democrático de Direito, operando como sistema de freios e contrapesos dos poderes e ações do Estado<sup>16</sup>.

Esta realidade propicia o que se denomina de jurisdição constitucional, isto é, à medida que os textos constitucionais passam a contemplar princípios contidos no conceito de

---

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31: “Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passam a ser constitucionalmente reconhecidos. [...] Assim os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da Magna Charta. Referindo-se aos hoje chamados direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, Themistocles Brandão Cavalcanti analisou que “o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas de convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.”. Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade e fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.”

<sup>16</sup> ODORISSI, Luiza Ferreira; RIBEIRO, Cívana Silveira. A jurisdição constitucional como garantia da efetivação dos direitos fundamentais: legitimidade e (in)segurança jurídica? In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais, 2., 2012, Joaçaba. **Anais....** Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012. p. 150.

Estado Democrático de Direito, cria-se um espaço propício para interpretações construtivas e resultam num agigantamento do papel desempenhado pela jurisdição dentro desta nova ordem, como uma espécie de “Estado Jurisdicional”<sup>17</sup>, de modo que ao Poder Judiciário cabe, dentre outras finalidades, concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que confere de certa forma um caráter vinculante a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, com base na ótica da hermenêutica constitucional.

Segundo nos ensina o professor José Afonso da Silva<sup>18</sup>, garantias fundamentais são prerrogativas reconhecidas pelo direito positivo, voltadas a assegurar condições mínimas de existência digna, livre e igual a todos os seres humanos. De acordo com estas prerrogativas, o Estado deve se abster de intervir aleatória ou abusivamente na liberdade, propriedade e segurança dos indivíduos, e afirmativamente deve fornecer amparo social a quem necessitar. No mais, os direitos fundamentais obrigam particulares a patrocinarem seus próprios interesses, em âmbito individual e/ou coletivo.

Acerca do cenário contemporâneo, é possível distinguir as normas constitucionais entre declaratórias, que estabelecem direitos (bens ou vantagens constitucionalmente previstos), e assecuratórias, que fixam garantias (isto é, meios ou recursos destinados a assegurar o pleno exercício de direitos fundamentais ameaçados ou a promover sua justa reparação caso já violados).

No mais, sabe-se que cada direito possui a sua correspondente garantia constitucional. Inclusive, um único dispositivo constitucional pode trazer embutido em sua redação tanto o direito quanto a garantia, como ocorre no caso do art. 5º, inciso X, da CF/88, que em sua parte inicial estabelece o direito à intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, assegurando, logo em seguida, na parte final do enunciado, a garantia de indenização em caso de dano material ou moral ocasionado pela violação de quaisquer daqueles direitos.

O que se depreende é que a Constituição assume um papel ainda mais relevante no cenário atual, visto que não apenas traz em seu bojo as garantias fundamentais dos cidadãos (jurisdicionados), como também deve traçar diretrizes que tornem possível a efetiva proteção do bem jurídico, de forma que ao aplicador da Lei caberá verificar a hipótese de enquadramento no caso concreto e, em sendo o caso, utilizar da hermenêutica para se chegar a uma solução factível, que imprima segurança e justiça no cotidiano da sociedade.

---

<sup>17</sup> ODORISSI, Luiza Ferreira; RIBEIRO, Civana Silveira. A jurisdição constitucional como garantia da efetivação dos direitos fundamentais: legitimidade e (in)segurança jurídica? In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais, 2, 2012, Joaçaba. **Anais ...** Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012. p. 150.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Ao longo do tempo, o fortalecimento no âmbito internacional quanto à proteção dos direitos fundamentais conferiu indivisibilidade e interdependência dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. E, em âmbito interno, verificou-se o fortalecimento a partir da maior preocupação com iguais oportunidades de trabalho, educação, saúde, moradia, lazer e assistência social, isto é, de vida e existência dignas a serem conferidas aos cidadãos.

De fato, no decorrer do século XX foi possível acompanhar o surgimento das constituições constitutivas em alguns lugares do mundo, as quais impuseram ao Estado a responsabilidade de desenvolver um programa de integração socioeconômica baseado na regulação do mercado de trabalho, na autorização para intervir no domínio econômico, bem assim na concessão de prestações positivas como a oferta de ensino público gratuito, atendimento no âmbito da saúde, do assistencialismo e da previdência social, com o intuito de se alcançar o que se conhece por justiça social.

Não bastasse, outros são os reflexos que corroboram a necessidade da proteção das garantias fundamentais constitucionais. Sobretudo após as duas guerras mundiais, novas preocupações passaram a afligir a humanidade, que se viu ameaçada, a exemplo, com a crescente poluição ambiental gerada pelo progresso industrial desenfreado, lesões aos direitos consumeristas na sociedade de massa, a corrida armamentista e as trágicas tentativas de genocídio ou extermínio étnico, a disseminação do terrorismo, o desenvolvimento de tecnologias capazes de aniquilar qualquer forma de vida terrestre, os efeitos colaterais causados pelo triunfo da revolução biotecnológica e da fissão nuclear, a produção de armas químicas, biológicas e a criação de vírus letais em laboratórios, além da violação do patrimônio genético da humanidade.

Uma partícula que merece destaque na Constituição Republicana de 1988<sup>19</sup> é aquela contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, a qual veda a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, que são consideradas cláusulas pétreas. Importante destacar, neste caso, que o enunciado “garantias individuais” não faz referência à espécie de direitos compreendidos dentro da gama de garantias fundamentais, mas sim às próprias garantias em sentido amplo (ou seja, não há que se falar em interpretação restrita/literal da locução em pauta).

---

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 31: “A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.”

Superada a análise acerca das garantias fundamentais, a próxima parte concernente à pesquisa trata dos princípios integrantes da Constituição Federal. Nesta esteira, de se reiterar que não serão expostos individualmente os princípios, mas sim o que se busca é entender a aplicabilidade dos princípios constitucionais dentro do sistema jurídico em vigor, que naturalmente se irradiam às normas infraconstitucionais e, assim, ao sistema processual civil.

A *priori*, no entanto, cumpre traçar a distinção entre princípios e regras<sup>20</sup>, responsável por inúmeras discussões doutrinárias, sem a pretensão de investigar todas as suas concepções. Com efeito, nos dizeres do professor Humberto Ávila, a evolução doutrinária demonstra critérios usualmente empregados para se estabelecer a distinção, a saber:

Em primeiro lugar, há o critério do caráter hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto. Dworkin afirma: “Se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, em cujo caso ela em nada contribui para a decisão”. Caminho não muito diverso também é seguido por Alexy quando define as regras como normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas. Em segundo lugar, há o critério do modo final de aplicação, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto tudo ou nada, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual mais ou menos. Em terceiro lugar, o critério do relacionamento normativo, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. Em quarto lugar, há o critério do fundamento axiológico, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão ser tomada.<sup>21</sup>

No primeiro caso indicado por Humberto Ávila (caráter hipotético-condicional), verifica-se que os princípios apenas seriam indicadores do fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, ao depois, ser encontrada a regra aplicável ao caso concreto. Para ele, as regras possuem um elemento descritivo, enquanto que os princípios apenas estabelecem as diretrizes a serem seguidas.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 27: “De um lado, as distinções que separam os princípios das regras em virtude da estrutura e dos modos de aplicação e de colisão entendem como necessárias qualidades que são meramente contingentes nas referidas espécies normativas. Ainda mais, essas distinções exaltam a importância dos princípios – o que termina por aminorar a função das regras. De outro lado, tais distinções têm atribuído aos princípios a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável. Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los.”

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 42-43.

Adiante, no segundo caso (modo final de aplicação), ensina Humberto Ávila que as regras são aplicadas de modo absoluto, ao passo que os princípios são aplicados apenas de forma gradual. Já no terceiro caso (conflito normativo), a antinomia entre regras consubstancia verdadeiro conflito, que deve ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou, ainda, com a criação de uma exceção. Lado outro, o relacionamento entre princípios consiste em um imbricamento (ou superposição), de forma que se faz necessária uma ponderação que vai conferir pesos distintos a cada um deles.

Por último (fundamento axiológico), os princípios são considerados axiologicamente (ou valorosamente) em seu conceito, possibilitando nortear a decisão a ser tomada em sua aplicação, sendo certo que o mesmo não ocorre em relação às regras.

A partir dos sobreditos critérios, toma-se possível estabelecer uma distinção conceitual entre princípios e regras, de forma que regras podem ser entendidas como normas que possuem dever descritivo e retrospectivo, com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se faz necessário avaliar a correspondência, centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios com a mesma carga valorativa, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Lado outro, princípios podem ser entendidos como normas finalísticas e prospectivas, com pretensão de complementaridade e parcialidade, para cuja aplicação se faz necessário avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>22</sup>

Em suma, princípios são mais abertos, revestidos de certa indeterminação e possuem carga ética (ou ético-política). No pós-positivismo<sup>23</sup>, inclusive, são postos como normas de direitos fundamentais. Por seu turno, regras não permitem adaptações ou ponderações, eis que não possuem a mesma abrangência dos princípios. Ou são válidas e, assim, aplicáveis inteiramente, ou não são.

Estabelecida a distinção conceitual, de se destacar a importância da integração entre princípios e regras, nos dizeres de Ávila, notadamente em razão de que:

O modelo ora apresentado demonstra que um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de

---

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85.

<sup>23</sup> “O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder.<sup>24</sup>

As considerações demonstram que o problema na aplicação do Direito ao caso concreto não se trata apenas de separar as espécies normativas, mas sim de guiar o aplicador por critérios que possam ser utilizados de forma intersubjetiva, com o escopo de tornar efetiva a sua aplicação.

No que tange ao valor normativo dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, de se lembrar que o pós-positivismo trouxe novas ideias e novos valores na comunidade jurídica, o que passou a exercer fortes influências na atividade de aplicação do direito e, assim, dos próprios magistrados, já que passou a ser considerada não mais a letra fria da lei, mas sim a compreensão da norma, que supera os limites do texto escrito.<sup>25</sup> No caso concreto – e no próprio ordenamento interno –, fica vedado o *non liquet*, ou seja, que o juiz deixe de julgar por não estar clara a solução aplicável ao problema, sendo certo que o aplicador deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.<sup>26</sup>

De se ressaltar, no entanto, que os referidos princípios gerais do direito não se confundem com os princípios constitucionais. Segundo Eduardo de Azevedo Paiva:

Os princípios constitucionais espelham categoria diversa e, repita-se, não se confundem com os princípios que se prestam ao suprimento das omissões do legislador como derradeira fórmula. É que os princípios constitucionais possuem força vinculante e são na verdade o início, o ponto de partida de qualquer atividade judicante, seja de interpretação, integração ou de aplicação da lei. São de observância necessária e obrigatória em qualquer situação, sob pena de invalidade por vício de inconstitucionalidade. E, antes de mais nada, devem informar a própria atividade legislativa, bem como a atuação de todos os entes estatais.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 129.

<sup>25</sup> PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: Curso de constitucional: normatividade jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. (Aperfeiçoamento de magistrados 11). Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_51.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 51.

<sup>26</sup> Ibid., p. 52: “A analogia consiste na aplicação de norma prevista para um caso semelhante. O costume se consubstancia em uma conduta socialmente aceita que se repete ao longo do tempo. Os princípios gerais são regras que, embora não estejam escritas, servem como mandamentos que informam e dão apoio ao direito, utilizados como base para a criação e integração das normas jurídicas, respaldados pelo ideal de justiça.”

<sup>27</sup> Ibid.

Importante observação nos faz Eduardo de Azevedo Paiva, notadamente em razão de que, caso o conceito de princípios constitucionais se confundisse com o dos princípios gerais, estar-se-ia admitindo que tais preceitos, emanados da Magna Carta, em caso de obscuridade ou lacuna da lei, seriam aplicados em último caso quando, em verdade, devem ser utilizados *a prima facie*, de acordo com a supremacia que as normas constitucionais guardam em relação às leis hierarquicamente inferiores.

Adiante, a par da atividade hermenêutica, necessária à aplicabilidade normativa, nos ensina Paiva que “[...] não se pode olvidar que a interpretação da lei deve corresponder às necessidades atuais de caráter social, não podendo ser meramente formal e, sim, antes de tudo, real, humana e útil, devendo o Juiz sempre optar pela interpretação que mais atenda as aspirações da Justiça e do bem comum.”<sup>28</sup>

O que se pode inferir é que os princípios constitucionais assumem força normativo-axiológica norteadora dos juristas, os quais, na prática, visam proporcionar uma maior eficácia tanto em relação à própria Constituição Federal, quanto também aos demais dispositivos infraconstitucionais quando da sua aplicabilidade ao caso concreto. Inclusive, conforme se verá a seguir, dentre outros fatores, essa nova mentalidade se deu em razão das diferenças existentes entre as escolas do positivismo formalista e o neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo).

### 1.3 Neoconstitucionalismo *versus* normativismo

O positivismo (ou normativismo) surge na Europa no início do século XIX, durante o período de desenvolvimento do Estado Moderno. A escola do pensamento positivista trata do fenômeno jurídico como resultado do estudo da aplicação das normas positivas postas à coletividade na forma de Lei, pelo ente soberano (Estado). Hans Kelsen, por intermédio de sua consagrada obra “Teoria Pura do Direito”<sup>29</sup>, tenta libertar a ciência jurídica de aspectos que não lhe seriam próprios, tais como a valoração ética ou moral. Norberto Bobbio prescreve a importância da obra:

<sup>28</sup> PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: CURSO de constitucional: normatividade jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. (Aperfeiçoamento de magistrados 11). Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_51.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2015.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Ed. UNESP, 2008. p. 42: “A Teoria Pura do Direito, como análise estrutural da experiência jurídica, é uma teoria geral no sentido de teoria formal do direito, como tivemos ocasião de ilustrar. Embora Kelsen jamais distinga explicitamente a Teoria Geral do Direito das disciplinas jurídicas particulares, a primeira dirigida ao estudo da estrutura normativa, e as demais, aos conteúdos normativos, não desta dúvida de que ocupar-se dela pertence ao primeiro tipo de pesquisa.”

O significado histórico da obra kelseniana está ligado à análise estrutural do Direito como ordenamento normativo específico, cuja especificidade consiste justamente não nos conteúdos normativos, mas no modo pelo qual as normas estão unidas umas às outras no sistema. Este tipo de análise constitui também o limite da Teoria Pura do Direito. Não há dúvida de que o desenvolvimento da análise estrutural se fez em detrimento da análise funcional: comparado ao destaque dado por Kelsen aos problemas estruturais do Direito, é extremamente estreito o espaço que ele reservou para os problemas relativos à função do Direito. É significativo que justamente a passagem, já citada, em que afirma que a teoria pura estuda o Direito em sua estrutura, pertença a um contexto cuja finalidade é a de negar que ela deva ocupar-se das finalidades do ordenamento jurídico.<sup>30</sup>

Revestindo-se de formalismo e extremando-se ao direito natural preponderante à época (jusnaturalismo), Kelsen traz a lei como a maior expressão da realização do direito. É dizer que, para o mestre de Viena, o direito estaria definido pela norma, livre de qualquer concepção valorativa, ao contrário do que se verifica, a exemplo, nos outros campos do conhecimento humano, tais como a filosofia, psicologia ou sociologia.

Na Antiguidade Clássica, teve destaque o jusnaturalismo como a mais antiga das ideologias jurídicas, para a qual o direito era visto como um conjunto de normas inseridas em um plano metafísico. Para os jusnaturalistas as normas jurídicas devem obediência a um padrão superior.

Portanto, o direito natural seria anterior e até mesmo superior ao direito positivo (emanado do Estado) e, parcela da doutrina jusfilosófica afirma que, na visão clássica, o direito positivo seria nada mais que uma ferramenta de afirmação do direito natural.

Em análise às duas vertentes depreende-se que, de um lado, o jusnaturalismo (de cunho dualista), admite a existência dos direitos natural e positivo. Para a visão moderna, inclusive, cada indivíduo naturalmente possui direitos subjetivos reconhecidos pela razão e confirmados pelo poder político (positivado), tais como os direitos humanos e os direitos fundamentais.

De outra feita, o positivismo jurídico (monista), afirma que o direito existente é aquele que emana do Estado, ou que seja por ele legitimado. Para seus doutrinadores, o juspositivismo gera segurança jurídica ao reduzir o grau de subjetividade na aplicação da lei, além de conferir ao Direito o *status* de ciência, de forma a negar a existência do direito natural, partindo da premissa metodológica de que o direito deve ser estudado como fato social, independente das considerações valorativas<sup>31</sup> que se possa fazer a seu respeito.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Ed. UNESP, 2008. p. 115.

<sup>31</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.



Em contrapartida, para Norberto Bobbio<sup>32</sup>, ambas as correntes não se mostram hábeis a explicar o fenômeno jurídico, pois ao se admitir apenas o direito natural, estar-se-ia diante de uma contradição, já que a própria escola admite a existência do direito positivado.

Outrossim, caso tais pensamentos coexistissem sem hierarquia, os naturalistas não aceitariam o patamar de igualdade, sendo o direito natural superior ao direito posto, enquanto para os positivistas, sequer haveria o direito natural, eis que não aceitam princípios éticos (jusnaturalistas).

A *priori*, pois, poder-se-ia dizer da existência de um dilema real entre as escolas, dada a separação existente entre ambas as ideologias do pensamento jurídico no tocante à possibilidade ou não de valoração ético-moral. Em contrapartida, o que se pode dizer é que os juspositivistas e os jusnaturalistas, na verdade, complementam-se.

No campo da metodologia do direito, a exemplo, ambas as vertentes buscam explicar o comportamento humano e solucionar os conflitos existentes, acompanhando o desenvolvimento da sociedade. Existe, portanto, um dilema apenas aparente entre as escolas, visto que ambas trazem fundamentos essenciais à compreensão da existência e evolução do fenômeno jurídico, opondo-se ao confronto propriamente dito.

Sob a ótica do positivismo jurídico (também conhecido por normativismo formalista ou juspositivismo), verifica-se considerável aumento na segurança jurídica, à medida que o Direito se distancia da subjetividade verificada principalmente na vertente jusnaturalista. Kelsen teria por objetivo, então, conferir maior objetividade e até mesmo cientificidade ao Direito.

O sistema seria composto por um conjunto de normas jurídicas hierarquicamente sobrepostas, de forma que todas possam ser atribuídas a uma única de mesma fonte, qual seja, a norma hipotética fundamental. Uma norma seria válida porque uma anterior lhe determina observância, sendo certo que esta norma hipotética estaria no topo da pirâmide kelseniana.

---

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Ed. UNESP, 2008. p. 105: “Nunca se insistirá o suficiente sobre o fato de que, pela primeira vez com Kelsen, a teoria do direito tenha sido orientada definitivamente para o estudo do ordenamento jurídico em seu conjunto, considerando como conceito fundamental para uma construção teórica do campo do direito não mais o conceito de norma, mas o de ordenamento, entendido como sistema de normas. [...] Mais ou menos no mesmo período no qual Kelsen inicia seu trabalho teórico, a teoria normativa tradicional é abandonada, especialmente na França e na Itália, pela teoria da instituição, a qual descobre que não basta ocupar-se das árvores (as normas singulares); é preciso ocupar-se também da floresta (a instituição). Mas a floresta que ela descreve, a instituição entendida como sociedade organizada é estranhamente carente de árvores, isto é, de normas. O trabalho de Kelsen consiste, ao contrário, em não abandonar o ponto de vista normativo na passagem do estudo das normas singulares para o estudo do ordenamento, mas sim em conduzi-lo às últimas consequências, tratando o elemento característico do direito no modo com que as normas às quais damos o nome de normas jurídicas se dispõem e compõem em sistema. Assim, junto à nomostática, que é a teoria da norma jurídica, ganha lugar no sistema kelseniano a nomodinâmica, que é a teoria do ordenamento jurídico.”

Acerca da estrutura piramidal, nos ensina Bobbio:

Já foi observado que a construção do ordenamento jurídico como edifício de vários andares, como sistema hierarquizado de vários níveis normativos, nasce da observação da natureza complexa da organização do moderno Estado constitucional, em particular da reflexão, iniciada nos anos sucessivos à Primeira Guerra Mundial, sobre o valor ético-político das constituições rígidas, em que a distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais, com a conseqüente subordinação hierárquica das primeiras às segundas, introduz um grau a mais no sistema jurídico e torna imediatamente mais visível a forma piramidal do ordenamento.<sup>33</sup>

Ocorre que ao tratar de uma norma hipotética e, pois, fictícia, o pensador austríaco acaba por relativizar a própria objetividade de sua proposta inicialmente formulada, já que considera a existência de um fator componente do campo das ideias (campo metafísico).

Realmente, a visão reducionista do positivismo kelseniano vai contra a interpretação e até a própria compreensão do Direito moderno, já que o fenômeno jurídico, na verdade, revela-se complexo e não estático. Norberto Bobbio reconhece que “Kelsen se dá conta perfeitamente que, do ponto de vista da análise funcional, as suas afirmações apenas reproduzem, embora de forma ainda mais drástica e de maneira ideologicamente cada vez mais esterilizada, um dos fundamentos do positivismo jurídico.”<sup>34</sup>

Assim, o direito posto como norma não traduz a real necessidade da sociedade contemporânea, eis que esta se mostra cada vez mais dinamizada. Não há como deixar de lado a carga axiológica normativa, pois há de se considerar o conteúdo arraigado no texto, não apenas seu aspecto formal, puramente frio e, por vezes, distante da necessidade posta em análise.

Nesta esteira, é dizer que a superação do jusnaturalismo puro, acientífico e romântico, e do positivismo extremado, cegamente aferrado ao culto da lei, abriu caminho ao desenvolvimento da doutrina pós-positivista que mesclou os dois modelos, humanizando o direito com valores como dignidade e justiça social sem desprezar a segurança jurídica do paradigma legalista.

O que se verifica, portanto, é que a insuficiência demonstrada pelas escolas do jusnaturalismo e do normativismo formalista abriu espaço para o surgimento de uma nova escola do pensamento jurídico, denominada pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito, tributário da justiça distributiva e favorecedor da positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ademais, contemplando o modelo normativo axiológico, a escola absorve uma nova

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. São Paulo: Ed. UNESP, 2008. p. 111.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 117.

postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais, com o reconhecimento da força normativa da Constituição<sup>35</sup>, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.

Historicamente, tal processo foi verificado após o advento da Constituição Federal de 1988. Conforme descreve Barroso “[...] o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.”<sup>36</sup> Ora, o modelo apresentado, ao menos num primeiro momento, revela em seu escopo o que, em tese, se espera de um ordenamento jurídico, no sentido de que possa assegurar os inúmeros direitos e garantias fundamentais contidos na Carta Maior, de forma a acompanhar o desenvolvimento histórico-político-social-econômico-cultural que se verifica no Século XXI, elevando a constituição a um patamar de extrema relevância, a fim de que deixe de ser vista apenas como norma de hierarquia superior, mas sim, que assuma o papel de verdadeiro instrumento de persecução da justiça. Traço marcante do neoconstitucionalismo é, portanto, a substituição do Estado Legislativo pelo Estado Constitucional de Direito, que aloca a Constituição no centro do sistema jurídico e confere roupagem axiológica às suas normas com a incorporação de valores como a justiça social e a moralidade pública.

Verifica-se a preocupação cada vez maior no sentido de que as normas constitucionais fundamentais tenham sua carga valorativa respeitada por todos os operadores, pensadores e até aplicadores do Direito. No entanto, acerca do aspecto material hierárquico, faz importante ressalva o doutrinador no sentido de que não se trata de algo meramente formal a força da Constituição em relação às leis ordinárias, de modo que se percebe uma verdadeira hierarquia axiológica, sendo importante destacar, ainda, que a incorporação desses valores fica associada à própria defesa da dignidade humana, “[...] que dominou o cenário jurídico após a Segunda Guerra Mundial e motivou o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, com eficácia irradiante e vinculante tanto nos Poderes Públicos quanto dos particulares.”<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015. Em complemento, trata o autor: “Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela lei maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, contrário do amor.”

<sup>37</sup> *Ibid.*

Dentre as principais características do neoconstitucionalismo, pode-se destacar a assimilação de nova postura hermenêutica (ou interpretativa) pautada na efetividade, unidade, supremacia e força normativa da Constituição. Com efeito, as normas constitucionais são imperativas (ou seja, de observância compulsória), tanto que a insubmissão aos seus comandos acarreta sanções jurídicas. Devem ser efetivas, incumbindo aos seus destinatários encontrar soluções que viabilizem sua plena aplicação.

Acerca do campo filosófico e da nova forma de interpretação da Constituição, nos ensina o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, que:

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. A interpretação constitucional é uma nova forma de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico.<sup>38</sup>

Verifica-se, ainda, que o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, com o seu conseqüente agrupamento, é que pode ser classificado como nova interpretação constitucional. Em outras palavras, como bem sintetiza, o neoconstitucionalismo:

[...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.<sup>39</sup>

Para os pós-positivistas, existe a aceitação da normatividade dos princípios como ferramenta capaz de resolução dos conflitos concretos. Ademais, seus adeptos tentam realizar uma ponderação de interesses legítimos, os quais, ao serem tratados de maneira equivalente, revelaria uma maior proximidade com o Estado Democrático de Direito, anteriormente tratado.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>39</sup> Ibid.

Aos aplicadores da lei e intérpretes inseridos no pós-positivismo, cabe exercer uma postura construtiva, de forma a atribuir um verdadeiro sentido ao enunciado normativo, enquanto que o próprio ordenamento jurídico é considerado como um sistema complexo e interdisciplinar, cuja vinculação ao texto constitucional se revela algo basilar, em respeito à supremacia trazida pela ideia neoconstitucional.

Acerca do campo teórico ligado ao neoconstitucionalismo, Luís Roberto Barroso acrescenta:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional o status de norma jurídica. [...] O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. [...] Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.<sup>40</sup>

Em contrapartida, nem todos os estudiosos se revelam entusiastas da proposta neoconstitucional. É o caso, a exemplo, de Lenio Luiz Streck<sup>41</sup>, que passou a traçar algumas críticas ao novo modelo, notadamente em razão de que, para ele, o termo neoconstitucionalismo faria referência ao constitucionalismo compromissário do pós-guerra, não à prática de atos discricionários e de ativismos empregados por parte dos magistrados contemporâneos, os quais se utilizam da ponderação de princípios segundo seus próprios valores, o que demonstra uma imposição contrária à ideia de democracia.

Ademais, cita como exemplo – a seu ver, equivocado –, que o novo constitucionalismo implica em um certo imperialismo da publicização do direito (com a

<sup>40</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>41</sup> Segundo o autor: “[...] não faz mais sentido continuar a utilizar a expressão neoconstitucionalismo para mencionar aquilo que venho querendo apontar em minhas obras: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e integrante da jurisdição, em que o direito possua DNA e seja reduzido ao máximo grau de discricionariedade. É preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (CC), para evitar os mal-entendimentos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. Nessa medida, pode-se dizer que o CC representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios – atenção: os princípios não como valores e, sim, operando no código lícito-ilícito), na teoria da interpretação, que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial e em uma teoria da decisão, que complementa a teoria da interpretação.” STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

constitucionalização dos ramos, a exemplo, do direito civil), além de ser defendido um direito constitucional da efetividade, com uma certa concretização *ad hoc* do texto constitucional.<sup>42</sup>

Ainda em sua crítica (que autointitula como Crítica Hermenêutica ao Direito), acrescenta que “[...] o neoconstitucionalismo – no modo como vem sendo entendido em *terrae brasilis* – vem sendo apenas (um)a superação do paleo-juspositivismo (exegetismo). A exceção [...] deixa claro que a perspectiva de neoconstitucionalismo que propugna é a de ser antipositivista.”<sup>43</sup> Percebe-se que o autor demonstra ter se aproximado do neoconstitucionalismo mais pela nomenclatura do que propriamente pelo conteúdo quanto à interpretação e à aplicação do direito. Nos seus dizeres:

Deixando mais claro isso: em nenhum momento me filiei aos postulados teóricos provenientes da teoria da argumentação, que veem uma relação de complementariedade entre o direito e a moral. Tampouco fui partidário da fórmula/regra da ponderação como modelo privilegiado de realização do direito através dos princípios. Na verdade, em minhas pesquisas, sempre desenvolvi uma atividade crítica em relação a ambos os fatores.

Também nunca pude concordar com aquelas propostas neoconstitucionalistas que procuravam desenvolver uma versão mais analítica do fenômeno jurídico, uma vez que minha filiação à hermenêutica me atirava inexoravelmente no chão da história e da necessidade de dar conta da tradição sobre a qual repousa o fenômeno jurídico (algo que passa ao largo das preocupações de uma teoria de matriz analítica). Assim, no contexto do que pode ser entendido como neoconstitucionalismo, minhas ideias sempre representaram muito mais uma atitude crítica do que de associação ou defesa de seus postulados.

Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que adoção do *nomen juris* “neoconstitucionalismo” certamente é o motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos.<sup>44</sup>

Adiante, afirma que o Brasil adentrou tardiamente a este novo mundo constitucional, sendo que seu uso se demonstra voltado à realização do direito ligado ao protagonismo judicial.<sup>45</sup> Ainda assim, reconhece o ponto positivo de que o novo constitucionalismo trouxe uma ocupação inicial de ordem ético-filosófica, no sentido de que o

<sup>42</sup> STRECK, Lenio Luiz. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.-conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> *Id.* Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 11, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.-abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 16. Acerca do positivismo, afirma: “Por certo, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para a produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua “autônoma objetividade”. Repetindo o que já foi dito anteriormente: os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade, não faziam parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientifizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.”

direito deve se ocupar com uma sociedade justa e solidária, é dizer, para que o direito não se afaste das injustiças sociais. Outrossim, aduz que “O ‘neoconstitucionalismo’ deveria ser sinônimo de ‘novo paradigma’. Isto porque o direito – do paradigma exurgido do segundo pós-guerra – deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais [...]”<sup>46</sup>

Segundo ele, existem, ainda, diversas teses acerca do significado do termo “neoconstitucionalismo” (que poderia ser classificado como ideológico, teórico ou metodológico)<sup>47</sup>. No mais, o pós-positivismo, na prática, não representaria uma superação do positivismo, já que, em seus dizeres, essa superação seria verificada à medida que se desse o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial (anteriormente referida por ele como ativismo exacerbado)<sup>48</sup>.

Perpassada a questão crítico-interpretativa diametralmente oposta ventilada por Lenio Streck – aqui inserida apenas para se demonstrar que não existe apenas o posicionamento adotado pela dissertação –, à escola neoconstitucionalista imputa-se, pois, o fenômeno conhecido por constitucionalização do direito, com uma maior aproximação de matérias do campo do direito privado que, até então, vinculavam-se mais às leis ordinárias (infraconstitucionais). Não adentrando ao mérito da questão indicada por Streck acerca do imperialismo da publicização do direito, a constitucionalização é verificada atualmente no campo de estudos do Processo Civil brasileiro, o que se denomina no presente estudo, inclusive, como “constitucionalização do processo”.

Antes de ingressar neste estudo em específico, no entanto, necessário se faz compreender o desenvolvimento do próprio sistema processual interno ao longo das décadas, perpassando pelas garantias e instrumentos utilizados para se imprimir maior celeridade às demandas como um todo – fato que se contrapõe à própria judicialização dos conflitos – culminando, por fim, em um movimento político para a criação de um Novo Código de Processo Civil, como promessa de solução aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 17, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.-abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>47</sup> Ibid., p. 18: “Com efeito – mesmo que se admita essa tricotomia –, a um só tempo, o neoconstitucionalismo seria ideológico, porque alça a Constituição a “elo conteudístico” que liga a política e o direito [...]; seria teórico, porque estabelece as condições de possibilidade de leitura (descrição) do modelo de constitucionalismo e dos mecanismos para superação do positivismo [...]; e seria também metodológico, porque ultrapassa a distinção positivista entre descrever e prescrever o direito, sendo que, para tal, reconecta o direito e moral.”

<sup>48</sup> Ibid., p. 22. Em conclusão, afirma o autor, referenciando o que Philipp Heck chamava de jurisprudência dos interesses: “O que quero dizer é que o neoconstitucionalismo não pode(ria) e não deve(ria) depender de juízos de ponderação, mormente se percebermos que “ponderação” e “discricionariedade” são faces de uma mesma moeda.”

## CAPÍTULO 2 PROCESSO CIVIL E SUAS GARANTIAS

As normas jurídicas processuais surgiram juntamente com a necessidade de se regulamentar a atividade de administração da Justiça, isto é, quando se chegou à conclusão de que os particulares não deviam “fazer justiça com as próprias mãos”<sup>1</sup>. Assim, entendeu-se que os conflitos deveriam ser submetidos a julgamento por autoridades públicas, restando evidente o poder soberano do Estado em detrimento ao exercício da autotutela. Isso se realizou, na prática, graças ao ordenamento jurídico. Neste sentido:

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.<sup>2</sup>

As primeiras normas existentes, a partir de então, foram relativas à aplicação de sanções penais, bem como à composição de litígios civis, as quais sempre se revelaram fundamentais ao exercício desse poder jurisdicional dos Estados<sup>3</sup>. No entanto, conforme ensinam Cintra, Dinamarco e Grinover:

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tanta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.<sup>4</sup>

Naturalmente, com o passar dos anos, os órgãos do judiciário passaram a acumular outras funções – que não apenas a de solucionar os conflitos existentes –, passando

<sup>1</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 27: “Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que oitrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria pressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou para si o *jus punitivum*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se de autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido.”

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 29: “É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.”

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 31-32.



a fiscalizar determinados atos, como também a prestar tutela aos incapazes para o exercício da vida civil.

É neste contexto que surge, em um primeiro momento, a jurisdição contenciosa, cuja função principal seria a de composição dos litígios existentes, enquanto que, doravante, há o surgimento da jurisdição voluntária (também conhecida como jurisdição graciosa), ocasião em que o Estado começou a tratar dos interesses privados especiais. Complementam os doutrinadores que:

No desempenho de sua função jurídica o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividade, distintas mas intimamente relacionadas. Com a primeira, que é a legislação, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões. Com a segunda ordem de atividades jurídicas, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito de pessoas – declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que esse preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo no país.<sup>5</sup>

No século XX, há o surgimento da fase do direito processual civil denominada moderna ou científica. Neste momento histórico é que foram outorgados poderes aos magistrados, para que eles pudessem apreciar as provas de acordo com seu próprio senso crítico. E diante da outorga de referido poder é que os juízes passaram, inclusive, a produzir provas *ex officio* (de ofício ou, ainda, sem provocação de quaisquer das partes) com o objetivo de alcançar a justiça quando do momento de decidir a lide. Ocorreu, então, o desvencilhamento do processo civil do sistema de provas pré-valorizadas, as quais, por sua vez, eram características ao direito positivo.

A partir deste momento, o processo civil passou a ser visto como instrumento de pacificação social<sup>6</sup> – atendendo à vontade da lei. É dizer, em outras palavras, que o processo deixou em segundo plano o caráter de remédio processual, utilizado apenas para prestar tutela a interesses particulares. É o que se verifica no CPC vigente, o qual foi editado em um contexto bem distante do qual nos inserimos atualmente compreendendo diversos cenários

<sup>5</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 44.

<sup>6</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 15.

não apenas em relação ao nosso país, mas também em relação ao ordenamento jurídico estrangeiro como um todo.

De se observar, no entanto, que o diploma processual civilista nunca possuiu o caráter imutável, máxime em razão de que o mundo jurídico sofreu (e ainda sofre) constantes alterações, conforme necessita a sociedade ao longo do tempo. Inclusive, principalmente a partir da década de 1990, o Código de 1973 passou a sofrer grandes mudanças, as quais tinham o intuito de adequá-lo às transformações sociais da época, notadamente porque a não adequação geraria, por óbvio, inúmeros problemas aos cidadãos e aos operadores do sistema.<sup>7</sup>

O problema é que diante de tantas alterações, a consequência inevitável foi o enfraquecimento da coesão entre as normas, o que, por certo, comprometeu todo o sistema jurídico processual. Pode-se dizer, outrossim, que as inúmeras mudanças ocorridas colocaram em xeque a segurança jurídica, fundamental a qualquer tipo de ordenamento, o que preocupou ainda mais os operadores do direito.

## 2.1 Evolução do processo civil brasileiro<sup>8</sup>

A evolução do direito processual sempre esteve intimamente ligada ao desenvolvimento do direito material. Inclusive, entre os romanos<sup>9</sup>, as lesões ao direito

---

<sup>7</sup> Como exemplo, dentre tantas e sucessivas reformas, podemos citar a inclusão do instituto da tutela antecipatória no ordenamento jurídico nacional, instituto muito utilizado nas demandas atuais e, por vezes, até mesmo confundido por alguns operadores com outro existente, o pedido liminar.

<sup>8</sup> Acerca da evolução processual, importante destacar o que nos ensina a doutrina: “A história do direito processual inclui três fases metodológicas fundamentais. Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos [...]. A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se tinha consciência da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente ligando os sujeitos do processo. Nem se tinha noção do próprio direito processual como ramo autônomo do direito e, muito menos, elementos para a sua autonomia científica. Foi o longo período de sincretismo, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo. A segunda fase foi a autonomista ou conceitual, marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. [...] A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores deste serviço, ou seja, à população destinatária.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 48-49.

material e as medidas adotadas para a reparação dos danos se confundiam. O processo civil romano passou por três fases distintas.

A primeira delas é primitiva, que compreende o período entre a fundação de Roma (754 a. C.) até o ano de 149 a. C., na qual o procedimento era extremamente formal e solene, sendo que uma palavra, ao ser suprimida ou esquecida poderia implicar na anulação de todo o processo. O juiz era concebido como um árbitro, devendo agir apenas caso houvesse omissão legal. Por fim, os indivíduos postulavam pessoalmente, sem a representação por advogado.<sup>10</sup>

O segundo período é conhecido por formulário, e se estende até o século III da Era Cristã e substituiu gradativamente o período anterior. Nele, todo o procedimento se desenvolvia de forma oral, exceto em relação à fórmula, que era escrita, sem o rigor das solenidades características da fase anterior. Aos poucos, enfim, a figura do advogado passou a fazer parte, tal como se observou aos poucos os princípios do contraditório e do livre convencimento do juiz.<sup>11</sup>

A terceira e última fase é a da cognição extraordinária e vigorou até a codificação de Justiniano. Aos funcionários do Estado cabia dirigir o processo, mediante solicitação dos interessados, desde a postulação até a fase executória. Assim, o mesmo juiz deveria conhecer o processo, proferir sentença e executá-la. E a partir desta fase é que se deu o desenvolvimento do processo civil moderno, reconhecendo-se o caráter público da jurisdição e, ainda, considerando-a como de interesse geral.<sup>12</sup>

Mas é apenas no século XIX que o direito processual civil passou a ser concebido como uma disciplina autônoma, adquirindo consistência científica. E o que possibilitou essa afirmação de autonomia do processo civil foram as novas concepções sobre o direito de ação e sobre a relação processual. Assim, é unívoco o entendimento de que atualmente se tratam de duas categorias distintas, com princípios e elementos próprios.

Como se verificou nas passagens anteriores, o Estado moderno trouxe consigo mudanças importantes no cenário processual, notadamente porque, em seu aspecto intrínseco:

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a providência do seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação

<sup>9</sup> DUTRA, Nancy. História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 22 abr. 2015: “Enquanto os povos germanos ainda apresentavam conceitos religiosos, crenças e misticismos ligados ao direito, os romanos já lhe haviam concedido um aspecto científico, embora não o dividissem claramente na vertente material e na processual.”

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*

e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos decorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça.<sup>13</sup>

Nesta esteira, logo após a independência (1822) a Constituição do Império (1824) conferiu ao Brasil o modelo de Estado descentralizado. Adiante, em 1889, tivemos aqui a Proclamação da República, como marco para o surgimento da divisão na forma de Estados federados. Na Constituição de 1988 tais entes federados foram mantidos, “elevando-se a forma federalista de Estado à cláusula pétrea”<sup>14</sup>.

Pouco antes da edição na Carta Maior, o então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, traçou uma exposição de motivos<sup>15</sup> ao Código de 1973, cujo objetivo foi, de fato, advertir a Comissão de juristas responsável pela sua elaboração acerca da necessidade da criação de um novo *codex*.<sup>16</sup> Isso ocorreu porque, sem uma verdadeira reformulação, estar-se-ia renunciando ao progresso como um todo, levando-se em conta o fato de que o mundo jurídico não se apresenta à sociedade de forma estática, engessada, sendo certo que necessita evoluir conforme também evolui todo o ambiente em que se insere.

O primeiro ponto com o qual a Comissão da época se deparou foi o de que, para alcançar o objetivo de acompanhar a evolução científica da época, os estudiosos tinham duas opções distintas, quais sejam, a de rever o código de processo existente, ou a de criar de forma verdadeira um novo ordenamento processual.

Nesta esteira, levou-se em conta o fato de que a primeira opção tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa, permitindo fazer apenas as emendas necessárias à sociedade. Em contrapartida, percebeu-se que esta opção certamente culminaria em um

<sup>13</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 43.

<sup>14</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

<sup>15</sup> Uma frase do respeitável jurista italiano, Chiovenda, serviu de epígrafe aos juristas responsáveis pela criação do código de 1973: “Convém decidir-se por uma reforma fundamental ou renunciar a esperança de um sério progresso.” MELO FILHO, Renato Luis. **O novo código de processo civil e a intervenção de terceiros**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011. p. 15.

<sup>16</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 18: “Através do novo estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma de nossa legislação formal; operou-se uma grande atualização, criando-se, realmente, um código novo, e assinalou-se uma nova etapa na evolução do direito processual entre nós.”

retardamento dos inúmeros feitos em trâmite perante o Poder Judiciário, já que não traria inovações significativas, perdendo-se em pouco tempo todo o trabalho realizado.

Dessa forma, todos estavam cientes de que teriam um grau de dificuldade maior para corrigir o código anterior, enquanto que a criação de um novo diploma se mostrava uma opção bem mais viável, no sentido de impedir a existência de uma vasta gama de opiniões diversas – e muitas vezes até opostas – em um mesmo sistema processual.

Portanto, impunha-se a necessidade de criar um novo código, introduzindo modificações verdadeiramente substanciais, cujo principal foco seria sanar os defeitos encontrados pelos processualistas ao longo do tempo, bem como simplificar toda a sistemática a qual todos os cidadãos estariam submetidos. Nos dizeres de Theodoro Júnior:

O direito processual civil tradicional se apresentava com marcante caráter individual. O direito de ação, suas condições e pressupostos, revelavam-se, dentro da estrutura original do Código de Processo Civil, como institutos criados e disciplinados para atender apenas a pessoa do autor e a pessoa do réu. Tudo se desenvolvia à luz da individualidade de um sujeito ativo e um sujeito passivo. Com a socialização do direito constitucional, principalmente após as duas grandes guerras, sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual.<sup>17</sup>

Nesse diapasão, a Comissão de juristas entendeu por bem se atentar ao fato de que nada adiantaria criar um novo diploma legal enquanto subsistissem os empecilhos contidos no código a ser revogado. Daí, pois, nasciam as mudanças que buscavam os estudiosos da época.

Basicamente, o código revogado, isto é, o diploma editado em 1939<sup>18</sup>, compunha-se de quatro partes fundamentais. Compreendia o processo de conhecimento (artigos 1º a 297), os procedimentos especiais (artigos 298 a 781), os recursos e processos nos tribunais (artigos 782 a 881) e, por fim, o livro destinado ao processo de execução (artigos 882 a 1.030).

Um ponto importante é acerca da terminologia utilizada pelos juristas. Conquanto, a exemplo, o código revogado tratava do vocábulo “lide” ora como mérito da causa, ora como a própria causa, no CPC de 1973 referido termo se prestaria apenas para designar o processo em si, caracterizando o conflito de interesses existente entre as partes. Outro exemplo é o de

<sup>17</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 18.

<sup>18</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil - Revogado. **Coletânea das leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1939**, Rio de Janeiro, v. 7, 1939. p. 311-438. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2015. A principal característica do código revogado foi a existência de inúmeros procedimentos especiais, os quais tomavam conta de praticamente metade de todo o diploma – frise-se, cerca de 500 artigos –, isto porque o legislador buscou conservar as características do sistema processualista português, fato que certamente tornou o sistema processual demasiado longo e cheio de peculiaridades, as quais muitas das vezes se revelavam desnecessárias.

que a palavra “instância” poderia ser facilmente confundida com processo, notadamente porque indicava, no diploma de 1939, a suspensão, absolvição e até a cessação da relação jurídica, termo este que deixou de ser utilizado com tal sentido, passando o “processo” a referir-se como a relação jurídica que cessa, suspende, enquanto que “instância” passou a fazer referência apenas a graus de jurisdição.

Com a edição do atual código, houve também a criação de algumas definições legais, isto é, conceitos propriamente ditos para alguns casos em que já havia determinada prática dentro do sistema, mas não um significado próprio para esta prática. São exemplos: a “conexão”, a “litispêndência”, e até mesmo a “coisa julgada”, termos estes que se confundiam com outros por falta de clareza quanto às respectivas definições.

Cumprir observar que o código vigente manteve a ideia de oralidade, trazida já pelo instituto revogado. No entanto, tendo em vista a imensa territorialidade do país, pode-se dizer que tal manutenção não teve muito sucesso. Suas principais características, mantidas desde o início, foram a identidade física do juiz (no sentido de que o mesmo magistrado deve dirigir todo o processo), bem como a concentração de atos (com o intuito de que em uma ou em poucas audiências sejam colhidas as provas que se fizerem necessárias) e, ainda, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (visando a celeridade do processo e evitando inúmeros recursos protelatórios).

No que concerne à distribuição da matéria, verifica-se que o atual diploma foi dividido em cinco livros: o primeiro relativo ao processo de conhecimento, o segundo tratando do processo de execução, o terceiro sobre o processo cautelar, o quarto analisando os procedimentos especiais e, finalmente, o quinto e último livro relativo às disposições finais e transitórias.

Por primeiro, buscou-se no Livro I – que se presta como parte geral a todo o código – (i) estabelecer os deveres das partes, os quais foram balizados por princípios ético-jurídicos, tais como o da boa-fé, da lealdade, da sucumbência etc.; (ii) em relação ao Ministério Público, tem-se a consideração de sua dupla finalidade, ou seja, a de órgão agente e a de órgão interveniente; (iii) a competência é regulada de forma interna e internacional; (iv) modificou-se o procedimento após o transcurso do prazo de resposta do réu, tornando-se conclusos os autos ao juiz para que este tome diversas providências; (v) por fim, há grandes alterações no âmbito da produção de provas.

Adiante, no Livro II do código vigente, merecem destaque duas principais inovações, quais sejam, (i) a unidade do processo de execução, por meio da união dos títulos executivos judiciais (sentenças) e extrajudiciais (documentos públicos ou particulares com

força executiva) – isto é, tudo passou a se tratar de execução forçada; e (ii) com a criação do instituto da insolvência civil, no sentido de que enquanto o devedor tiver bens livres e desembaraçados, poderá responder com eles ao credor, mas, quando este débito exceder tal importância, haverá a decretação de insolvência civil, culminando no vencimento antecipado das dívidas, arrecadando-se os bens e executando-os por meio de concurso universal. Verifica-se, portanto, a equiparação do devedor civil ao comerciante.

Em relação às inovações trazidas pelo Livro III, o qual trata do procedimento cautelar, verifica-se a divisão do conteúdo em dois capítulos, quais sejam, (i) um relacionado às disposições gerais acerca das medidas inominadas, enquanto que (ii) o outro diz respeito ao procedimento a ser observado, tanto nas cautelares inominadas, quanto nas cautelares específicas. Importante observar que foi criada, com a edição do estatuto processual, uma verdadeira regulamentação autônoma, bem como completa, do processo cautelar, simbolizando grande avanço no tocante ao sistema nacional.

Por sua vez, o Livro IV do CPC de 1973 contempla dois tipos de procedimentos. São eles os procedimentos de jurisdição contenciosa, bem como os procedimentos de jurisdição voluntária – apenas aí se verificou a verdadeira separação de ambos. No mais, dentre os inúmeros procedimentos especiais trazidos pelo código revogado, alguns deixaram de fazer parte no projeto de 1973. Essa fragmentação ocorreu porque tanto o Código Civil<sup>19</sup> quanto legislações extravagantes já disciplinavam tais procedimentos, tomando-se desnecessário trazê-los novamente à legislação processual, vez que já nas leis específicas pode ocorrer seu exaurimento.

Por fim, no tocante ao Livro V, que compreende apenas dez artigos e trata das disposições finais e transitórias do CPC, podemos destacar duas principais inovações. A primeira delas teve por escopo implantar a harmonia no sistema jurídico nacional, enquanto que a outra inovação permitiu a incineração dos autos arquivados por um longo período, notadamente porque a manutenção destes processos demanda verbas e acaba se tornando desnecessária.

No que tange ao sistema recursal, de início, sabe-se que o legislador manteve uma grande quantidade de recursos. O agravo de petição foi eliminado, notadamente porque deixou de ser um recurso específico. Outra modalidade também abolida no diploma de 1973 foi o agravo no auto do processo.

---

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/-2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/-2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

Neste sistema, o recurso de apelação se limita à sentença, independentemente se tiver resolução ou não do mérito, enquanto que às decisões interlocutórias que resolverem questão de incidente cabe o agravo de instrumento. Outro ponto importante a ser observado é o procedimento sumaríssimo, contemplado pelo código vigente. O que o diferencia, certamente, é quanto à simplificação de atos, à medida que as demandas são processadas e decididas no menor lapso temporal e com os menores gastos possíveis.

Depreende-se, portanto, que muitas foram as evoluções, embora se tenham feito presentes também alguns retrocessos. Ainda assim, o processualista Humberto Theodoro Júnior nos demonstra o que ocorre nos dias de hoje:

Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Ideias como a de instrumentalidade e efetividade passam a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo”, mais do que se um “processo legal”, colocando em primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.<sup>20</sup>

Adiante, complementa:

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornado direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, com o texto da EC n. 45, de 08.12.2004).<sup>21</sup>

É neste contexto, pois, que se desenvolve o processo civil contemporâneo, cujos princípios gerais e ferramentas empregadas para a obtenção de celeridade na eficácia da prestação jurisdicional serão desenvolvidos no item seguinte.

## 2.2 Princípios e garantias processuais

A busca pela efetividade da tutela jurisdicional, presente como uma das finalidades do CPC de 1973, reflete a assunção de uma posição universal, cujo propósito principal é o de abandonar a preocupação excessiva com conceitos e formas em relação aos

<sup>20</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 9.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 9-10.



mecanismos existentes no sistema jurídico nacional. A este respeito, acrescenta Humberto Theodoro Júnior:

Hoje, o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado “processo de resultados”. Tem-se a plena consciência de que o processo, como instrumento estatal de solução de conflitos jurídicos, “deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção”. Ao invés de fixar-se na excessiva independência outrora proclamada para o direito processual, a ciência atual emprenha-se na aproximação do processo ao direito material. A técnica processual não pode continuar sendo vista como um fim em si ou um valor em si mesma. Sem embargo de sua autonomia em face dos diversos ramos do direito, a função reservada do direito processual não vai além da instrumentalização das regras substanciais existentes no ordenamento jurídico, quando estas se deparam com a crise de sua observância *in concreto*.<sup>22</sup>

Assim, um dos principais objetivos dos processualistas modernos é, de modo inquestionável, diminuir a distância existente entre o direito processual e o direito material. Sabe-se que a busca por esta proximidade visa não apenas facilitar a aplicação das normas dentro do sistema jurídico, mas também visa conferir o grau de efetividade necessário à tutela jurisdicional perseguida, efetividade esta sem a qual certamente todo o sistema ficaria prejudicado. Nos dizeres de Humberto Theodoro Junior:

Atento à orientação de Cappelletti, que reclamava uma revisão dos rumos do direito processual, o legislador brasileiro dos últimos anos cuidou de renovar o ordenamento jurídico formal, não só ampliando a assistência judiciária, como criando novos remédios de nítido feitiço social e coletivo, como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e os juizados especiais de pequenas causas.<sup>23</sup>

Essa nova formulação do direito processual civil implica em um estudo constante que se demonstre comprometido com os efeitos substanciais, ou seja, no campo dos resultados esperados relativos às técnicas e aos institutos processuais vigentes, já que apenas com o alcance de níveis satisfatórios é que se poderá estabelecer uma menor ou uma maior efetividade ao processo instaurado.

Acerca da efetividade, aduz o citado processualista:

Instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas do direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza

<sup>22</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 20-21.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p.18-19: “Podem citar-se como medidas inovadoras de grande repercussão: a tutela antecipatória, a nova roupagem do agravo de instrumento, o reforço da executividade das obrigações de fazer e não fazer, a outorga de autoexequibilidade a todas as sentenças condenatórias (inclusive relativas a obrigação de quantia certa), a ampliação dos títulos executivos, a racionalização do procedimento sumário, a criação da ação monitória etc.”

substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.<sup>24</sup>

E quanto ao emprego da técnica processual, assevera:

A técnica processual, por sua vez, reclama a observância das formas (procedimentos), mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa. Não podem descambar para o formalismo doentio e abusivo, empregado não para cumprir a função pacificadora do processo, mas para embaraçá-la e protelá-la injustificadamente. Efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), “proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”. É antiga, mas nunca se cansa de repeti-la a clássica lição de Chiovenda, segundo a qual o processo tem de dar ao litigante, tanto quanto possível, tudo o que tem direito de obter segundo as regras substanciais.<sup>25</sup>

Para norteamento deste processo justo, fundamentais são os preceitos que dão forma e caráter ao sistema. Referidos preceitos podem ser entendidos como princípios gerais do direito processual.<sup>26</sup> Esses princípios gerais distinguem-se dos denominados princípios informativos, quais sejam, aquelas normas ideais que representam uma aspiração de melhoria ao aparelhamento processual.<sup>27</sup> E, muito embora distintos dos princípios gerais, os informativos os influenciam (indiretamente), “de modo que os princípios gerais, apesar do forte conteúdo ético de que dotados, não se limitam ao campo da deontologia e perpassam toda a dogmática jurídica, apresentando-se ao estudioso do direito nas suas projeções sobre o espírito e a conformação do direito positivo”<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 20.

<sup>25</sup> *Ibid.*: “O momento histórico em que se busca por constantes reformas do procedimento, todas preocupadas com o processo justo, a efetiva tutela do direito material reclama do intérprete e aplicador do direito processual civil renovado um cuidado mais acentuado com o caráter realmente instrumental do processo, para evitar os inconvenientes do recrudescimento da tecnocracia forense, a qual uma vez exacerbada frustraria por completo as metas reformistas do direito positivo.”

<sup>26</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 51: “Considerando os escopos sociais e políticos do processo e do direito em geral, além do seu compromisso com a moral e a ética, atribui-se extraordinária relevância a certos princípios que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas, trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.”

<sup>27</sup> *Ibid.* São os princípios informativos do processo: “a) o princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e de evitar o erro); b) princípio jurídico (igualmente no processo e justiça na decisão); c) o princípio político (o máximo de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) o princípio econômico (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e à sua duração).”

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 57. Importante destacar a observação dos autores, no sentido de que: “Alguns princípios gerais têm aplicação diversa no campo do processo civil e do processo penal, apresentando, às vezes, feições ambivalentes. Assim, p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade, ao passo que na maioria dos ordenamentos processuais civis impera a disponibilidade; a verdade formal prevalece no processo civil, enquanto que a verdade real domina o processo penal. Outros princípios, pelo contrário, têm aplicação idêntica em ambos os ramos do direito processual (princípio da imparcialidade do juiz, do contraditório, da livre convicção etc.)”. Para o professor Humberto Theodoro Júnior, no entanto, prevalece no processo civil moderno também o princípio da verdade real, não a verdade formal supratranscrita.

Importante se anotar, por oportuno, que a maioria dos princípios processuais encontra seu apoio (ou correspondência) nos princípios constitucionais. Nos dizeres do professor Eduardo Arruda Alvim:

Um primeiro ponto que deve ser considerado por aquele que se propõe a estudar os princípios do processo civil é o de que os princípios cardiais dessa disciplina se encontram encartados na Constituição Federal, principalmente com larga explicitude a partir do advento da Carta de 1988. Significa isto que o núcleo do processo civil encontra-se hoje disciplinado na Constituição Federal de 1988, muito extensamente.<sup>29</sup>

Neste passo, diante da importância de serem estudados os princípios do processo a partir do plano constitucional, o presente trabalho elenca alguns deles, sem ingressar pormenorizadamente em suas espécies e subdivisões.

O primeiro a ser tratado é o *princípio da imparcialidade do juiz*, já que a veste imparcial se trata de algo característico de todos os órgãos jurisdicionais. “O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo.”<sup>30</sup> Por esta razão, a suspeita de parcialidade pode comprometer profundamente toda a relação processual.

O *juiz natural*<sup>31</sup> (pré-constituído pela Constituição Federal e por lei), chega a ser considerado outro princípio, ao anterior – imparcialidade do juiz – intimamente ligado. A partir dele é que se entende, portanto, que (i) só são órgãos jurisdicionais aqueles instituídos pela Carta Maior, (ii) que ninguém pode ser julgado por órgão que tenha sido criado depois da ocorrência do fato (tribunais *ad hoc* e/ou exceção)<sup>32</sup>, e, ainda, (iii) que as regras de competência excluem qualquer alternativa ligada à discricionariedade. Em suma, a imparcialidade é uma garantia assegurada aos cidadãos (partes), pelo que o Estado tem o dever de agir com imparcialidade quando do julgamento das causas que lhe forem submetidas.

O segundo a ser destacado é o *princípio da igualdade (ou princípio da isonomia)*<sup>33</sup>, trazido pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Segundo ele, as partes e seus respectivos procuradores devem ser tratados igualitariamente, de modo que tenham as

<sup>29</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 122.

<sup>30</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58.

<sup>31</sup> Ibid.: “O princípio do juiz natural apresenta um duplo significado: no primeiro consagra a norma de que só é juiz o órgão investido de jurisdição [...]; no segundo impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção, para o julgamento de causas penais ou civis.”

<sup>32</sup> ALVIM, op. cit., p. 140: “Não é possível, por força do princípio do juiz natural, que um tribunal seja criado ou designado para julgar apenas determinado caso”.

<sup>33</sup> Ibid., p. 127.

mesmas oportunidades de fazer valer em juízo suas razões.<sup>34</sup> Prevalece, no entanto, a igualdade proporcional, segundo a qual os iguais devem ser tratados de maneira equânime, enquanto que, os desiguais, deverão ser tratados de forma a serem consideradas as suas respectivas desigualdades.

“A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.”<sup>35</sup> Isso ocorre para que, no processo civil, as partes sejam colocadas em situação de equilíbrio, para que litiguem sem que uma fique em condição de superioridade ou inferioridade em relação à outra. Ainda assim, de se esclarecer que não podem ser criados “[...] desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.”<sup>36</sup>

Também cumpre destacar o *princípio da inafastabilidade do controle judicial*<sup>37</sup>, preceituado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Segundo dizeres do professor Eduardo Alvim, o juiz procurará sempre resolver o conflito de interesse que for posto ao Judiciário “[...] à luz do direito posto pelo Estado.”<sup>38</sup> Quanto ao mais, pelo *princípio da ação* (ou da demanda) é conferida à parte a iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional do Estado, visando à satisfação de uma pretensão resistida. Sua previsão se encontra nos artigos 2º, 128 e 262, do Código de Processo Civil. Em decorrência deste preceito é que o juiz não pode praticar nenhum ato que superem os limites do pedido.

Adiante, cumpre-nos tratar dos *princípios do contraditório e da ampla defesa*. De acordo com eles, o juiz se coloca entre as partes de forma equidistante, de forma a proporcionar a ambas a possibilidade de expor suas razões, produzir as provas necessárias, com o intuito de convencer o julgador. “Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.”<sup>39</sup>

<sup>34</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 59: “A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.”

<sup>35</sup> Ibid., p. 60.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 135.

<sup>38</sup> Ibid., p. 137.

<sup>39</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 61: “É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.”

A CF/88 trouxe a ampla defesa e o contraditório num só dispositivo, aplicável aos litigantes em qualquer processo, seja administrativo ou judicial (art. 5º, inciso LV). O contraditório estará garantido quando as partes tiverem ciência<sup>40</sup> dos atos praticados pela outra e pelo próprio magistrado, “[...] garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.”<sup>41</sup>

Deste princípio decorrem três consequências básicas, segundo mostra Humberto Theodoro Júnior: “[...] a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores; b) só há relação processual completa após a regular citação do demandado; c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.”<sup>42</sup> No mais, tanto quanto ocorre em relação ao juiz natural, “[...] o princípio do contraditório apresenta-se como uma consequência natural do Estado de Direito.”<sup>43</sup>

Doravante, encontra-se o *princípio da disponibilidade*, que se revela praticamente absoluto, de acordo com a matéria a ser tratada no âmbito civil, sofrendo limitações apenas quando o próprio direito material possui natureza indisponível (prevalhecimento do interesse público sobre o privado). Nas palavras de Cintra, Dinamarco e Grinover:

Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não os seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhes aprouver e renunciar a ela (desistir da ação) ou a certas situações processuais. Trata-se do princípio da disponibilidade processual.<sup>44</sup>

Pelo *princípio da motivação* exige-se que as decisões judiciais sejam motivadas, “sob pena de nulidade”<sup>45</sup>. Em outras palavras, exerce-se o controle popular sobre o poder jurisdicional, de modo que o juiz deve proferir decisões e, com base na lei, demonstrar a razão de aplicar determinado dispositivo legal, considerando-se o caso em análise. Nesta esteira,

<sup>40</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 62: “Entre nós, a ciência dos atos processuais é dada através da citação, da intimação e da notificação.”

<sup>41</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 32: “Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procede a exame de deliberação de ofício acerca de questões que envolvem matéria de ordem pública.”

<sup>42</sup> Ibid.: “O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre as alegações do outro litigante, como também de fazer a prova contrária. A não ser assim, cair-se-ia no vazio. E, por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não lhe faculta a contraprova.”

<sup>43</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 143.

<sup>44</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 66: “Pela razão inversa, prevalece no processo criminal o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade). O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo e a pena é realmente reclamada, para a restauração da ordem jurídica violada.”

<sup>45</sup> ALVIM, op. cit., p. 150.

pelo *princípio da persuasão racional* ficam reguladas a apreciação e a avaliação do magistrado, em relação às provas existentes nos autos, de forma que o julgador pode formar livremente sua convicção.

A seguir temos de tratar do *princípio da publicidade*, que “[...] constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição.”<sup>46</sup> No entanto, importante ressalva a este princípio deve ser feita:

O Código de Processo Civil, por sua vez, restringe o direito de consultar os autos às partes e a seus procuradores. O terceiro só tem direito a certidões do dispositivo da sentença e de inventário e partilhas resultantes de separação judicial ou divórcio; e somente o tem quando amparado por interesse jurídico (art. 155, par.). O Código de Processo Civil de 1939 não continha tal restrição (art. 5º e 19). É o princípio da publicidade restrita que o novo Código adotou nesse dispositivo e cuja eficácia deverá agora ser reavaliada em face da norma constitucional superveniente que somente admite a limitação da publicidade às partes ou aos seus procuradores, quando o interesse público exigir (art. 5º, inc. LX).<sup>47</sup>

É que, no que tange à publicidade, bem asseveram os processualistas:

Publicidade, como garantia política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.<sup>48</sup>

Lado outro, como bem observa Theodoro Júnior, o princípio não impede que existam processos em segredo de Justiça, no interesse das próprias partes, que devem suscitar o sigilo. Esse sigilo excepcional, no entanto, nunca poderá ser absoluto, visto que as partes e seus advogados sempre terão acesso garantido a todos os trâmites do processo. O sigilo será, então, restrito apenas aos estranhos.<sup>49</sup> O princípio, em seu aspecto obrigatório, pode ser resumido no tocante às provas, na obrigatoriedade de motivação da sentença e a sua consequente publicação e, por fim, na faculdade de intervenção de ambas as partes e seus respectivos procuradores em todas as fases do litígio.

Outro digno de nota é o *princípio da economia processual*, que preconiza o máximo resultado na atuação, com o emprego do mínimo de atos processuais. Como

<sup>46</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 75: “A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e advogados. Em última análise, o povo é juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões não de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo”.

<sup>47</sup> Ibid., p. 76. Nos parece mais acertado o posicionamento trazido pela CF/88, levando-se em conta o interesse público de cada caso, como ocorre nos processos que envolvem estado e capacidade civil (processo de interdição, por exemplo).

<sup>48</sup> Ibid., p. 77.

<sup>49</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 36.

exemplo, verificam-se os institutos da conexão ou continência, no bojo do artigo 105 do CPC, que determinam a união de feitos que tenham o mesmo objeto, partes, pedido ou causa de pedir. “Nestes casos, a reunião de duas ou mais causas ou demandas num processo não se faz apenas com vistas à economia, mas também para evitar decisões contraditórias.”<sup>50</sup> Outros exemplos práticos são trazidos por Humberto Theodoro Junior:

[...] indeferimento, desde logo, da inicial, quando a demanda não reúne os requisitos legais; denegação de provas inúteis; coibição de incidentes irrelevantes para a causa; permissão de acumulação de pretensões conexas num só processo; fixação da tabela de custas pelo Estado, para evitar abusos dos serventuários da Justiça; possibilidade de antecipar julgamento de mérito, quando não houver necessidade de provas orais em audiência; saneamento do processo antes da instrução etc.<sup>51</sup>

Conclui Humberto Theodoro Junior ainda que:

O princípio da economia processual vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é, segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e desacreditando o aparelho judiciário perante a sociedade.<sup>52</sup>

Mas não cessam aí os princípios. Existe também o *princípio da boa-fé e da lealdade processual*<sup>53</sup>, que estabelece colaboração mútua entre o Estado e as partes, com vistas à solução definitiva do litígio. Ao Estado cabe defender o interesse maior, no sentido de alcançar a pacificação social, enquanto que cada parte defende seus interesses em sua esfera íntima. “O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio.”<sup>54</sup> Não se tolera, portanto, a falta de lealdade ou a má-fé, que podem ser coibidos pelo juiz (com a aplicação de litigância de má-fé). Asseveram, no entanto, os professores:

Mas uma coisa é certa: a relação processual, quando se forma, encontra as partes conflitantes em uma situação psicológica pouco propícia a manter um clima de concórdia; e o processo poderia prestar-se, mais do que os institutos de direito material, ao abuso do direito. As regras condensadas no denominado princípio da

<sup>50</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 79.

<sup>51</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 36.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, op. cit., p. 77: “Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever da verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. [...] O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual.”

<sup>54</sup> Ibid., p. 34.

lealdade visam exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução dos seus objetivos.<sup>55</sup>

Portanto, o desrespeito ao dever de lealdade processual traduz em ilícito processual (compreendendo o dolo e a fraude processuais), sendo certo que existem as respectivas sanções cabíveis em cada caso.

O *princípio do duplo grau de jurisdição* permite que os feitos sejam reexaminados por um tribunal em grau superior, depois da decisão monocrática proferida pelo juiz de primeiro grau. Leva-se em conta a possibilidade de que a decisão de primeiro grau possa ser injusta ou que contenha algum erro, razão pela qual a parte pode interpor recurso e requerer o reexame da matéria pelo tribunal, sem que isso implique em ofensa à independência dos juízes, mesmo que não se esteja diante de decisões no mesmo sentido (antes e depois do recurso). A este respeito, atentam os processualistas sobre a existência de uma corrente minoritária:

[...] ainda existe uma corrente doutrinária – hoje reduzidíssima – que se manifesta contrariamente ao princípio. Para tanto, invoca três principais circunstâncias: a) não só juízes de primeiro grau, mas também os de jurisdição superior poderiam cometer erros e injustiças no julgamento, por vezes reformando até uma sentença consentânea com o direito e a justiça; b) a decisão de grau de recurso é inútil quando confirma a sentença de primeiro grau, infringindo até o princípio da economia processual; c) a decisão que reforma a sentença da jurisdição inferior é sempre nociva, pois aponta uma divergência de interpretação que dá margem a dúvidas quanto à correta aplicação do direito, produzindo incerteza nas relações jurídicas e o desprestígio do Poder Judiciário.<sup>56</sup>

A tese contrária ao posicionamento acima indicado se desenvolve no sentido de que os juízes das instâncias superiores são mais experientes e, ao se reunirem em órgãos colegiados, diminuem a chance de erro, o que, então, implica no aumento da segurança jurídica, “[...] e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição superior.”<sup>57</sup>

Ocorre que o principal fundamento encontra seu apoio no pilar político, já que os membros do Poder Judiciário não são investidos em seus cargos por decisão do povo, o que reforça a necessidade de um controle maior pelo respectivo órgão superior. Existe, assim, um controle interno das próprias decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro. No mesmo sentido, ensina Humberto:

<sup>55</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 78.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 80-81. Este posicionamento doutrinário será objeto de análise oportunamente, em item deste capítulo e do seguinte.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 81.



Todo ato do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar os erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos. Os recursos, todavia, devem acomodar-se às formas e oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé.<sup>58</sup>

Portanto, a parte tem direito de ter sua pretensão reconhecida por dois juízos diferentes, mediante recurso, caso entenda necessário e não se conforme com a decisão. Existem alguns casos, inclusive, que a lei determina a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, quando da análise de direito indisponível ou quando envolva, a exemplo, algumas das Fazendas Públicas. Tais hipóteses pormenorizadas, no entanto, não fazem parte deste trabalho. O professor Humberto Theodoro Junior ainda vai além e trata dos casos em que os processos são oriundos já nos tribunais superiores. “Dada a composição coletiva dos órgãos julgadores que reúnem juristas de alto saber e experiência, considera-se dispensável, na espécie, a garantia da dualidade das instâncias”<sup>59</sup>.

Em contrapartida, ainda que diante da existência de tantos pilares extremamente importantes ao desenvolvimento de um processo justo, o sistema brasileiro enfrenta alguns problemas, conforme ensinam Cintra, Dinamarco e Grinover:

Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível a primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução dos conflitos.<sup>60</sup>

Ademais, pela ótica neoconstitucional, tratada no capítulo seguinte, não basta que a legislação material e o sistema processual estejam em consonância. Necessária também a maior aproximação possível com o texto constitucional. Importante salientar que diante da busca pelos resultados satisfatórios a que se referem os operadores do direito, em que o processo deve revestir-se de seu caráter essencialmente instrumental, necessária se faz a observância das garantias previstas na Constituição da República, isto porque o excesso de formalismo, ignorando tais garantias, certamente impede a consecução de um processo justo.

<sup>58</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 33. O professor ainda trata deste princípio como se ele se desdobrasse em outros dois: “Não basta, porém, assegurar o direito de recurso, se outro órgão não se encarregasse da revisão do decisório impugnado. Assim, para completar o princípio da recorribilidade existe, também, o princípio da dualidade de instâncias ou do duplo grau de jurisdição.”

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

E entende-se por processo justo aquele que respeita, principalmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório, notadamente porque sem o norte traçado por referidos pilares, não há que se falar em segurança jurídica, sendo certo que, sem ela, não há mais o comprometimento sério do hermeneuta com a justiça e a presteza, de acordo com os parâmetros oriundos, sobretudo, dos valores consagrados pela coletividade.

Assim, a Constituição Federal (CF) de 1988 assegura em seu bojo o direito aos cidadãos de se obter a justa composição da lide. Como garantia individual, a Carta Maior dispõe, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que aos cidadãos não será vedada a apreciação, pelo Poder Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça a direito. É dizer, portanto, que aos cidadãos é assegurado o direito ao processo, sem o qual não seria possível a obtenção da tutela necessária junto ao Estado (ente revestido do poder jurisdicional).

A garantia do devido processo legal<sup>61</sup> (*due process of law*<sup>62</sup>), fundamental para a justa composição do litígio, não se exaure apenas na observância das formas da lei para conferir regular tramitação das causas em juízo. Compreende, ademais, categorias fundamentais como, por exemplo, a garantia do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII, CF), do juiz competente (art. 5º, inc. LIII, CF), a garantia de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV), bem como da fundamentação das decisões proferidas (art. 5º, inc. IX, CF).

Desse modo, pode-se dizer que um processo justo é aquele que observa o princípio do devido processo legal, não de modo meramente isolado, mas sim de modo sistemático, ou seja, levando em conta todo o contexto em questão. Outro ponto a ser observado pelo *due process of law* é a razoável duração do processo, bem como os meios hábeis a proporcionar a celeridade processual, o que, por sua vez, é assegurado pelo inciso LXXVIII do artigo 5º do citado diploma, inciso este acrescido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

“É, pois, o princípio do devido processo legal, como se acentuou, princípio fundamental. Dele decorrem todos os demais princípios processuais insculpidos no texto constitucional.”<sup>63</sup> Assim, verifica-se que o devido processo legal funciona como um princípio

<sup>61</sup> O professor Eduardo Arruda Alvim o trata também como “princípio dos princípios”. Segundo ele, inclusive, o princípio tem sido amplamente exercitado na judicatura dos Estados Unidos da América. ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 122-123.

<sup>62</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 53: “O direito constitucional estabelece as bases do direito processual ao instituir o Poder Judiciário, criar órgãos (jurisdicionais) que o compõem, assegurar as garantias da Magistratura e fixar aqueles princípios de ordem política e ética que consubstanciam o acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa) e a garantia do devido processo legal (*due process of Law*).”

<sup>63</sup> ALVIM, op. cit., p. 123.

superior, isto porque coordena e delimita todos os demais princípios que informam tanto o processo, como também o procedimento.<sup>64</sup> Importante lembrar que ambas as expressões não se confundem, isto porque o processo é uma direção no movimento, enquanto o procedimento é o modo de se mover e a forma em que é movido o ato.<sup>65</sup>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, marco fundamental para a história mundial do direito, foi proclamada após a Revolução Francesa de 1789, consagrando em seu bojo, principalmente, a dignidade da pessoa humana, esta que, por sua vez, serve de base para outros valores como a liberdade, a justiça e a paz, e se presta também como princípio fundamental a todos os ramos do direito, não apenas ao campo processual.

Dentre as principais garantias processuais que se tem conhecimento, além dos já referidos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), e do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), cumpre destacar outro grande e importante pilar processual, qual seja, o princípio que veda a produção de prova ilícita<sup>66</sup>, previsto no consagrado artigo 5º, inciso LVI, da Carta Maior, de acordo com o qual, em sua compreensão, sabe-se que decisões baseadas em provas obtidas por meios ilícitos (defesos ao ordenamento jurídico vigente) podem comprometer o próprio resultado da ação, ensejando a nulidade do decisório proferido.

Outra garantia muito importante se revela no denominado direito de petição, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição de 1988. Sua denominação teve surgimento na Inglaterra, durante a Idade Média (*Right of Petition*), consolidando-se no *Bill of Rights* de 1689. Em suma, o direito de petição prevê e garante a possibilidade de se levar a conhecimento dos poderes públicos situações de ofensa a direitos, bem como de existência de ilegalidades ou de abusos de poder. No caso dos entes públicos propriamente ditos, verifica-se a isenção do pagamento de determinadas taxas, sem que haja qualquer tipo de prejuízo quanto ao ato de peticionar.

Adiante, merecem destaque outros três tipos de direitos protegidos pela Constituição Federal, os quais se caracterizam como verdadeiros meios de tutelar a liberdade, quais sejam, a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança. No entanto, a explanação não pretende culminar no esgotamento dos aspectos concernentes aos institutos.

---

<sup>64</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 30.

<sup>65</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008. p. 35.

<sup>66</sup> Entende-se por prova ilícita, aquela produzida mediante infringência ao direito material, enquanto que provas ilegítimas são aquelas que se obtém em desacordo com o direito processual. Por conseguinte, as provas ilegais são o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas.

Outrossim, não serão tratados aqui outros institutos constitucionais, tais como *habeas corpus*, *habeas data* e o *mandado de injunção*.

A primeira delas, a *Ação Popular*, é prevista pelo artigo 5º, inciso LXXIII (CF/88), conferindo aos indivíduos o poder de fiscalizar o Poder Público. Encontra apoio no princípio da legalidade, fundamental aos atos da Administração Pública, constituindo-se verdadeiramente como forma de exercício da soberania popular. Pode ser ajuizada com caráter preventivo ou repressivo, de acordo com o contexto do problema, bem como as consequências já produzidas ou não no âmbito prático. Não existem, no entanto, tantas ações desta natureza quanto se verifica em relação aos próximos dois institutos.

Por sua vez, a *Ação Civil Pública* (ACP), incluída pela Constituição de 1988, em seu artigo 129, inciso III, como garantia constitucional, atribui ao Ministério Público (MP) a competência para promovê-la com o escopo de proteger tanto o patrimônio público como o social, bem como, ainda, o meio ambiente, dentre outros direitos difusos e coletivos. Caracteriza-se tal modalidade de ação um real avanço representando meio que proporciona a defesa da cidadania. Atualmente, o MP se revela cada vez mais atuante na defesa dos direitos assegurados pelo instituto da ACP. Inclusive, é o único órgão que não precisa demonstrar a legitimidade na propositura, já que a mesma se encontra expressamente prevista em lei, sendo certo que outros interessados devem, pelo contrário, comprovar o interesse de agir.

Por fim, no tocante ao *Mandado de Segurança* (MS), consagrado pelo artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República, alterado recentemente pela Lei nº 12.016/09<sup>67</sup>, sabe-se que visa à proteger o direito líquido e certo que não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* quando o responsável, autoridade de qualquer categoria ou função, pratique ato revestido de ilegalidade ou abuso de poder contra qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica. Trata-se, pois, de verdadeiro instrumento de liberdade civil e até mesmo política, tanto para que seu titular se veja protegido de um ato (comissivo), quanto também de uma omissão, que caracterize abuso de poder por parte da autoridade. Na própria inicial há que se demonstrar a liquidez e a certeza do direito, pois o procedimento não comporta dilação probatória. A ausência dos requisitos legais, naturalmente, enseja a extinção do processo sem a apreciação do mérito – e a segurança é, pois, denegada.

Lado outro, em relação à modalidade do *Mandado de Segurança Coletivo* (MSC), verifica-se sua utilização para a defesa de interesses de determinadas classes, podendo ser

---

<sup>67</sup> BRASIL. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago 2009. p. 2. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2015.

impetrado até mesmo por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organização sindical, bem como por entidade de classe ou associação legalmente constituída, e em funcionamento há pelo menos um ano, tendo por finalidade precípua resguardar os interesses de seus membros ou associados. E, embora contenha algumas particularidades, possui requisitos gerais presentes na modalidade individual. No cenário contemporâneo, considerando-se o número exacerbado de demandas existentes, trata-se de instituto que contribui positivamente com a persecução da justiça, já que expressamente evita que inúmeras ações sejam propostas na seara individual e em uma única ação permite-se salvaguardar o direito de uma coletividade indefinida de pessoas lesadas.

Em linhas gerais, tratando dos instrumentos que refletem a nova visão dos operadores do direito, diante da busca pela celeridade e da eficácia processual, seguindo-se a linha de raciocínio das garantias processuais existentes no ordenamento pátrio, explica o professor Humberto:

Desse conjunto de novos institutos implantados no bojo da codificação processual surge uma nova estrutura para o processo civil, onde se anula em grande parte a antiga e rígida dicotomia da prestação jurisdicional em processo de conhecimento e processo de execução. Graças a remédios como a antecipação de tutela e a ação monitória, a atividade executiva não é mais privilégio da execução forçada e o processo de conhecimento não fica mais restrito apenas à tarefa de acerto da situação litigiosa. Sem depender da *actio iudicati*, o juiz está autorizado a tomar, de imediato, medidas satisfativas do direito subjetivo material do litigante, em casos de urgência, ainda no curso do processo de conhecimento. A jurisdição, em princípio, pode ser desempenhada com toda amplitude sem depender da coisa julgada e da execução de sentença como ação separada da ação de acerto do direito do credor. Em lugar da antiga *actio iudicati*, implantou-se o mecanismo do cumprimento da sentença como simples continuidade do processo em que a condenação foi sentenciada. A execução se insere nos atos de ofício do juiz sentenciante. Sem solução de continuidade, as medidas de cumprimento forçado da sentença são praticadas numa única relação processual. Em nome da efetividade do processo, o juiz moderno se investe nos poderes do pretor romano, quando decretava os interditos, antes do julgamento definitivo da causa. Nosso processo civil, assim, assume, em caráter geral, o feitiço interdital, reclamando de seus operadores uma profunda revisão e adequação das posturas interpretativas.<sup>68</sup>

O que se verifica, de fato, é que o juiz assume novo papel, diante das próprias alterações na lei processual. Com efeito, deparamo-nos também com a flexibilização de muitos procedimentos, tais como o já sobrecitado cumprimento de sentença (que integra o processo principal na forma de incidente em apartado).

Essas alterações, demonstrando verdadeira ruptura com a rígida dicotomia, já indicada por Humberto Theodoro Junior, concernente aos processos de conhecimento e execução, corroboram o atual contexto de necessidade de que sejam adotadas novas medidas

---

<sup>68</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 19.

para combater, a exemplo, o aumento desenfreado do número de novas demandas judiciais, bem como o fenômeno denominado judicialização dos conflitos, fenômeno este que se analisa no próximo item deste trabalho.

### **2.3 O fenômeno da judicialização e o ativismo no sistema brasileiro**

Historicamente, pode-se dizer que, no princípio, não havia nenhum poder dominante, transmitindo-se a falaciosa ideia de o poder ter aflorado de acordo com o desenvolvimento do sistema de apropriação dos indivíduos. No entanto, as relações interpessoais sempre se mostraram conturbadas, pois cada indivíduo tinha uma visão diferente ou nem sempre comum aos demais à sua volta.

A partir de então é que se verifica o surgimento da figura do Estado, eis que se demonstrava necessária a existência de um ente capaz de organizar e até mesmo controlar este novo poder dos indivíduos. Isto porque, como se tem conhecimento, os interesses da sociedade são superiores aos interesses individuais, necessitando, portanto, de regulação para que possa haver uma coexistência harmônica entre ambos.<sup>69</sup>

Além da regulação do comportamento social, ao Estado cabe também assegurar a existência de medidas que proporcionem um patamar mínimo de dignidade aos seus cidadãos. E nos textos constitucionais estão previstas a maioria das medidas norteadoras, denominadas garantias ou direitos fundamentais.

Na Constituição Federal de 1988, norma interna de hierarquia superior no Brasil, podem ser citados, a título de exemplificação, as previsões relativas à saúde, à educação, à moradia, à previdência social, à liberdade de crença, dentre tantas outras. Ocorre que, quando o Estado não provê as garantias ou os direitos assegurados pela própria Constituição, o cidadão (ou jurisdicionado) deve se socorrer dos meios cabíveis para que não se encontre totalmente desprotegido.

Esses casos refletem a busca dos cidadãos pela justiça social, não alcançada no âmbito administrativo. O problema é que, diante de outras garantias como a facilitação do acesso à justiça – sem que aqui se realize qualquer juízo de valor a este respeito –, o Judiciário se depara com um crescimento das novas demandas, tanto particulares quanto também coletivas.

---

<sup>69</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 165.

O fenômeno relativo ao aumento exacerbado do número de demandas judiciais, conhecido na doutrina atual – e cuja nomenclatura fora adotada neste estudo – como *judicialização*<sup>70</sup> dos conflitos, é uma realidade contemporânea, na qual questões de larga repercussão social, política ou mesmo econômica são postas à análise do Poder Judiciário. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso, “[...] a judicialização envolve uma transferência de poderes para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”<sup>71</sup> No mundo, ensina que:

Todos esses casos ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Ainda assim, o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e à competência dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa ideia –, mas nas seções de economia, política, ciências, polícia. Bastante na de polícia.<sup>72</sup>

Adiante, complementa:

Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.<sup>73</sup>

Todavia, para que se entenda o fenômeno apresentado, necessário elencar os principais fatores que contribuíram para que tudo chegasse ao atual estágio, que são (i) a redemocratização do país, (ii) o processo de constitucionalização abrangente e, por fim, (iii) o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Com efeito, inicia Barroso ao dizer:

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente

<sup>70</sup> “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Consultor Jurídico*, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 3.

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>73</sup> *Ibid.*

democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil.<sup>74</sup>

Pode-se dizer, assim, que o *processo de redemocratização* brasileiro, ocorrido após o advento da CF/88, trouxe forças e até mesmo propiciou a expansão do Poder Judiciário, fato que instigou o aumento da demanda por justiça na sociedade nacional.

No que se refere à segunda causa que influenciou ativamente para o atual fenômeno da judicialização, isto é, o *processo de constitucionalização*, verificado de maneira abrangente, explica o Ministro:

A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciadas com a Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.<sup>75</sup>

Significa dizer, portanto, que o movimento que imprimiu à Constituição Federal sua faceta política de caráter deontológico – seguindo-se uma tendência verificada mundialmente –, ao trazer em seu bojo inúmeras garantias fundamentais e outros tantos direitos correlatos, o que ocorreu de forma inevitável foi imprimir a esses mesmos direitos e garantias o *status* de pretensão jurídica que, quando resistida, faz nascer o interesse de agir do jurisdicionado para levar ao Terceiro Poder – e, assim, judicializar – o problema, na forma de uma demanda individual ou coletiva, o que também fez crescer o número de processos em trâmite nos tribunais do país.

Por fim, a última causa ligada à judicialização dos conflitos está ligada ao próprio *sistema de controle de constitucionalidade* vigente, pois, como bem assevera o Ministro:

A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos:

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 2.

<sup>75</sup> *Ibid.*



o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); b) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução n. 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no Poder Judiciário (ADC 12); c) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros.<sup>76</sup>

O sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, somado ao amplo direito de propositura das respectivas ações de controle de constitucionalidade, propiciou o aumento das discussões de praticamente todas as questões políticas ou que se entenda moralmente relevantes, cuja propositura se dá diretamente na Corte Superior do País. Com efeito, Barroso ainda afirma que nas decisões utilizadas como exemplo, o STF se manifestou nos limites dos pedidos ventilados, visto que, até então, os Ministros não possuíam a prerrogativa de conhecer ou não das ações, de pronunciar ou não sobre o mérito a que as demandas se propunham, quando preenchidos os requisitos de cabimento, salientando:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se a ela cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.<sup>77</sup>

Próximo ao fenômeno da judicialização encontra-se a (atualmente) famigerada prática do ativismo judicial. Muito embora próximas, ambas não possuem as mesmas origens, ainda que seus reflexos sejam verificados no mesmo âmbito, o forense. Luís Roberto Barroso estabelece uma distinção entre as práticas, de modo que:

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 2-3.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 5-6.

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>78</sup>

Seu surgimento foi verificado na Suprema Corte norte-americana, diante de problemas relacionados a questões de segregação racial e invalidação das leis sociais do país. A partir da década de 50, a Corte passou a produzir decisões de natureza progressista e extensiva em matéria de direitos fundamentais, especialmente no que tocava aos cidadãos negros, acusados em processos criminais, mulheres, dentre outros.<sup>79</sup>

Em sistemas voltados ao *common law* a prática do ativismo é bem mais acentuada, e abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se desvio de função por parte do órgão jurisdicional.<sup>80</sup> O importante a ser destacado é que o ativismo não revela necessariamente uma prática ruim. Pelo contrário, quando não for verificado o excesso ou desvio de função, deverá ser

“[...] elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.”<sup>81</sup>

No Brasil, a prática mais comum era contrária ao ativismo, conhecida como auto-contenção. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo de potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 6.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 7: “O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas.”

<sup>80</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

<sup>81</sup> *Ibid.*

auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço da incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.<sup>82</sup>

Atualmente, no entanto, o Poder Judiciário brasileiro tem adotado uma postura diferente, voltada ao ativismo.<sup>83</sup> Em exemplo pertinente, o constitucionalista trata das questões voltadas à saúde:

[...] na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se as decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.<sup>84</sup>

O dualismo entre ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de tribunais constitucionais ou supremas cortes e que possuam competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis e dos próprios atos emanados do Poder Público. E as duas posições se revelam na forma pendular, de acordo com a importância conferida pelos outros dois poderes de cada nação:

No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, desfruta inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, numa persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral.<sup>85</sup>

No excerto acima, percebe-se que o Judiciário brasileiro tem ganhado forças atendendo as demandas sociais que não são asseguradas pelo parlamento, o que revela um aspecto positivo da prática ativista, com a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 7.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 7-8: “Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. O STF, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Criou, assim, uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional. Por igual, a extensão da vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, com a expedição de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso, também assumiu a conotação quase-normativa. O que a Corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.”

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>85</sup> *Ibid.*

jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa.<sup>86</sup> Em contrapartida, revela negativamente, também, os problemas enfrentados pela esfera legiferante.

O que se percebe, então, é que o ativismo pode assumir um caráter até mesmo prejudicial, visto que, segundo Luís Roberto Barroso, as decisões ativistas devem ser editadas apenas em momentos históricos determinados, isto é, eventualmente. Além disso, o excesso pode representar riscos para a legitimidade democrática, ligados à politização indevida da justiça e aos limites da capacidade institucional do Judiciário.<sup>87</sup>

Acerca do risco ligado à legitimidade democrática, de se considerar que muito embora juízes, desembargadores e ministros exerçam um poder político – que pode até invalidar determinados atos dos outros dois poderes –, na verdade não se tratam de agentes públicos eleitos (pelo povo, em sufrágio universal). “Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.”<sup>88</sup> Discorre Barroso quanto a elas:

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade e boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes.<sup>89</sup>

A par disso, sabe-se que a Constituição Federal deve exercer dois diferentes papéis. O primeiro estabelecendo as regras e limites do processo democrático assegurando a

<sup>86</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 10.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Ibid., p. 11.

participação política ampla, o governo da maioria e a alternância do poder. Ao mesmo tempo, deve proteger os direitos e as garantias fundamentais (segundo papel), mesmo que isso represente ir contra a vontade circunstancial daquele que detém mais votos. Assim, a jurisdição constitucional bem exercida se revela mais como uma garantia do que como um risco. No entanto, isso não pode significar a supressão, pelo Judiciário, do papel do Legislativo.<sup>90</sup>

Quanto ao mais, em relação ao risco de politização da justiça, de início, cabe destacar que direito não se confunde com política, ou seja, não se deve submeter o que é correto e justo à vontade de quem detém o poder.<sup>91</sup> Ainda assim, nos ensinamentos do professor Barroso:

Direito é política no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) os juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.<sup>92</sup>

Da mesma forma, direito não é política no sentido de admitir a possibilidade de escolhas livres, tendenciosas ou de cunho partidário. Assim, não se pode admitir que a judicialização da política se transforme em politização da justiça.<sup>93</sup>

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 12: “Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.”

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 13: “Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.”

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 14: “Quando se debateu a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa, Hans Kelsen e Carl Schmitt travaram um célebre e acirrado debate teórico acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição. Contrário à existência da jurisdição constitucional, Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se inverter em politização da justiça.”

atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.<sup>94</sup>

Por fim, antes de adentrar às limitações da capacidade institucional do Poder Judiciário, necessário se faz explicar qual o sentido que possui a expressão “capacidade institucional”:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo e do Executivo, cedendo passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposições de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.<sup>95</sup>

O que se pode inferir, levando-se em conta o conceito acima indicado, é que o Judiciário possui uma capacidade institucional limitada, notadamente por não compreender, dentre suas funções, a realização de estudos técnicos adequados, ao longo do tempo, para que os seus magistrados possam proferir decisões que influam em larga escala no cotidiano dos cidadãos, ou que interfiram de maneira considerável nas atividades do Legislativo e do Executivo. O Judiciário pode interferir em quase todas as matérias, sem que, no entanto, seja conveniente fazê-lo (em âmbito prático). É preciso que se faça uma avaliação criteriosa da capacidade institucional e não que se queira interferir em todas as questões políticas, indistintamente. É que, segundo o constitucionalista:

A maior parte dos Estados democráticos do mundo se organizam em um modelo de separação de Poderes. As funções estatais de legislar (criar o direito positivo), administrar (concretizar o Direito e prestar serviços públicos) e julgar (aplicar o Direito nas hipóteses de conflito) são atribuídas a órgãos distintos, especializados e independentes. Nada obstante, Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 14-15.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 16: “Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas.”

institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legítima a arrogância no judicial.<sup>96</sup>

Em síntese, diante de tudo quanto foi exposto neste item, depreende-se que a judicialização pode ser compreendida como fruto/resultado do próprio sistema constituinte brasileiro, que permite que discussões de larga escala social, política ou econômica sejam levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Por seu turno, o ativismo exprime a vontade do aplicador da norma ao caso concreto, de forma que a Constituição seja interpretada de maneira proativa e expansiva, quando os demais poderes se afigurarem inertes. É o “[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”<sup>97</sup>

Os riscos inerentes a ambos os fenômenos (ou condutas) se revela na possível politização da justiça, envolvendo questões importantes como a da legitimidade democrática e até mesmo excesso de discricionariedade/ingerência do Poder Judiciário sobre as outras esferas.

Ainda assim, o Judiciário “[...] é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros Poderes.”<sup>98</sup>

No cenário prático, o jurisdicionado recorre a um dos pilares do Estado Democrático de Direito para efetivar direitos ligados à dignidade da pessoa humana, eis que o próprio Estado lhe nega a consecução de tais direitos na seara administrativa (ou extrajudicial). O mesmo ente (Estado) assegura os direitos, mas não os entrega aos seus cidadãos. Ainda assim, cria mecanismos que propiciam aos lesados a oportunidade de recorrer a um dos pilares (poder jurisdicional), para que, estabelecida a obrigação ao âmbito executivo, esses cidadãos obtenham aquilo que foi previsto anteriormente pela esfera legiferante.

Diante da problemática apresentada, bem como da pesquisa realizada até o presente momento, depreende-se que, ao menos por ora, o fenômeno da judicialização dos conflitos não tende a se atenuar, notadamente em razão de que a facilitação do acesso à justiça acaba por contribuir com este aumento no número de novos conflitos.

---

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao-ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 15.

<sup>97</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>98</sup> BARROSO, op. cit., p. 19.

Lado outro, a cultura nacional que envolve a (incessante) instauração de litígios, fomentada pela ausência de políticas públicas eficazes na garantia dos direitos fundamentais, contribuem de forma igualmente negativa para o problema apresentado, de forma a assolar os tribunais com processos até mesmo idênticos, envolvendo os direitos e as garantias fundamentais previstos na Carta Maior.

Ademais, no que toca ao direito à saúde ou à educação – a exemplo, dentre inúmeros outros frequentemente colocados em pauta –, em meio à carência de estrutura que se verifica no atual sistema da Administração Pública, também não há que se reconhecer a imediata possibilidade de reduzir o número de demandas instauradas, o que só poderá ser concretizado caso os recursos financeiros existentes sejam direcionados às reais necessidades da população brasileira, a fim de trazer resultados concretos aos cidadãos brasileiros, enquanto que aos próprios cidadãos e aos órgãos fiscalizadores cabe coibir as tantas ocorrências de corrupção e desvio de verbas públicas.

Diversas circunstâncias contribuem para o fenômeno da judicialização.<sup>99</sup> Dentre elas, destacam-se a cultura do jurisdicionado, a realidade político-social-econômica e, ainda, a carência de implementação de políticas públicas eficazes à garantia dos direitos fundamentais. Isso porque não basta a mera positivação dos direitos, mas sim que tais sejam introduzidos no ordenamento vigente e, a partir dali, (re)afirmados de forma constante, não apenas perante o Judiciário, mas também e, principalmente, na esfera extrajudicial (ou administrativa), como forma de diminuir o número de demandas e, assim, ainda que a médio ou a longo prazo, possa revelar verdadeiras contribuições aos cidadãos detentores dos direitos inseridos no bojo da Constituição da República.

Da mesma forma, o ativismo judicial<sup>100</sup>, embora atacado por alguns, traz decisões que acabam por reforçar questões ligadas à democracia. O que não se pode permitir, contudo,

<sup>99</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015. p. 3. “O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modo institucional brasileiro.”

<sup>100</sup> “Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a formação de uma “juristocracia” (ou judiciariocracia) – chamemos assim a esse fenômeno – não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder [...] manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual”. STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18 jan. 2015.



é que juízes e tribunais assumam um papel distinto ao seu, e que as decisões se sobreponham às demais esferas do Estado, num excesso de judicialização da política<sup>101</sup>.

Em matéria constitucional, a singularidade do ativismo judicial está ligada às especificidades da atividade de interpretação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem especialmente a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento (revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito), e a fluidez e a decorrente imprecisão semântica da linguagem constitucional (vagueza e ambiguidade) ligada a conceitos indeterminados de cunho axiológico.<sup>102</sup>

No Brasil, o protagonismo revelado pela prática ativista está estreitamente ligado ao Supremo Tribunal Federal e até mesmo em tribunais inferiores (há inclusive decisões monocráticas que ganham grande repercussão pela forma de se interpretar proativamente a CF). Por conseguinte, como não poderia deixar de ser, parcela da doutrina defende a prática do ativismo, no sentido de que o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar decisões emanadas das outras esferas, mesmo diante do fato de que seus agentes exercem mandato popular.<sup>103</sup>

Em quaisquer das instâncias, para que a prestação jurisdicional se realize de forma eficaz, os julgadores devem observar, dentre outros aspectos, a celeridade processual. A exemplo, no caso específico do direito à saúde, previsto no artigo 196 da CF/88, a demora na prestação da tutela pelo Estado pode gerar danos irreparáveis ao cidadão. Neste passo, o número crescente de demandas judiciais, verificado após o advento do texto constitucional vigente, transforma o Judiciário em verdadeiro poder político de proteção às garantias fundamentais e realizador de políticas públicas<sup>104</sup>.

Ocorre que a instauração desenfreada de conflitos implica, ainda, na perda da qualidade decisória, fato que será examinado especialmente no item final desta pesquisa. Assim, a efetivação dos direitos fundamentais, dentre tantos outros problemas do Estado

---

<sup>101</sup> “De fato, o direito constitucional brasileiro contemporâneo traz como uma de suas principais características a relevância atribuída ao Poder Judiciário. Cada vez mais, questões que anteriormente eram demandas políticas transformam-se em contendas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como judicialização da política. Na medida em que aumenta a interferência judicial, maior deveria também ser o comprometimento dos juízes e tribunais em respeitar a tradição jurídica (legislação, Constituições e entendimentos jurisprudenciais anteriores) que, ao longo dos anos, possibilitou conquistas importantes”. TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2015.

<sup>102</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

<sup>103</sup> ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; KRUGER, Rennan Faria. **Processo constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 190.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 193.

nacional, deve ser objeto de atenção. Faz-se necessário implantar políticas públicas voltadas ao pronto atendimento, como forma de reafirmar as garantias constitucionais e, pois, tratar de forma digna a sociedade brasileira. E, trazendo resultados positivos face ao fenômeno da judicialização, o resultado será a mudança do cenário contemporâneo em que o Poder Judiciário é tido por único caminho para a efetivação de direitos:

[...] ao colocar a Constituição como centro do debate jurídico, reforçando o papel do Direito Constitucional, o neoconstitucionalismo trouxe importantes contributos para repensar o constitucionalismo, proporcionando significativos e inegáveis avanços. Contudo, ao lado disso e em contraposição, preponderantemente foi destinada ao Judiciário a tarefa de realização desse projeto constitucional, trazendo como uma das principais características deste novo constitucionalismo a discricionariedade judicial. Ou seja, a “revolução do novo constitucionalismo se daria via Poder Judicial”.<sup>105</sup>

Outrossim, o que se estará fazendo, de forma concomitante, é combater a própria morosidade judiciária, já que a infinidade de demandas não diminui na mesma velocidade com que outras novas são distribuídas diariamente. É que, se o acesso à justiça se encontra facilitado, e a própria população nacional cresce de décadas em décadas, não é de se estranhar que mais processos surjam do que se consiga colocar fim, já que a estrutura forense revela problemas não apenas estruturais, como também relativos ao número insuficiente de profissionais para atender a todos os anseios de forma pronta e célere.

No entanto, outro fator surgiu como promessa ao enfrentamento de grande parte dos problemas do Poder Judiciário em relação à morosidade, descrença e insegurança jurídica, cada vez mais presentes no cotidiano forense. Trata-se do Novo Código de Processo Civil (NCPC), cuja análise, no tocante à proposta e aos objetivos perseguidos, se verifica a seguir.

#### **2.4 Novo CPC: solução aos problemas do Judiciário?**

O final do ano de 2009 ficou marcado pela nomeação da Comissão de Juristas que se encarregaria de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Capiteada pelo Ministro Luiz Fux<sup>106</sup>, a Comissão teve como foco principal confeccionar um projeto que atendesse às principais necessidades da sociedade contemporânea. Isto porque os juristas tiveram de levar em conta o transcurso de mais de trinta anos desde a criação do último CPC.

<sup>105</sup> TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2015.

<sup>106</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

Para tanto, buscando realizar o processo de desenvolvimento de maneira participativa, a Comissão realizou audiências públicas nas cinco regiões do país.

Um dos principais motivos que impulsionou a mudança certamente foi a questão de que o Poder Judiciário vinha (vem) perdendo credibilidade ao longo do tempo, haja vista a morosidade à qual as partes são submetidas para a obtenção de uma tutela jurisdicional, ainda que em caráter urgente. Assim, aos olhos da sociedade brasileira, facilmente nos deparamos com a insatisfação pela demora na prestação da justiça, demora esta que, por vezes, implica na perda do sentido de se prestar a tutela perseguida por uma das partes componentes da lide.

Nesse diapasão, norteados pelo desafio de resgatar a crença da sociedade civil no judiciário, bem como diante do intuito de tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere, os membros da Comissão de juristas, num primeiro instante, buscaram detectar os problemas que obstavam a prestação jurisdicional de forma ágil, seguindo-se pela segunda etapa, qual seja, a de legitimar, de forma democrática, as soluções para os problemas anteriormente enumerados. O escopo era fazer com que o sistema processual proporcionasse à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos – ameaçados, violados ou apenas previstos em lei – de modo a tornar tal sistema eficiente, impedindo assim que as normas de direito material se transformassem em ilusões, e permitindo que ganhassem forma empírica, ou seja, visibilidade prática aos jurisdicionados.

Como bem indicado na exposição de motivos do NCPC, “[...] a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau maior de funcionalidade.”<sup>107</sup>

O que facilmente pôde ser verificado pela Comissão durante a análise dos problemas, a exemplo, foi, além do excesso de formalismo no sistema processual, bem como o grande volume de ações propostas e, ainda, a quantidade excessiva de recursos em trâmite pelo Judiciário, problemas estes que são presentes na grande maioria das comarcas espalhadas por todo o território nacional.<sup>108</sup>

Várias foram as considerações do Senado Federal quando do ato de instituição da Comissão de juristas, das quais cumpre destacar, como exemplo, a edição de 64 normas

<sup>107</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>108</sup> Id. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf> />. Acesso em: 20 dez. 2014.

alterando o código de 1973, a evolução da própria sistemática do Poder Judiciário e daqueles que estão diretamente ligados a ele, e, por fim, a grande relevância de se alcançar a prestação jurisdicional de forma célere, balizada pelas garantias previstas na Constituição Federal. Assim, como não poderia deixar de ser, foi traçada a exposição de motivos do anteprojeto, com o escopo de mostrar até mesmo àqueles que não estão ligados diretamente à atividade de prestação da justiça, as necessidades da implementação do Novo Código de Processo Civil.<sup>109</sup>

Tudo isso faz parte de um longo processo de mudanças que vêm sendo inseridas no cenário contemporâneo, notadamente diante do fato de que, até pouco tempo, a cultura brasileira era voltada para a instauração de litígios. O próprio ensino jurídico acompanhava este mesmo contexto. Aos poucos vêm sendo fomentadas, a exemplo, as formas alternativas de solução dos conflitos – tais como a conciliação e a instauração de conflitos em câmaras de mediação e arbitragem – que, atualmente, configuram mecanismos mais rápidos e menos dispendiosos para os cofres públicos, sem a necessidade de movimentação de todo o aparato judicial.

A Lei de Arbitragem<sup>110</sup> pode ser citada como um grande avanço no ordenamento jurídico vigente, pois contribui positivamente com o (cada vez mais necessário) desafogamento do Poder Judiciário. Seu uso é verificado, principalmente, nas demandas envolvendo matérias de natureza comercial e empresarial. Existem cursos voltados à prática da arbitragem e muitos escritórios têm se especializado neste procedimento. Recentemente, inclusive, a arbitragem sofreu modificações introduzidas pela Lei 13.129/15<sup>111</sup>.

Parcela dos estudiosos defende que a edição do Novo Código de Processo Civil poderá representar um dos principais mecanismos para a solução dos problemas do Judiciário, enquanto que outra vertente ataca a medida, ressaltando que o problema não se encontra no Código de 1973 e sim na forma de aplicabilidade de seus institutos.

---

<sup>109</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>110</sup> Id. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1996. p. 18.897. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)>. Acesso em: 5 fev. 2015.

<sup>111</sup> Id. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito da aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga os dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

O fato é que, quando em vias de aprovação, nem mais se cogitava deixar o projeto do NCPC de lado e voltar às discussões infundáveis sobre o atual diploma, com novas propostas de emendas ao texto existente. Tanto que a sanção da Presidência da República ocorreu em 16 de março de 2015, tendo o Novo Código sido chancelado com o número de Lei 13.105/15<sup>112</sup>.

Os juristas que enxergam o NCPC com ressalvas<sup>113</sup> o fazem porque a maioria das críticas que são tecidas contra o Código vigente, na verdade, não dizem respeito a ele, mas sim aos problemas estruturais e da própria gestão dos serviços públicos judiciais. Além disso, como anteriormente referido, a formação excessivamente formalista e voltada às contendas, bem como a ineficácia dos processos em âmbito administrativo e, ainda, agências reguladoras que exercem seus poderes fiscalizatórios e punitivos de maneira insatisfatória, são outras das deficiências conhecidas, as quais não são nem de longe causadas pelos dispositivos contidos no Código Buzaid.

Não bastasse, os juristas desta gama asseveram que o projeto de novo código processual se baseou em experiências puramente empíricas<sup>114</sup>, sem qualquer embasamento estatístico que pudesse comprovar a necessidade da revogação do atual *codex*. Outrossim, surgiram até críticas de que a proposta significou uma manobra mais voltada à política do que ao âmbito jurídico propriamente dito. Aqui, no entanto, não caberá ingressar na análise deste mérito.

O NCPC tem por escopo, principalmente, trazer ao âmbito prático resultados substanciais, de ordem qualitativa e quantitativa, que projete o sistema processual às verdadeiras necessidades dos jurisdicionados, de modo a desburocratizar, imprimir maior celeridade e até mesmo flexibilizar alguns dos tantos institutos vigentes. Visa, assim, à criação de um sistema mais dinâmico e justo.

Como se sabe, o direito material por si só – isto é, aquele que não se veja resguardado por um sistema processual eficaz –, mostra-se insuficiente ou até torna ainda mais frágeis as garantias fundamentais que se tenta proteger com veemência. É que a demora de vários anos para se prestar uma tutela aos jurisdicionados pode implicar em um resultado

---

<sup>112</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato20152018/-2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato20152018/-2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>113</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Uma histórica luta contra o novo CPC: parte I. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/-2015-fev-28/costa-machado-historica-luta-cpc-parte>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

<sup>114</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. A pressa e o projeto do novo CPC. **Migalhas**, [s.l.], 9 jul. 2013. Migalhas de peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182166,51045A+pressa+e+o+projeto+-do+novo+CPC>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

meramente formal, longe da consecução real da justiça almejada pela parte litigante (maior interessada neste resultado prático).

É dizer, de outro modo, que ao se prestar a tutela de modo ineficaz (ou demorado), o que se estará fazendo à sociedade é não mais do que tornar pública uma sentença ou acórdão (decisões de mérito sobre determinada matéria), as quais, todavia, não representarão nenhum direito propriamente dito a quem as aguarda (senão no campo formal), notadamente pela demora por vezes inevitável para que o juiz ou órgão colegiado possa chegar à sua convicção.

Mas vale lembrar, também, que certamente tal demora não ocorre por ineficiência dos magistrados e demais serventuários da justiça, e pode representar, na verdade, um reflexo da falta de coesão entre o próprio sistema processual, ocorrida pelas tantas emendas criadas ao decorrer dos anos. Ora, por óbvio que quando os estudiosos propõem determinada alteração, as intenções almejadas são as melhores, sendo certo que, todavia, por um período de tempo (por vezes não tão breve) as retificações serão insuficientes se comparadas ao resultado final esperado.

Em contrapartida, de se considerar que as mudanças, quando realizadas, atingem todo um sistema em funcionamento, fazendo com que muitos operadores do direito – muitas vezes representando resistência a alguma pretensão – aproveitem-se da mudança apenas de modo procrastinatório, ganhando tempo favorável à parte que necessita dissipar bens para ter a pseudovitória sobre aquele que o demanda judicialmente (a exemplo).

Realmente, mudanças em qualquer sistema se fazem necessárias. O problema é que, por vezes, projetos são idealizados visando a uma realidade distinta daquela de quando se conseguiu alterar efetivamente o ordenamento (haja vista a demora e burocracias inerentes ao próprio sistema legislativo), o que acaba por causar, de modo inevitável, um enfraquecimento entre a coesão das normas componentes dos diplomas, tanto de cunho material, quanto de cunho processual.

O sistema recursal vigente é um grande reflexo da colocação acima. O sistema recursal do Código de 1973 era consideravelmente mais simples que o anterior (de 1939), mas depois das sucessivas reformas, acabou por se tornar muito mais complexo (e, assim, alvo de constantes críticas doutrinárias).

Deste modo, o NCPC tem por objetivo gerar um processo mais célere, isto é, muito mais próximo da dinâmica atual, tornando o processo menos complexo e, por conseguinte, mais eficaz, de forma a representar verdadeira justiça aos tutelados. Com isso, ao

menos em tese, o que se espera é que o juiz possa se aprofundar no mérito da causa, alcançando o cerne do problema que lhe é apresentado pelas partes.

Ainda assim, a interpretação e o entendimento do código devem ser realizados de forma sistêmica, nunca de maneira isolada, observando-se, ainda, as premissas e as normas fundamentais contidas em seu bojo.<sup>115</sup> Não bastasse, o NCPC implementa um sistema participativo/cooperativo<sup>116</sup>, pautado nos direitos fundamentais dos cidadãos e no qual todos os sujeitos integrantes do processo assumem responsabilidades e vislumbram a possibilidade de interlocução ativa. Nos dizeres doutrinários:

Uma grande inovação no Novo Código de Processo Civil é a de conceber um novo formalismo que se adeque às diretrizes do processo democrático, de modo a evitar que as formas processuais sejam estruturadas e interpretadas em dissonância com os ditames contudísticos do modelo constitucional de processo.<sup>117</sup>

Acerca da tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, a primeira fase verificada foi quando da apresentação do Anteprojeto ao Senado Federal, após ter sido preparado pela Comissão de Juristas formada em 30.09.2009. O relatório final apresentado pelo Senado foi aprovado ao final de 2010 e enviado a seguir para a Câmara dos Deputados.

Em meados de 2011, durante o período de um mês, o texto foi submetido à consulta pública no sítio eletrônico do Ministério da Justiça e logo em seguida foi instituída uma comissão especial na Câmara, para que, no mês de setembro do mesmo ano, fosse instituída outra comissão de notáveis juristas. Perpassado o período de interrupção dos trabalhos, sob a nova coordenação do deputado Paulo Teixeira, esse rol de juristas foi ampliado, ocasião em que o texto foi aprovado e devolvido ao Senado em 26.04.14.<sup>118</sup>

O Anteprojeto apresentado em meados de 2010 pela Comissão de Juristas inicial tinha cinco principais objetivos, a saber: (i) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; (ii) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; (iii) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade dos subsistemas, como, por exemplo, o recursal; (iv)

<sup>115</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 19: “Leituras isoladas de dispositivos e institutos, alheias às premissas fundamentais, tendem a ser equivocadas e conduzir a resultados práticos inaceitáveis”.

<sup>116</sup> Ibid., p. 20.

<sup>117</sup> Ibid., p. 25.

<sup>118</sup> Ibid., p. 38-39: “Na Câmara dos Deputados, o projeto sofreu um aprimoramento consistente em seu texto que promoveu uma maior aproximação com as premissas da constitucionalização e democratização do processo, especialmente mediante a assunção das premissas participativas e policêntricas, delineando-se uma legislação na qual deixa de existir protagonismos (seja do juiz ou dos advogados/partes), partindo-se para uma vertente que fomenta a participação e a importância técnica de todos que militam no sistema processual.”

dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e (v) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.<sup>119</sup>

O primeiro objetivo, *estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal*<sup>120</sup>, diz respeito à necessária proximidade que a lei ordinária deve guardar em relação à Carta Maior, sob pena de suas diretrizes serem declaradas inconstitucionais. Assim, foram incluídos no Anteprojeto, de forma expressa, alguns princípios, seguindo-se a tendência atual de constitucionalização normativa. No mais, outros princípios foram concebidos pelo próprio código, concretizando a doutrina constitucional, como a garantia do contraditório mesmo em matérias de ordem pública, ampla oportunidade para produção de provas, publicidade de julgamento de recursos, razoável duração do processo, dentre outros.

De outro lado, o fato de haver inúmeras posições contrárias diante de uma mesma norma jurídica – diferenciando, por vezes, indivíduos que se encontram diante de situações semelhantes – faz com que o sistema se torne frágil aos olhos dos próprios cidadãos e até dos operadores do direito. Desde então que, quando o Supremo Tribunal Federal passa a criar Súmulas Vinculantes a fim de atrelar o julgamento conjunto de recursos extraordinários, especiais e repetitivos, percebe-se a tendência de uniformização jurisprudencial, impulsionada pela necessidade, dado o imenso volume de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, bem como o escopo de se evitar julgados conflitantes em casos análogos.

Trata-se, pois, de clara preocupação e respeito à segurança jurídica. Desse modo, qualquer alteração diversa aos posicionamentos consolidados prescinde de fundamentação adequada e específica, caso contrário, a fragmentação – diga-se, desnecessária –, de todo o sistema processual causará nada menos que insegurança.

No Novo CPC sancionado, o artigo 926<sup>121</sup> dispõe que os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente. Verifica-se, claramente, não apenas neste artigo, como nos demais que o sucedem, uma preocupação em desafogar não apenas o Judiciário, como também – e, talvez, principalmente – os tribunais superiores, culminando no que o presente trabalho chama de ‘jurisprudencialismo’, em item específico do próximo capítulo.

<sup>119</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Id. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.



O segundo objetivo, *criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa*<sup>122</sup>, refere-se ao fato de que, quando da elaboração do Anteprojeto, os juristas visavam ao efeito prático da decisão, na medida em que tal efeito deve ser o mais próximo possível do contexto em que for inserido. Ou seja, o juiz deve buscar, a partir deste objetivo, a real solução prática para o problema que lhe for apresentado, visto que, quanto mais próxima da realidade das partes for a decisão proferida, mais humana será a tutela prestada, ao menos perante à sociedade, atingindo assim a real finalidade a que se presta. Além disso, o Anteprojeto e o próprio NCPC sancionado fomentam práticas como a da mediação e a da conciliação, corroborando-se a tendência de buscar a diminuição do número de litígios: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”<sup>123</sup>

Por óbvio que tal medida não significa apenas o fim de vários processos, mas também que, até mesmo para as partes, a conciliação se mostra uma escolha mais viável, tendo em vista que, nesta modalidade, tanto autor quanto requerido abrem mão de determinados interesses que lhes são favoráveis, buscando uma solução viável. Isto ocorre porque diante de uma sentença condenatória, por vezes o autor não vê sua pretensão atendida no âmbito prático, pois o devedor, em grande parte dos casos, não possui bens que possam satisfazer uma futura execução. Portanto, mostra-se viável ao requerente, ao conciliar-se com a parte contrária, ver desde já o cumprimento do acordo homologado, sendo certo que se fosse de outra forma, talvez não lograsse êxito em satisfazer seu interesse, tendo em mãos apenas um título executivo que não representará o resultado na vida prática.

Já o terceiro objetivo, *simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade dos subsistemas, como, por exemplo, o recursal*<sup>124</sup>, denota preocupação da Comissão de juristas com a necessária desburocratização dos institutos processuais, de forma a atingir o cerne da questão, sem que haja a observância extremada de formalismos, muitas vezes desnecessários. Ou seja, de forma simultânea, com tais alterações, dentro e fora das matérias recursais, o que se busca é, além da simplicidade processual, atingir um maior rendimento possível com o feito em trâmite perante o Poder Judiciário.

<sup>122</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>123</sup> Redação do artigo 3º, parágrafo 3º. Id., 2015, op. cit.

<sup>124</sup> BRASIL, 2010, op. cit.

Importante observação deve ser feita, no entanto, acerca das modificações sofridas pelo Anteprojeto originário, culminando na redação final que foi sancionada. Dentre muitos institutos que passaram por supressões e alargamentos, um que voltou praticamente ao modelo original foi o da intervenção de terceiros. No Anteprojeto de 2010, uniram-se os institutos do chamamento ao processo e da denúncia da lide. Em contrapartida, no texto definitivo, voltaram a aparecer tais institutos em separado, acrescentando-se as figuras do *amicus curiae* e do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*.<sup>125</sup> Assim, embora a proposição inicial fosse salutar, na prática não se verificou tão simples torná-la concreta, especialmente quanto à união dos institutos anteriormente referidos.

Quanto à proposição de *dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado*<sup>126</sup>, pode-se dizer que buscar o maior rendimento em um único processo pode contribuir de forma expressiva com o fim de inúmeras demandas desnecessárias, notadamente em razão de que, além de observar o princípio do contraditório, leva-se em conta o princípio da fungibilidade, adequando a causa discutida à real finalidade para a qual foi proposta.

A proposta segue tendências que são observadas, a título de exemplo, nas atuais ações de natureza acidentária ou de obrigação de fazer para a concessão de medicamentos, à medida que, verificando-se a necessidade de que seja concedido benefício ou fármaco diverso daquele inicialmente pleiteado, ganha-se tempo e se proporciona às partes um julgamento mais eficiente ao realizar a devida adequação, fato este que, inclusive, não fere o princípio da imutabilidade do pedido, já que o juiz abre oportunidade para a parte contrária se manifestar. O que se busca, já na atualidade, é evitar que processos desta natureza sejam extintos e repropostos, tantas vezes quanto houver a necessidade de se alterar o tratamento do paciente (jurisdicionado).

Por fim, o Anteprojeto trouxe o objetivo de *imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão*<sup>127</sup>. Pode-se dizer que este foi o plano de trabalho genérico frente ao qual a Comissão de Juristas atuou na execução do código. Organização, como não poderia deixar de ser, mostra-se fundamental a qualquer ordenamento jurídico, seja ele de natureza material ou de natureza processual. Partindo-se desta ideia, foram

<sup>125</sup> Vide artigos 119 a 138 do NCPC. BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>126</sup> Id. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf> />. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>127</sup> Ibid.

reorganizados os livros componentes do NCPC, visando à uma maior praticidade em sentido geral, compreendendo o próprio manuseio do diploma, bem como a forma pela qual os elaboradores buscaram concatenar as normas ali inseridas.

O que se verifica diante dos cinco objetivos inseridos na exposição de motivos do Anteprojeto é que a Comissão de juristas não buscou apenas novos institutos processuais, com o intuito de substituir os já existentes, descartando-os simplesmente.

Na realidade, o que os cientistas jurídicos buscaram foi justamente tentar integrar de uma forma mais coerente algumas normas do código de 1973, com os novos institutos especialmente desenvolvidos (procedendo às necessárias alterações), isto para que o NCPC possa, ao entrar em vigor, atender sua real finalidade, da forma mais próxima possível aos interesses dos jurisdicionados. Explicou, em síntese, a Comissão:

Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado. Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações. O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material. Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.<sup>128</sup>

Por outro lado, como anteriormente indicado, o projeto apresentado em 2010 não possuía o mesmo texto que foi aprovado em 17.12.14 pelo Senado Federal e enviado para a sanção da Presidência da República. É que o novel diploma processual sofreu muitas outras alterações nas duas casas do Congresso Nacional, durante os incessantes debates – com ataques e defesas mais diversos, segundo os entendimentos dos órgãos institucionais interessados (tais como Magistratura, Ministério Público, Defensoria e Ordem dos Advogados do Brasil). Outrossim, sofreu alguns vetos antes de ter o texto definitivo publicado no D.O.U. em 17 de março de 2015<sup>129</sup>, salientando-se que entrará em vigor em 18.03.16<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>129</sup> Id. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>130</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 41.

Cumpra anotar que a pesquisa não se propõe a analisar todas essas alterações. Também não se pretende esgotar a análise de todo o NCPC, o que demandaria trabalho de maior amplitude não comportado pelos limites físicos de uma dissertação. Serão expostas algumas críticas a este dilema inicial, qual seja, se o novo código poderá ou não resolver os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário brasileiro. E, considerando que o diploma sequer entrou em vigor<sup>131</sup>, a pesquisa leva em conta os estudos realizados por alguns dos principais processualistas contemporâneos, diante dos referidos debates, da redação final apresentada e do texto sancionado.

Um dos pontos merecedores de atenção é o de que o NCPC leva em conta o pensamento voltado aos processos físicos<sup>132</sup> (em papel). E muito embora ainda existam inúmeros volumes destes processos empilhados nas mesas dos serventuários e nos escaninhos dos fóruns pelo Brasil, pode-se dizer que os legisladores não deram a atenção adequada ao novo tipo de processo que dentro de pouco tempo tomará conta de todo o Judiciário no país: o processo digital, já adotado por muitos tribunais do país.

Como exemplo, cita-se a previsão do agravo formado por instrumento, o qual, no Código Buzaid, necessita da extração de cópias das principais peças processuais, sem que tenha havido uma reforma – a nosso ver, pertinente – acerca da desnecessidade da mesma burocracia quando se tratarem de autos digitais, bastando que as instâncias superiores tenham acesso à íntegra do feito. Ora, trata-se de uma medida incongruente (e redundante) obrigar a parte a compilar arquivos já existentes no próprio sistema de dados dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Federais, apenas pelo fato de o processo ser dirigido a uma instância superior. Bastaria indicar a remessa ao órgão necessário e a disponibilização do respectivo *link* (endereço eletrônico ligado diretamente ao feito) para acesso a todos os documentos e futura decisão.

O próprio advento do processo judicial eletrônico (PJe), ainda durante a vigência do CPC de 1973 já tornou esta obrigação obsoleta, mas em razão da existência de previsão legal e da postura positivista arraigada em parcela dos operadores do direito impede que haja a revogação tácita deste dispositivo. Mesmo assim, o Novo Código, que prega em seu bojo a evolução de acordo com a modernidade, de forma correta e expressa, ficou dispensada a

---

<sup>131</sup> O NCPC encontra-se no período de *vacatio legis* até o mês de março de 2016, mas ainda pode sofrer alguma alteração neste sentido.

<sup>132</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. A pressa e o projeto do novo CPC. **Migalhas**, [s.l.], 9 jul. 2013. Migalhas de peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182166,51045A+pressa+e+o+projeto+do+novo+CPC>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

juntada de cópias, o que pode ser feito facultativamente pela parte interessada – artigo 1.017, parágrafo 5º<sup>133</sup>.

Outro ponto a ser criticado seria a ausência de interface entre o famigerado incidente de resolução de demandas repetitivas e os processos coletivos. O ponto que certamente trará discussões a este respeito é acerca da necessidade (ou não) da suspensão de feitos coletivos que versarem sobre a mesma matéria ventilada no incidente. Ademais, fica o questionamento acerca de qual decisão deverá prevalecer em caso de eventuais posicionamentos conflitantes, provenientes destes processos coletivos e do incidente instaurado com o mesmo fim. O que fazer? Ainda é prematuro para se dizer como proceder ou qual solução seria mais adequada.<sup>134</sup>

Também existe no texto a previsão de uma fase conciliatória (prévia). No entanto, questiona-se se esta fase ainda será obrigatória mesmo diante da existência de previsão de cláusula arbitral (convenção de arbitragem), bem como se tal obrigatoriedade não irá contribuir de forma negativa com o trancamento das pautas de julgamento existentes e, da mesma forma, ir contra a proposta inicial de imprimir maior celeridade e eficácia às fases processuais (a chance de conciliação pode ser ínfima nos casos ilustrados).

O instituto da conciliação/mediação prévia apenas pode funcionar caso exista, no corpo dos tribunais, servidores e juízes capacitados para tanto, que fomentem verdadeiramente a composição. Ademais, deve-se instigar cada vez mais a prática para que se possa alterar a própria cultura ofuscada (há tempos) pelo litígio como única forma de solução de conflitos.

Por outro lado, os dispositivos principiológicos relativos ao NCPC devem ser tidos como acertados na proposta, visto que, dentre outros fatores, zelam pela existência de um processo cooperativo entre todos os envolvidos (partes, serventuários, magistrados, promotores de justiça, advogados, defensores públicos e etc.), incentivam a autocomposição (de forma que as próprias partes utilizam-se de diálogo aberto possam chegar a uma solução viável/factível), e, ainda, pregam o respeito e a aproximação dos preceitos constitucionais (como já se referiu, medidas necessárias ao novo modelo de constitucionalização do processo). Segundo a doutrina:

---

<sup>133</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>134</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. A pressa e o projeto do novo CPC. **Migalhas**, [s.l.], 9 jul. 2013. Migalhas de peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182166,51045A+pressa+e+o+projeto+do+novo+CPC>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

O uso de princípios na aplicação do Direito no Brasil veio se tornando praxis comum desde a Constituição de 1988. Todos os ramos do Direito, a partir do Texto Maior, passaram a ser compreendidos em uma perspectiva que vai além das regras jurídicas, mas que abarca também princípios, tidos igualmente como normas. O Novo CPC evidencia essa tendência ao conferir grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o texto, especialmente quando se percebe que o conteúdo destes princípios servirá de premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação. Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático), tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo) o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 489, Novo CPC).<sup>135</sup>

Importante ressalva, entretanto, fazem os processualistas, no sentido de que, considerando que o NCPC possui um sistema principiológico de normas, tal fator não pode implicar no aumento dos poderes dos magistrados. Colocando de outra forma, a crítica ao positivismo formalista não pode empurrar o sistema processual ao seu oposto, ou seja, numa nova forma de discricionariedade/decisionismo judicial<sup>136</sup>, sendo certo que todos estão vinculados à normatividade. Assim, a invocação de um princípio precisa encontrar lastro normativo.<sup>137</sup>

Muito embora existam ao mesmo tempo as vertentes otimistas e as outras carregadas de pessimismo ideológico acerca do código, o que se percebe diante da falta de opiniões uníssonas é que, na verdade, o Novo Código de Processo Civil pode não representar a solução esperada aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário.

Seria dizer que a mera edição de um novo diploma processual – por mais moderno e revestido de deontologia que possa ser – não será capaz de atender aos verdadeiros anseios sociais de uma justiça célere e pronta, porque grande parte do problema se apresenta (e, por conseguinte, se agrava) justamente na má gestão do Poder Judiciário, em suas tantas esferas e setores.

No mesmo sentido, ainda que exista a previsão de institutos capazes de melhorar a prestação jurisdicional, quando os mesmos institutos forem manejados por operadores inseridos no contexto atual de excesso de formalismo (contrário à flexibilização e à simplificação dos processos), em âmbito prático, poderão trazer até mesmo prejuízos à atividade jurisdicional.

---

<sup>135</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 46-47.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>137</sup> *Ibid.*

Uma previsão que se enquadra na possibilidade de dano aos jurisdicionados é a de julgamento segundo a ordem cronológica de conclusão, já que o texto do NCPC, indiretamente, impede os juízes de gerirem seus gabinetes e ofícios conforme suas reais necessidades (apresentadas de maneira distinta de acordo com as matérias acumuladas, por exemplo), bem como prevê que a unidade judiciária fique praticamente impedida de resolver demandas menos complexas enquanto houver pendente algum outro processo cronologicamente anterior levado à conclusão.<sup>138</sup>

A igualdade formal contida nas datas de conclusão não representa, em regra, a ordem decisória mais adequada a ser adotada por um juiz ou tribunal, o que pode trazer aos cidadãos verdadeiros prejuízos revestidos da promessa de benefícios. O que se defende é que a existência de uma lista pública contendo os processos que serão decididos pode trazer – ao menos em tese – um mínimo de previsibilidade às partes quanto à solução definitiva do problema em análise.

Outras proposições, voltadas ao STF, por exemplo, podem afastá-lo da função de Corte Constitucional, como a que leva aos Ministros a competência de análise do juízo de admissibilidade. Isto porque os onze ministros integrantes da Corte certamente terão dificuldades de efetuar a análise, caso a caso, de todos os recursos interpostos, cuja análise, até então, era realizada pelas instâncias inferiores do país. Aqui também a facilitação do acesso ao tribunal pode não representar a almejada justiça, mas sim contribuir com o seu assolamento e com o próprio aumento do número de recursos interpostos.

A importância da existência de um código eficiente não se discute, visto que o CPC traz reflexos a praticamente todas as relações jurídicas da vida do cidadão (civis, criminais, consumeristas, trabalhistas e até mesmo administrativas), excetuando-se apenas os casos envolvendo o direito penal.

E, segundo o relatório da versão final da proposta<sup>139</sup>, o código de 1973 não se afina mais à realidade jurídica, que deve ser organizada diante dos novos panoramas de dinamismo e do próprio reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos.

Sob a relatoria do Deputado Paulo Teixeira, o texto final indicava que o novo compêndio seria composto por cinco livros, quais sejam, o primeiro relativo à parte geral, o segundo referente ao processo de conhecimento e cumprimento de sentença, o terceiro ao

---

<sup>138</sup> Vide artigo 12 do Novo CPC. BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>139</sup> Ibid.

processo de execução, o quarto aos processos nos Tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais e, por fim, o quinto relativo às disposições finais e transitórias.<sup>140</sup>

Já na versão oficial, sancionada pela Presidência da República em 2015, a Parte Geral é composta por 06 livros e 317 artigos. Trata das normas e institutos fundamentais ligados ao processo civil, da função jurisdicional em âmbito nacional e da cooperação internacional, da competência, dos sujeitos do processo, da intervenção de terceiros, do juiz e auxiliares da justiça, do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria, dos atos processuais, das tutelas provisória, de urgência e de evidência, e, por fim, da formação e extinção do processo.<sup>141</sup>

Questão bastante inflamada é a que envolve os honorários advocatícios, os quais, no novo código, serão devidos inclusive na fase recursal, de modo que a cada recurso improvido, o sucumbente será condenado a pagar honorários adicionais cumulativos. O objetivo é melhor remunerar os causídicos tanto em segundo grau, quanto também no STJ e no STF. Também foram previstos os honorários em que for parte uma das Fazendas Públicas, de forma inversamente proporcional em relação ao valor dos honorários e ao valor econômico perseguido na demanda, entre o teto de 20% e o mínimo de 1%.<sup>142</sup>

Mas o principal fator que já começou a gerar muitas discussões (e ainda o fará) é o que envolve os honorários processuais (ou de sucumbência), sendo certo que, com base no relatório da Câmara Federal e no texto sancionado, fica consolidado o entendimento de que pertencem ao patrono, não à parte vencedora (artigo 85<sup>143</sup>).

Dessa maneira, não haverá mais que se falar em compensação da verba em caso de sucumbência recíproca, de tal sorte que apenas será possível que as verbas sejam compensadas entre si diante do fato de as pessoas envolvidas serem credoras e devedoras uma das outras, ficando vedada a compensação de um direito que não pertence à parte vencida, mas sim ao seu patrono e, ademais, possui natureza alimentar.<sup>144</sup>

O período de recesso forense acompanhado da suspensão de prazos entre os dias 20 de dezembro a 20 de janeiro foi regulamentado (artigo 220). Contudo, o CPC não prevê a

<sup>140</sup> SENADO FEDERAL. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei n. 5.869, de 1973)**. Relator: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/80-46-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>141</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Ibid.



suspensão de todo e qualquer serviço forense, mantendo-se o atendimento de urgências, bem como regular o exercício das atribuições por juízes, promotores, defensores públicos e servidores no mesmo período, ressalvadas as férias individuais.<sup>145</sup>

No que toca aos prazos, serão contados apenas em dias úteis (artigo 219), cabendo aos interessados a prova de feriado local. O juiz fica autorizado a ampliar prazos e até mesmo inverter o ônus da prova em causas cuja complexidade justifique uma das medidas. E o prazo de carga rápida fica ampliado de duas a seis horas, havendo sanção para o descumprimento sem a devolução do processo em cartório (artigo 107).<sup>146</sup>

Para a apresentação de defesa, as Fazendas Públicas não terão mais o prazo contado em quádruplo. Assim, o prazo delas, das autarquias e das fundações será em dobro para quaisquer tipos de manifestação nos autos (apresentação de defesa, recurso ou simples manifestação no processo), conforme artigo 183, aplicando-se o mesmo prazo ao Ministério Público (artigo 180).<sup>147</sup>

Um ponto que atende ao princípio da fungibilidade é a previsão de um Título para tratar das tutelas de urgência, diferente do atual sistema que prevê as cautelares nominadas, inominadas e as tutelas antecipatórias. Contém as disposições gerais e os procedimentos em caso de requerimento de tutela cautelar ou antecipada em caráter antecedente. Ainda fica prevista a plausibilidade (ou verossimilhança) nas alegações e, de forma concomitante, a demonstração do risco de grave lesão ou da possibilidade de difícil reparação.<sup>148</sup> A inovação reside na previsão da tutela de evidência, isto é, uma medida de caráter antecipatório que independe de comprovação da existência de lesão grave ou de difícil reparação:

Para o seu deferimento, basta que: fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; ou que um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso; ou que a inicial seja instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou ainda que a matéria seja unicamente de direito e já exista tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.<sup>149</sup>

<sup>145</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> SENADO FEDERAL. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei n. 5.869, de 1973)**. Relator: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/80-46-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 16.

De outra feita, no que concerne à Parte Especial do Novo CPC, verifica-se o livro relativo ao processo de conhecimento e ao cumprimento de sentença, organizados em 438 artigos (artigos 318 a 770). Cada um dos títulos trata, respectivamente, (i) do procedimento comum, (ii) do cumprimento de sentença e (iii) dos procedimentos especiais.<sup>150</sup>

A regra inicial não será a de apresentação de defesa dentro de 15 dias depois da citação do réu, mas sim da obrigação do comparecimento das partes a uma audiência conciliatória (artigo 334). Após a realização do ato ou do pedido de cancelamento da audiência, aí sim começa a correr o prazo para a apresentação de defesa (artigo 335). E na própria contestação o réu deverá arguir defesas indiretas (apresentar exceção de incompetência relativa, falsidade documental, impugnação ao valor da causa e até mesmo aos benefícios da gratuidade judiciária, consoante artigo 337).<sup>151</sup>

No mais, tanto na petição inicial quanto na defesa deverão ser arroladas testemunhas, no máximo de 10, sendo até 03 para cada fato, evitando-se manifestações protelatórias. Em caso de designação de audiência, transmite-se aos advogados a obrigação de intimar as testemunhas, mediante carta com aviso de recebimento (artigo 455).<sup>152</sup>

Acerca do julgamento liminar de improcedência, independente da citação do réu (atual artigo 285-A, do CPC de 1973), traz o relatório final da Câmara dos Deputados que:

A rejeição liminar da demanda será cabível quando, sendo a matéria exclusivamente de direito, o pedido: contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; ou contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. A inicial poderá ser indeferida se o juiz verificar, desde logo, a ocorrência de prescrição ou decadência.<sup>153</sup>

Preocuparam-se os legisladores com a questão que envolve a motivação das decisões judiciais, o que, a princípio, não representa muita novidade. Ora, a motivação se trata de um dever do magistrado, já presente no diploma de 1973, além de representar uma garantia prevista na Constituição Federal. Tal previsão no NCPC traz à luz o problema que envolve termos genéricos ou imprecisos contidos em legislação esparsa, de modo que o juiz não vai

<sup>150</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>151</sup> Ibid.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> SENADO FEDERAL. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei n. 5.869, de 1973)**. Relator: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/80-46-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 18.

poder apenas aplicar o direito segundo seu entendimento. Com a ordem de motivação específica, o juiz deverá indicar qual o sentido dado para aquela expressão (ou termo) naquele caso concreto, inclusive em relação aos princípios por ele aplicados.<sup>154</sup>

Em contrapartida, isso não implica no fim do livre convencimento do juiz, desde que ele fundamente a aplicação da lei ao caso específico em análise. Ou seja, não impede que exista uma margem de subjetividade quando da fundamentação das decisões, já que o juiz continuará a rebater apenas os argumentos que entender relevantes para o decisório, não todas as teses/antíteses contidas nos autos, visto que, caso o faça, certamente as sentenças se tornarão demasiado longas, o que contribuirá negativamente com a prestação jurisdicional célere prometida no NCPC. Acerca da fundamentação genérica, a doutrina esclarece:

Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.<sup>155</sup>

Apenas não se pode permitir que o jurisdicionado seja surpreendido ao final de uma demanda, sem que os fatos e fundamentos apresentados tenham sido realmente apreciados pelo julgador. É dizer, portanto, que o NCPC trará um maior grau de previsibilidade aos casos existentes.

Quanto ao cumprimento de sentença, além de alterações quanto à definição precisa do seu início, a forma de intimação e a vedação de recair sobre terceiros, cumpre destacar a possibilidade de expedição de precatório, contra a Fazenda Pública, diante da existência de parcela incontroversa. Além disso, tal como ocorre entre particulares, ao alegar excesso de execução, a Fazenda deverá indicar o valor que entende correto, sob pena de não ser conhecido o fundamento apresentado.

<sup>154</sup> SENADO FEDERAL. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei n. 5.869, de 1973)**. Relator: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/80-46-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 18. “[...] com o objetivo de impedir que os juízes escolham o que decidem e o que não decidem, bem assim que demonstrem a efetiva análise de toda a controvérsia das partes, positivou-se que 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 aduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.”

<sup>155</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 302.

As multas relativas às obrigações de fazer deverão ser depositadas em juízo quando da execução provisória, para que posteriormente possam ser levantadas, e sua incidência permanece no curso do processo até que o réu/executado cumpra efetivamente a obrigação. Neste caso, o valor será revertido à parte exequente até o limite do valor da obrigação discutida (o acessório não poderá superar o principal), enquanto que o excedente será revertido à unidade da Federação onde se situar o juízo.

Quanto aos procedimentos especiais, destaca-se o fim da discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento da separação judicial, ficando estabelecida a existência da via de divórcio direto à parte interessada. Em não havendo filhos menores ou incapazes, a via obrigatória será a extrajudicial.

Doravante, o livro que trata do processo de execução traz em seu bojo 4 títulos e 154 artigos (artigos 771 a 925<sup>156</sup>), sendo notória a remodelação do instituto da fraude à execução, estabelecendo-se o rol de hipóteses em que fica caracterizada, de acordo com a oneração ou a alienação de determinados bens em circunstâncias específicas. O terceiro adquirente de boa-fé deverá comprovar que tomou todas as medidas necessárias quando do negócio, com a exibição de todas as certidões negativas em nome do vendedor, pelo que a boa-fé, neste caso, não guarda presunção de veracidade. E, em se tratando de bens móveis, quando penhorados, ficarão sob a responsabilidade do exequente. Por fim, quanto à penhora *online*, será realizada sem a ciência prévia do executado.

O livro seguinte (IV), relativo aos recursos e aos processos nos tribunais (artigos 926 a 1.044<sup>157</sup>), compreende 2 títulos distintos. Fica prevista a uniformização e a consolidação dos entendimentos jurisprudenciais – ponto negativo analisado no capítulo seguinte deste trabalho – com vistas a assegurar o tratamento isonômico e proteger a segurança jurídica, evitando-se decisões conflitantes acerca da mesma matéria. Neste mesmo sentido, padroniza-se o prazo recursal em 15 dias, exceto no tocante aos embargos declaratórios, que permanecem com prazo de 05 dias para oposição.

Interessante instituto foi criado: o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR – artigos 976 a 987<sup>158</sup>), segundo o qual:

Este incidente terá cabimento sempre que for identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito. [...] Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de

<sup>156</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> Ibid.

jurisdição do respectivo tribunal. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional. Com isso, questões de massa receberão tratamento igualitário em idêntico tempo.<sup>159</sup>

Ao menos por ora, não se sabe qual a extensão real a ser alcançada pelo instituto. Isto é, não se sabe precisar se o instituto processual apresentado, em âmbito prático, será hábil a desafogar o Judiciário e prestar a tutela necessária de forma eficaz, trazendo o verdadeiro sentimento de justiça aos cidadãos de direito.

Verifica-se, outrossim, inúmeras previsões voltadas aos tribunais superiores, isto porque, desde o início do projeto do NCPC já foi possível identificar tal preocupação quanto à diminuição do número de recursos existentes no sistema vigente. Existe a expectativa de que, com um volume menor de recursos, pode-se propiciar um aceleração da prestação jurisdicional nas instâncias superiores. No entanto, considerando-se a carência estrutural do Poder Judiciário, não se pode afirmar que o problema da morosidade se relacione ao volume recursal do sistema brasileiro.

Ao final, o livro complementar, que trata das disposições finais e transitórias, compreende os artigos 1.045 a 1.072<sup>160</sup>, tendo como aspecto relevante o da previsão da *vacatio legis* de um ano para a aplicação do Novo Código de Processo Civil a todos os processos em andamento.

Em linhas gerais, o Código sofreu consideráveis modificações na Câmara dos Deputados, se comparado ao Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal, merecendo destaque neste estudo as normas fundamentais, contidas no texto, que serão indicadas no próximo capítulo.

Ainda assim, prematuro dizer que o NCPC terá condições de solucionar todos os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, de forma a, *per si*, conferir aos magistrados melhores condições de trabalho, já que o número de processos cresce de maneira desenfreada. É que, na grande maioria dos casos, o problema se relaciona à cultura do litígio, bem como à questões de má gestão administrativa dos tribunais brasileiros.

<sup>159</sup> SENADO FEDERAL. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei n. 5.869, de 1973)**. Relator: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/80-46-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

<sup>160</sup> BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 17 mar. 2015.

Espera-se que o Novo Código de Processo Civil cumpra sua promessa de prestação de tutela jurisdicional com qualidade e em tempo razoável. E, durante a *vacatio legis*, necessário que se estabeleçam debates que fomentem de maneira concreta o bom andamento da justiça, não apenas quanto ao aspecto formal, como também – e principalmente – quanto ao aspecto cultural atualmente voltado à instauração de litígios, visando à garantia e à eficácia dos direitos fundamentais, segundo o modelo de constitucionalização do processo que se estuda a seguir.

### CAPÍTULO 3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E CELERIDADE

O termo “constitucionalização” pode indicar mais de um sentido. Uma das referências é a de caracterizar determinado ordenamento jurídico em que o texto constitucional seja dotado de supremacia, traço bastante comum na contemporaneidade. Outro aspecto estaria ligado ao fato de o texto constitucional trazer em seu bojo inúmeras matérias de ordem infraconstitucional no direito.

Neste estudo, a ideia de constitucionalização do direito associa-se ao verificado efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia por todo o ordenamento jurídico vigente, revestido de força normativa.<sup>1</sup> A respeito do caráter valorativo, a doutrina reconhece que:

Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três poderes, inclusive e notadamente nas suas relações entre particulares.<sup>2</sup>

Faz uma ressalva, no entanto, Luís Roberto Barroso:

Embora o fenômeno na constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.<sup>3</sup>

Realmente, a aproximação entre constitucionalismo e democracia, isto é, entre a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional, configura o que se denomina de constitucionalização do direito.

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 9.

<sup>2</sup> *Ibid.*: “Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia de vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais.”

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 13.

Na presente explanação, todavia, o fenômeno não será tratado de maneira abrangente, em todas as suas facetas, mas sim voltado à sua aplicação no ramo do direito processual civil. No mais, de se reiterar que não pretendemos tratar do processo constitucional como sendo aquele no qual se exerce o controle de constitucionalidade das leis (ou seja, da jurisdição constitucional).

O direito processual constitucional trata da observância dos preceitos constitucionais para o desenvolvimento de um processo moderno, justo e eficaz aos jurisdicionados. Nele, julgadores não podem desprezar os procedimentos comuns previstos em leis ordinárias para que, levando em conta princípios constitucionais amplos, sejam arbitrários, de modo a sujeitar as partes litigantes a procedimentos contrários às previsões processuais em vigor no país.<sup>4</sup>

No Brasil, o fenômeno se desenvolve conforme indica Luís Roberto Barroso:

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.<sup>5</sup>

Não bastasse a indicada supremacia material, de se considerar que o sistema voltado ao Código Civil<sup>6</sup> brasileiro cedeu espaço ao olhar constitucionalista. Dessa forma, atualmente, qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição Federal – diretamente quando uma pretensão se fundar em uma norma integrante do próprio texto constitucional, e indiretamente quando, obviamente, se fundar em uma norma infraconstitucional.

Assim, sob a ótica contemporânea de estudo, a Constituição deve ser considerada como cerne do ordenamento jurídico, de onde se irradia sua força normativa dotada de

<sup>4</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. . **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 32, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%2020-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitu-cional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitu-cional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 13.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 14: “Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil, como alhures, o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele [...]. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito.”



supremacia (formal e material), de modo que possa ser entendida não apenas como parâmetro de validade para o sistema infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do ordenamento pátrio vigente.

E esse fenômeno denominado constitucionalização impulsionou outro, que anteriormente tratamos neste estudo como judicialização – em que os tribunais deixam de lado seu papel inicial de departamento técnico especializado e passam a exercer papel de natureza política, ao lado dos poderes Executivo e Legislativo<sup>7</sup> –, suscitando a afirmação do papel do Judiciário como sendo o poder estatal que deve resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, de forma não abusiva, isto é, exercendo preferências políticas em detrimento da realização dos princípios constitucionais.

Outrossim, ainda dentro de suas funções, cabe ao Poder Judiciário solucionar os conflitos entre a sociedade civil e os demais poderes do Estado, quando estes forem omissos ou agirem em dissonância aos poderes/funções adrede legitimados pelo povo mediante processo democrático.

A questão que envolve o processo de constitucionalização do direito e o impulso quanto ao crescimento do número de demandas – ocasionado, dentre outros fatores anteriormente referidos, pela judicialização dos conflitos –, traz à tona a preocupação relativa à demora dos juízos singulares e colegiados, bem como dos próprios tribunais superiores, em prestar a tutela jurisdicional almejada pelo cidadão.

Neste passo, entre doutrinadores e operadores do direito, a preocupação relativa à celeridade na tramitação dos feitos se revela cada vez maior, corroborando as palavras de Ruy Barbosa de que justiça tardia nada mais representa do que a própria injustiça institucionalizada. É dizer, pois, que o direito constitucional e o direito processual civil encontram-se interligados na busca pela realização da justiça social, o que só se tornará possível caso o Poder Judiciário concretize a promessa da razoável duração do processo (maior celeridade na tramitação dos feitos).

A constitucionalização do processo civil busca, assim, não apenas a reafirmação dos direitos e garantias fundamentais contidos no bojo da Carta Maior, como também busca alcançar os conclamos hodiernos da efetividade e da celeridade na prestação da justiça. O processo deve ter razoável duração – nem muito longo, nem muito breve – de acordo com os

---

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015. p. 23: “Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.”

preceitos constitucionais, de forma que não promova uma ruptura com a dimensão temporal contemporânea, ou seja, com o dinamismo geral das relações sociais verificado especialmente diante da evolução tecnológica.

Em contrapartida, a efetividade e a celeridade não devem ser perseguidas a qualquer custo, como se verá em item específico neste capítulo, visto que o processo deve respeitar também outros fundamentos, relativos ao contraditório e à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição e à própria dialética inerente ao sistema, em observância às diretrizes do sistema processual-constitucional contemporâneo.

Resta claro que a nova ordem processual-constitucional, por definição, trata tanto da jurisdição constitucional, com o exercício do controle de constitucionalidade nas diferentes esferas do Judiciário (controle concentrado e difuso, exercido desde juízes até Ministros do STF), como também trata da utilização do processo como instrumento de garantia das normas constitucionais vigentes, voltadas ao processo em si e ao próprio ordenamento jurídico como um todo, mediante reafirmação das garantias processuais constitucionalmente previstas.

Destarte, passemos a analisar os principais tópicos ligados à constitucionalização do processo.

### **3.1 Aspectos do processo civil-constitucional**

É cediço que o ordenamento brasileiro possui forma piramidal, de tal sorte que as normas inferiores devem obediência às normas e aos princípios contidos na Constituição Federal de 1988. Assim, a verificada inserção dos princípios e regras constitucionais nas escalas normativas inferiores não é de se estranhar. Revela-se cada vez mais natural a aproximação, inclusive, entre a Magna Carta e as leis infraconstitucionais, o que, como indicado, também se faz presente no Novo Código de Processo Civil.

Diante da inserção de valores constitucionais no restante do ordenamento jurídico, vislumbra-se que o sistema passa a ter um caráter cada vez mais homogêneo, que permite tanto uma maior aproximação entre os demais ramos do direito entre si – interdisciplinariedade das matérias infraconstitucionais –, quanto também em relação ao centro da estrutura – leis inferiores convergentes à Constituição Federal.

O legislador constituinte permitiu que o Poder Judiciário, mediante provocação prévia, pudesse aplicar as normas e os valores constitucionais aos casos concretos, de forma preventiva ou repressiva, seja diante dos conflitos entre particulares, quanto também naqueles em que for parte integrante o Poder Público, observando-se a legalidade e a segurança

jurídica, em atenção à efetividade da tutela jurisdicional e aos princípios processuais fundamentais.

Com efeito, nos dizeres do professor Humberto Theodoro Júnior, “[...] as modernas concepções do Estado Democrático de Direito determinaram uma intimidade da Constituição com o processo que vai muito além da existência de um ramo processual dentro do ordenamento supremo da República.”<sup>8</sup> De acordo com o processualista, ainda, a função jurisdicional não se sujeita apenas a cumprir regras e princípios de natureza procedimental, mas tem o Poder Judiciário o dever de guardar a Constituição, em relação a todos os direitos fundamentais (não apenas naqueles que guardem relação com o processo civil). Ademais, indica:

Não é só o acesso de todos à justiça estatal que se resta assegurado. Diante de qualquer lesão ou ameaça a direito, o que a Constituição garante é que, através do Judiciário, seja disponibilizada uma tutela efetiva, capaz de proporcionar a todos o desfrute real (concreto) tanto dos direitos subjetivos individuais como, principalmente, que se efetive essa tutela de modo a fazer respeitar e cumprir tudo aquilo que na Constituição fora estabelecido em torno das garantias fundamentais. Em toda extensão o processo se fundiu no programa tutelar idealizado pela ordem jurídica constitucional. Passou, antes de tudo, a ser comandado pelas regras e princípios da Constituição. As normas procedimentais, por sua vez, se viram obrigadas a conviver, no dia-a-dia do foro, com a supremacia dos preceitos e garantias da Lei Maior.<sup>9</sup>

Na segunda metade do século XX, o direito processual passou por duas significativas mudanças. A primeira com a aproximação ao direito material, reforçando o papel instrumental do processo na realização e tutela dos direitos subjetivos, dotados de valores éticos, dando origem ao processo justo. E a segunda de forma a criar e a consolidar o fenômeno da constitucionalização do processo, notadamente diante da proteção dos direitos fundamentais. Ainda nos dizeres do autor:

O aprimoramento das técnicas processuais deu-se, portanto, no rumo de torná-las, cada vez mais, instrumentos utilizáveis sempre para condicionar a atuação dos órgãos judiciais em conformidade com a Constituição. O que se espera da Justiça Pública é que esteja, sobretudo, preocupada com a eficácia das normas constitucionais por meio de instrumentos processuais específicos e adequados, dentre os quais se destaca o devido processo constitucional.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 30, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%202%20-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

<sup>9</sup> Ibid., p. 30-31: “Tutela jurisdicional efetiva e justa, no Estado Democrático de Direito é, nesta ordem de ideias, somente aquela disponibilizada às partes com observância e respeito aos ditames garantísticos da Constituição. Deixou de ser significativa a antiga distinção entre direito processual constitucional e direito processual comum. Todo o direito processual, direito ao acesso à justiça, se viu envolvido pelo manto da constitucionalidade, traduzido na declaração de garantia de processo justo em substituição à velha noção de devido processo legal.”

<sup>10</sup> Ibid., p. 31-32.

O que se verifica sob a nova ótica processualística é que a ideia de devido processo legal passa a ser substituída pela ideia de processo justo, longe do aspecto puramente formal de outrora. Os cidadãos de direito passam a ter, então, o direito fundamental a um processo justo, que traga justiça em tempo razoável. Almeja-se não apenas o aspecto quantitativo, mas sim – e principalmente –, o aspecto qualitativo do decisório verificado no caso concreto.

A nova interpretação da ótica constitucional sobre o sistema de ritos cíveis permite-nos observar o quão comprometido está o processo civil brasileiro com a ordem do Estado Democrático, com a prestação da tutela jurisdicional e com um Poder Judiciário eficiente.<sup>11</sup>

A partir do processo constitucional e da ideia de processo justo, ficam absorvidos naturalmente os direitos fundamentais específicos da esfera processual, como a garantia do juiz natural e a proibição do juízo de exceção (CF, artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), a do contraditório e da ampla defesa (CF, artigo 5º, inciso LV), da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, artigo 5º, inciso XVI) e da motivação das decisões judiciais (CF, artigo 94, inciso IX). Da mesma forma, absorvem-se os fundamentos constitucionais da igualdade, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

A moderna concepção do Estado Democrático de Direito determinou uma grande aproximação entre a Constituição e o ramo do direito processual. E, em referido ramo, a função jurisdicional não se presta apenas a cumprir regras e princípios constitucionais de natureza procedimental.

O Poder Judiciário tem que tutelar, na verdade, a própria Constituição. Assim, todos os direitos fundamentais, e não apenas aqueles que guardem relação direta com o processo, têm (ou devem ter) a sua proteção e efetivação asseguradas dentro dos órgãos jurisdicionais, os quais cumprem esta tarefa dentro da esfera processual.<sup>12</sup> De acordo com a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

Em toda extensão o processo se fundiu no programa tutelar idealizado pela ordem jurídica constitucional. Passou, antes de tudo, a ser comandado pelas regras e princípios da Constituição. As normas procedimentais, por sua vez, se viram obrigadas a conviver, no dia-a-dia do foro, com a supremacia dos preceitos e garantias da Lei Maior.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva.** [2010]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL-%20CONTEM-PORANEO%20-%20ASPEC-TOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015. p. 2-3.

<sup>12</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 30, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%20%20-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015. “Concebe-se, assim, o processo moderno acima de tudo como remédio de justiça, entendida esta como a convivência social desenvolvida na mais ampla observância dos princípios e garantias ditados pela Constituição. É por isso que hoje, em lugar de uma garantia do devido processo legal, se prefere afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o processo justo.”

<sup>13</sup> *Ibid.*

O professor ainda complementa que a garantia do processo justo (nomenclatura italiana), ou do devido processo constitucional, pode ser reconhecida como sendo de natureza fundamental. E compromisso do processo, portanto, não é apenas com as garantias técnicas, mas sim com a efetividade de todo o sistema de direitos fundamentais.<sup>14</sup>

É que os processualistas modernos adquiriram consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo não pode deixar de refletir as bases do regime democrático<sup>15</sup> ao qual esteja inserido.

No Brasil, a constitucionalização do processo – isto é, a presença marcante dos princípios constitucionais no moderno processo civil – foi destacada inicialmente pelos processualistas Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, o que ocorreu antes mesmo do processo de redemocratização do país, verificado com o advento da Constituição da República de 1988.

De acordo com o professor Dinamarco, os ventos ideológicos em torno da efetividade do processo como instrumento de acesso dos cidadãos à justiça social vieram da Itália, capitaneados por Mauro Capelletti.<sup>16</sup>

Com efeito, a nova proposta ideológica operou uma guinada a partir da mera técnica processual (velho processo), rumo à perspectiva teleológica de todo o sistema, concluindo-se que o verdadeiro acesso à justiça depende, sobretudo, da implantação desta nova mentalidade do processo, e as garantias constitucionais do processo podem se valer do aparelhamento processual existente para se efetivarem.<sup>17</sup>

Nota-se que o processo não pode se limitar à ideia de mera forma (procedimento), sendo certo que toda a sua organização e estrutura encontram sua razão de ser com base nos princípios constitucionais a ele incorporados. Assim, o processo não pode regular apenas o ponto de vista formal (técnico) se estiver em desacordo com os valores constitucionais que o regem. É dizer, em outras palavras, que no cenário brasileiro a visão estática do processo formal e legalista aos poucos deu lugar ao processo dinâmico e justo.

<sup>14</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 32, out./nov. 2009. “E nessa categoria compreendem-se as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional), indispensáveis à formação de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade.”

<sup>15</sup> CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva.** [2010]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL-%20CONTEM-PORANEO%20-%20ASPEC-TOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015. p. 4.

<sup>16</sup> THEODORO JUNIOR, op. cit.

<sup>17</sup> Ibid., p. 33: “É assim, para Dinamarco, que o velho processo (mera técnica formal) se torna instrumento das garantias (constitucionais) a que os litigantes têm direito.”

No cenário do dinamismo processual, em que julgadores se afastam da técnica pura e simples do processo, visando uma maior proximidade com o texto constitucional, importante esclarecer que ainda subsistem muitas deficiências quanto à prestação jurisdicional, que não guardam relação com a faceta procedimental, mas sim com a carência de gestão dos próprios órgãos ligados à administração pública, inclusive quanto à estrutura e gestão de recursos, materiais e pessoas no âmbito do Judiciário.

Neste prisma, alterações legislativas não podem ser vistas como soluções únicas aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, ou seja, como se a partir da edição de determinada norma o processo passasse a ser perfeito, alcançando sua máxima eficácia dentro dos limites estabelecidos pelo texto constitucional. Conforme pondera Humberto Theodoro Junior:

Entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários, vai uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Temos reiteradamente advertido para o fato de que a demora e ineficiência da justiça – cuja erradicação se coloca como principal inspiração da reforma do processo – decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro. Influem muito mais na pouca eficácia e presteza da tutela jurisdicional as etapas mortas e as diligências inúteis, as praxes viciosas e injustificáveis, mantidas por simples conservadorismo, que fazem com que os processos tenham que durar muito mais do que o tolerável e muito mais mesmo do que o tempo previsto na legislação vigente.<sup>18</sup>

Como se percebe, o direito processual se encontra constitucionalizado. “Os poderes de acesso à justiça e os deveres de tutela jurisdicional integram as garantias fundamentais proclamadas pelas constituições dos países onde reina a democracia de forma mais ampla e autêntica.”<sup>19</sup> E em virtude do princípio da supremacia da Constituição, o comportamento dos órgãos integrantes do Judiciário, durante o desenvolvimento dos processos e o julgamento das causas, deve ter como ponto de partida a observância das garantias constitucionais do moderno processo justo.

Mas isso não implica dizer que os juízes estão autorizados, com base no texto constitucional, a criar novos procedimentos em detrimento das formas já existentes, previstas nas leis infraconstitucionais em vigor. Não há discricionariedade dos magistrados a tal ponto, já que o Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito, em que não se pode admitir a regência de um direito alternativo, à margem da lei.

---

<sup>18</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 38, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%202%20-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 39.

A Constituição Federal é lei suprema, enquanto que as leis ordinárias revelam a maneira prática e efetiva de se alcançar a vontade expressa pela lei maior, de forma a permitir a convivência pacífica entre os cidadãos, detentores dos direitos e garantias fundamentais. “Insubordinar-se, portanto, contra a lei ordinária equivale a atentar contra a própria ordem que a Constituição soberanamente idealizou e impôs tanto aos cidadãos como aos órgãos encarregados os exercícios dos poderes estatais.”<sup>20</sup>

Isso se realiza em proteção à segurança jurídica, visto que ela acaba sendo banida da convivência social pacífica quando uma decisão teratológica eventualmente adquire força de coisa julgada e acaba por interromper a efetividade de tal princípio. Sem essa segurança não existe Estado Democrático de Direito.

Conclui-se que a implantação do processo justo não se vincula às reformas emanadas da esfera legiferante. Em verdade, o que se conclama é uma nova mentalidade que vise direcionar o comportamento dos operadores do direito processual rumo à valorização dos princípios constitucionais. Por óbvio que aos legisladores cabe realizar o aprimoramento das normas procedimentais. Ainda assim, em grande parte dos casos, basta aplicar o processo existente sob a ótica principiológica constitucional para que se verifique a otimização deste processo, que se desenvolverá em tempo razoável, observando-se o amplo contraditório e a efetiva aplicação do direito material ao caso concreto.

A preocupação com a eficácia dentro do sistema de processo-constitucional não se opera apenas diante do ponto de vista teórico, como também no âmbito da prática forense, estreitamente ligada à busca pela celeridade como uma das formas de desafogamento do Judiciário. É que não apenas em primeiro grau, como também – e talvez principalmente – nas instâncias superiores, processos ficam represados aos montes, e o reflexo da demora na atividade jurisdicional na maioria das vezes pode se revelar desastroso.

Assim, os tribunais superiores tentam implementar medidas que visam, por exemplo, à uniformização da jurisprudência em âmbito nacional, para que os decisórios sejam

---

<sup>20</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 28-43, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%2020-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015. p. 40-41: “Juízes e tribunais, desse modo, não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome dos princípios genéricos da Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes. [...] Uma lei ordinária somente pode ter sua autoridade negada quando totalmente incompatível com a Constituição. Quando o juiz apenas imagina que o procedimento poderia ser melhor organizado se se observassem outros critérios de atuação, isto não o autoriza a agir como um normatizador primário, para suprimir a obra do legislador e fazer operar *ex novo* sua própria e pessoal normatização. Pouco importa se esteja motivado pelo desejo de melhor cumprir os princípios constitucionais.”

aplicados nos processos de instância inferior, o que, neste estudo, recebe uma nomenclatura específica e será analisado no item seguinte.

### 3.2 O 'jurisprudencialismo' e seus reflexos no primeiro grau de jurisdição

Antes de dar início propriamente ao estudo dos efeitos do jurisprudencialismo em primeira instância, devemos estabelecer uma importante distinção entre o jurisprudencialismo enquanto escola de pensamento jurídico, e o jurisprudencialismo enquanto conduta emanada dos tribunais superiores. É que muito embora ambas as nomenclaturas sejam idênticas, não se confundem. Tratam-se, em verdade, de termos bastante distintos, sendo certo que apenas a segunda definição é a que se aplica ao presente estudo. Ainda assim, considerando a existência de uma escola científica conhecida como jurisprudencialismo, passemos à sua análise.

O jurisprudencialismo nasceu com o filósofo português e professor da Universidade de Coimbra, António Castanheira Neves<sup>21</sup>. A partir desta escola, superou-se o jusnaturalismo clássico e as várias facetas do positivismo jurídico (kelseniano).

Verifica-se sob a ótica jurisprudencialista que se deve pensar sob a perspectiva dos problemas, e não meramente das normas, com foco muito mais no mundo prático que será afetado por determinadas decisões do que na simples abstração de teorias contidas em livros. Propõe, assim, uma análise fenomenológica (e praticamente empírica) das decisões e afasta posturas dogmáticas, pré-definidas ou pré-valoradas.

Para esta escola do pensamento jurídico, o direito não possui um sentido previamente fixado, um dado normativo ou fático preexistente – seja pensado enquanto norma positiva emanada da esfera legiferante estatal, seja decorrente dos costumes, da razão, da natureza ou mesmo de Deus. Constitui-se da transformação impulsionada por problemas quotidianos, diante da ideia de problema jurídico, que tem como exemplo os conflitos judiciais.

Com efeito, o direito é levado a sério ao ponto de sua evolução se confundir com a própria evolução do homem ocidental. Criador e criatura se misturam, traduzindo o que conhecemos por história do homem ocidental. O direito não seria essencialmente interpretativo ou hermenêutico, mas sim estaria ligado à prática, enquanto orientador de uma ação.

---

<sup>21</sup> NEVES, António Castanheira. **Digesta Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 3. (capítulo: Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito: ou as condições da emergência do direito como direito).



A decisão jurídica visa determinar aquilo que alguém deve (juridicamente falando) fazer em um caso concreto, em uma situação histórica e social concreta. Revela a falha do positivismo (direito como norma), visto que, num conflito onde surgem dúvidas acerca de qual seria a norma aplicável, o intérprete fica obrigado a recorrer aos mesmos valores e princípios normativos que, sendo reguladores do próprio sistema ou da ordem jurídica, não de ser também os últimos critérios da realização do direito.

Não bastasse, o jurisprudencialismo recupera o sentido da prática jurídica como jurisprudência. E segundo o pensamento de Castanheira Neves<sup>22</sup>, o direito não seria definido como elemento, mas sim como síntese, tal como não seria premissa de validade, mas sim validade cumprida. É dizer que o essencial dos sistemas não está na sua estrutura, mas no próprio sentido revelado. Portanto, o juiz analisará o fato concreto dentro de um direito prudente e irá prolatar a sentença que melhor se enquadre ao caso, sem se ater à norma. Da mesma forma, ainda que diante da inexistência de norma, o juiz encontrará, nas lacunas da lei, a resposta para cada caso exteriorizado.

Como se percebe, embora não tão difundida como a escola do pensamento normativista, o jurisprudencialismo revela uma forma peculiar de compreensão e de aplicação do direito ao caso concreto. No entanto, conforme anteriormente indicado, não se trata da proposta central deste estudo, que se voltará à análise do jurisprudencialismo enquanto conduta impositiva dos tribunais superiores.

É que, como se tem conhecimento, as instâncias superiores se encontram cada vez mais assoladas por processos mais diversos. O amplo – e quase irrestrito – acesso à justiça garantido pela Constituição Federal de 1988 fez com que, com o passar do tempo, houvesse um crescimento exponencial do número de novas demandas. E, haja vista a garantia do duplo grau de jurisdição, os processos das instâncias inferiores se concentram nos órgãos do Judiciário responsáveis por confirmar ou modificar as decisões anteriormente proferidas.

---

<sup>22</sup> TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Hermenêutica, narrativa e normatividade: possibilidade de construção de sentido do direito no jurisprudencialismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais ...** Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 5743-5759. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3270.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2015: “A reconstrução jurisprudencialista de Castanheira Neves preocupa-se com a constituição normativa dentro de uma perspectiva de problematidade e atualidade, utilizando-se de recursos da fenomenologia. Assegura que na normatividade está o problema metodológico do direito, tema e espaço de sua reflexão. Problema a que retorna com constância essa corrente, num permanente preocupar-se com o realizar do direito enquanto projeto normativo comunitariamente intencionado, que se verifica pela transcendência do homem a si mesmo, com caráter axiológico-normativo. A intencional construção normativa de presente e de projeção de futuro torna possível a discussão do direito tendo por ponto de partida a construção do sentido normativo em sede de constituição narrativa. Autoriza a conjugar-se a si a ideia ricœuriana de construção de sentido na narrativa, para enfrentamento do seu objeto. Autoriza, portanto, tratar-se da hermenêutica construção do sentido e da necessária normatividade do direito, numa perspectiva de constituição narrativa, e portanto histórica do direito.”

Ocorre que a estrutura dos tribunais não se mostra compatível com a real demanda existente, o que culmina na morosidade judiciária. E juntamente com ela, inevitavelmente em alguns casos o jurisdicionado se depara com graves prejuízos, pois determinados bens da vida necessitam de maior urgência.

Tomando por base, a exemplo, a justiça estadual paulista, verifica-se uma larga concentração de processos em trâmite no Tribunal, em ambas as instâncias. São praticamente 20 milhões de feitos, dos quais há uma taxa de congestionamento de mais de 80%, sendo que destes últimos, mais de 90% se encontram em fase de execução (ou cumprimento de sentença).<sup>23</sup> O sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo também indica que no ano de 2014 foram distribuídos 22% mais recursos que no ano anterior, o que revela um quadro um tanto quanto preocupante, já que a estrutura para cuidar destes mesmos processos não é aprimorada na mesma velocidade.<sup>24</sup>

Não significa dizer que as garantias constitucionais de acesso à justiça e de duplo grau de jurisdição são prejudiciais. Pelo contrário, são fundamentais à manutenção do Estado Democrático de Direito. Mas o que se pretende mostrar é que, diante deste cenário, não é de se estranhar que constantemente sejam travadas discussões voltadas ao escoamento deste largo número de processos.

A própria edição do Novo Código de Processo Civil revela em seu texto medidas implementadas para propiciar, de forma concomitante, maior celeridade, eficácia e, especialmente, a uniformização dos entendimentos dentro de casos de larga repercussão, que trazem em seu bojo matérias similares, casos estes que, na prática, se pulverizam em inúmeras ações individuais para que se tenha, ao final, o mesmo efeito.

É o caso, a exemplo, do já famigerado incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>25</sup> (ou apenas IRDR), o qual tem por escopo basicamente promover o julgamento único de centenas ou até mesmo milhares de processos que versem sobre idêntica questão de direito, de forma a estabilizar e a uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores. Além

---

<sup>23</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2014 (ano-base 2013)**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 9 maio 2015. Relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça.

<sup>24</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (Estado). **TJSP distribui 22% mais recursos em 2014**. São Paulo, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=-25410>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

<sup>25</sup> LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e precedentes judiciais**: instrumentos efetivos à luz do Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n2\\_2014/pdf/BarbaraGaetaDornellasdeLima.pdf](http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n2_2014/pdf/BarbaraGaetaDornellasdeLima.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

disso, o instituto criado visa impedir julgamentos conflitantes em casos análogos, com vistas à segurança jurídica e ao tratamento processual isonômico das partes litigantes envolvidas.

Uma vez instaurado o incidente, cuja previsão se encontra nos artigos 976 e seguintes do NCPC, será permitida a suspensão de todos os processos de natureza homogênea, até o posicionamento definitivo do órgão superior responsável por decidir a controvérsia e, assim, aplicar o entendimento aos juízos das instâncias inferiores, dentro do âmbito da mesma competência. A intervenção do Ministério Público será sempre obrigatória, mesmo que não seja o órgão responsável pelo seu requerimento.

Junto ao Conselho Nacional de Justiça haverá um cadastro eletrônico do incidente para que os interessados possam tomar conhecimento de seu teor e, inclusive, solicitar sua habilitação perante o tribunal competente. E neste mesmo cadastro haverá o registro das teses jurídicas que forem fixadas em cada caso. Para contribuição técnica e para melhor convencimento do Juízo, inclusive, existe a previsão da atuação do *amicus curiae*, a fim de fomentar um debate mais sólido sobre o tema em discussão.

Diante desta inovação no processo civil, o que se busca é sedimentar entendimentos, fomentando-se a criação dos precedentes judiciais<sup>26</sup>, já que “[...] a produção jurisprudencial, antecipando-se, em muitas situações, à própria lei, tem granjeado relevância vital como fator de complementação e aperfeiçoamento das mais diversificadas legislações.”<sup>27</sup> Isto é, em muitos casos, o entendimento jurisprudencial precede à própria legislação e atua como fonte de direito para os julgadores. Mas o movimento inverso também é constatado, como o que se verificou com o crime de adultério<sup>28</sup>, que deixou de ser aplicado pelos tribunais antes de ser retirado do ordenamento brasileiro.

No sistema *common law*, primeiro os precedentes são levados em conta, ou seja, as decisões proferidas nos chamados *cases* de larga repercussão. E apenas diante de uma lacuna é que o julgador recorre à lei escrita. De maneira oposta procede-se no sistema *civil law*, em que advogados e juízes partem da lei escrita para se chegar ao que pode vir a se tornar um precedente (como se pretende em nosso atual sistema).

Como se revela notório, a valorização dos precedentes na sistemática da constitucionalização do processo visa evitar a desarmonia de interpretação de teses jurídicas,

---

<sup>26</sup> MORETO, Maria Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

<sup>27</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

<sup>28</sup> MORETO, op. cit., p. 5.

de forma a uniformizar o entendimento nos tribunais, já que o entendimento do precedente tem caráter vinculante, coercitivo<sup>29</sup>.

Num primeiro momento, até se poderia dizer que o efeito é similar ao verificado com a edição das Súmulas Vinculantes, pelo Supremo Tribunal Federal, que tem previsão expressa na Constituição de 1988. Em contrapartida, como bem assevera Georges Abboud, existem basicamente quatro diferenças entre elas e os precedentes<sup>30</sup>, relativas ao modo de aplicação, à dimensão, à finalidade e ao âmbito de vinculação.

Considerando que o tema proposto não comporta o detalhamento das quatro formas de diferenciação, o que impera salientar é que enquanto os precedentes visam a consagração da jurisprudência, a súmula vinculante passa a integrar o ordenamento jurídico a partir de sua publicação, isto é, sem considerar a tradição característica do sistema norte-americano<sup>31</sup>. E dado o conteúdo genérico e abstrato que as súmulas vinculantes possuem, sabe-se que não guardam relação com o caso histórico que as tenham originado, ao contrário dos precedentes judiciais, estes sim vinculados historicamente a casos concretos, em que verificadas as respectivas decisões paradigmáticas.

O problema trazido pela criação da súmula vinculante é que ela não permite que o julgador faça qualquer tipo de ponderação racional ou ajuste jurisprudencial de acordo com a necessidade, revelando o efeito vinculante inexorável que não se percebe na figura dos precedentes. Assim, embora não exista texto expresso neste sentido, a edição das súmulas vinculantes pelo STF se assemelha à atividade legiferante, já que o texto é abstrato e visa alcançar casos futuros, mediante prescrições literais inflexíveis no que tange à sua aplicabilidade.

Em linhas gerais, depreende-se que os precedentes se revelam mais adequados ao ordenamento vigente, em comparação à intenção trazida no bojo da EC 45/2004 com a criação das súmulas vinculantes. Isso porque a inadmissão de qualquer ponderação por parte dos juízes pode se mostrar perigosa ao caso concreto. Ademais, segundo a doutrina:

No Brasil, apesar de não possuímos uma teoria idônea dos precedentes, percebemos o discurso de defesa dos julgados nos tribunais como fonte de aplicação e isonomia do Direito, fato que torna importante o acompanhamento constante dos entendimentos desses órgãos do Poder Judiciário, especialmente superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Isso induz e pontua uma nova e necessária abordagem para os estudiosos do Direito processual: a necessidade de conhecer os entendimentos dos tribunais superiores acerca da

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 7.

<sup>30</sup> ABBOD, Georges. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo (RePro)**, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 218, 2008.

<sup>31</sup> Ibid., p. 220: “A súmula vinculante ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum tribunal.”

temática e se aprimorar seus suportes técnicos de construção (entre eles, os recursos), com o consequente delineamento técnico no Novo CPC de uma maior preocupação com “o Precedente Judicial” e com as técnicas de litigiosidade repetitiva (recursos, incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, entre outras), de modo a aperfeiçoar a atual aplicação do Direito jurisprudencial.<sup>32</sup>

De outra feita, o estudo propõe a análise da figura do ‘jurisprudencialismo’ enquanto prática impositiva dos tribunais superiores. Consoante indicado, atualmente muito se fala sobre o escoamento dos processos principalmente nas instâncias superiores. E, por óbvio, a uniformização jurisprudencial é uma das maneiras de tornar isso possível, já que pode impedir que muitos processos alcancem as instâncias superiores e, assim, sejam apreciados pelos Tribunais. É o que se denomina atualmente de “jurisprudência defensiva” e, de acordo com Humberto Theodoro Júnior:

Exemplos nefastos como o da “jurisprudência defensiva” no campo recursal, rigor quase “ritual” na análise de requisitos procedimentais, foram amplamente combatidos no Novo CPC, uma vez (que) tal modo de interpretar o sistema recursal promove o impedimento da fruição plena de direitos (muitas vezes, fundamentais) e esvaziam o papel garantístico que o processo deve desempenhar na atualidade. O uso de tais expedientes com o único objetivo de diminuir a carga de processos pode até possuir uma justificativa instrumental, mas não se conforma aos ditames de um modelo constitucional de processo próprio ao Estado Democrático de Direito. Para a diminuição do número de ações (ou seu peso sobre o bom funcionamento do Judiciário) o Novo CPC quer se valer de procedimentos democráticos e expostos ao contraditório, como o uso de precedentes ou o incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>33</sup>

Esta conduta demonstrada nos Tribunais Superiores, que ao mesmo tempo obsta o acesso à outras instâncias e, ainda, instiga o autoritarismo das decisões vinculantes perante o primeiro grau de jurisdição, é o que se conhece neste estudo por ‘jurisprudencialismo’, que os professores Nelson Nery e Humberto Theodoro denominam “Direito Jurisprudencial”. Ora, trata-se de um grande contrassenso o mesmo Estado garantir o acesso à justiça aos cidadãos, mas ao se deparar com um problema estrutural (grande volume de processos) passar a tolher de forma velada, transmutada em roupagem de jurisprudência essas próprias garantias, já que os entes públicos são os maiores litigantes do país e, dessa maneira, descumprem o pacto social trazido nos ensinamentos de Jean Jacques Rousseau – os homens, fazendo uso de sua liberdade, criaram a figura do Estado para protegê-los, jamais desampará-los.

O próprio julgamento liminar – frise-se, com resolução do mérito – que extingue o processo em razão de contrariedade aos entendimentos dos tribunais superiores revela a

---

<sup>32</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 37.

<sup>33</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 25.

inconstitucionalidade do artigo 332 do Novo CPC, já que a CF/88 prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. O que se afigura grave neste caso é que o novo diploma processual prevê expressamente que demanda será extinta, por mérito, antes mesmo da citação do réu, bastando que o pedido inicial esteja dissonante de súmula editada pelo STJ ou pelo STF ou, ainda, seja contrário aos acórdãos proferidos em julgamentos de recursos repetitivos.

Conferir efeito vinculante até mesmo aos acórdãos é o mesmo que autorizar que o Poder Judiciário passe a legislar em matérias das mais diversas, mais uma vez distanciando o Supremo Tribunal Federal, a exemplo, de seu papel de Corte Constitucional, para que passe a proferir julgamentos em substituição aos decisórios de primeiro grau. É que tanto o STF quanto o STJ não podem ser considerados como terceiras instâncias, ao contrário do que se percebe atualmente. As citadas Cortes estão assoberbadas justamente porque não exercem o papel que lhes cabe, mas sim por serem conduzidas como mais uma instância recursal, utilizada muitas das vezes apenas de forma protelatória.

Neste prisma, ficam os questionamentos: a primeira instância não estaria sendo colocada como pró-forma? De que adianta o juiz conduzir todo o processo, instruí-lo e colocar as partes em situação de equidade se, ao final, a decisão caberá ao órgão superior, que muitas vezes sequer analisa a fundo o processo, diante do número exacerbado de demandas? Ainda, como os precedentes serão alterados, se apenas por contradizê-los os processos sequer terão seu regular trâmite perante o Judiciário?

De acordo com o Novo CPC, as súmulas, que deveriam servir de norte aos juízes para aplicá-las ou não dentro do seu livre convencimento, na verdade lhes são impostas, de forma a transformar importantes julgadores em meros instrumentos que se prestam a chancelar decisões proferidas nos Acórdãos, numa atividade rotineira quase que mecânica, repetitiva, sem muito sentido do ponto de vista hermenêutico do Direito.

Igualmente, o Código de Processo Civil não pode ter força decisória no sentido de impedir o ingresso de uma demanda, resolvendo-se o mérito por improcedência, porque, desta forma, mesmo com a evolução histórica, política, social e/ou econômica do homem, praticamente será impossível de se alterar um precedente, que em uma década, por exemplo, pode não mais representar o que se espera daquela prestação jurisdicional específica, sem que o juiz singular possa, contudo, alterar o entendimento, pois se encontra de mãos atadas pela lei processual.

Grandes e significativas mudanças só ocorrem muitas das vezes porque os juízes admitem, já no primeiro grau, que a aplicação da norma deve se dar de outra forma, após a

análise e a ponderação dos argumentos ventilados por ambas as partes ao desenvolverem o processo dialético dentro da contenda. Mas de acordo com a Lei n. 13.105/15 (NCPC), os poderes conferidos aos juízes de primeiro grau serão outros. E diante desta prática autoritária, a figura do ativismo judicial, que revela também boas decisões, pode aos poucos deixar de existir.

Realmente, conforme já referenciado, o sistema aplicado no Brasil não se confunde com o *common law* porque nele o juiz aplica uma decisão antiga e assim a torna um precedente. Porém, o que se pretende com o NCPC é que os ministros, em tom quase ditatorial, estabeleçam aquilo que vai se tornar um precedente a partir de uma decisão atual, sem que isso possa ser alterado por qualquer outro magistrado posteriormente.

Importante registrar que os assentos portugueses (instituto similar às Súmulas Vinculantes e que possuem este mesmo modelo autoritário), já foram declarados inconstitucionais pela Casa da Suplicação (Corte equivalente ao nosso STF). Assim, ao menos por ora, há de se reconhecer um indício de que o Brasil pode estar caminhando na contramão do que prega o diálogo democrático da constitucionalização do processo em relação à conduta emanada dos Tribunais Superiores.

Não se nega que uma parte considerável das decisões são modificadas em grau de recurso, seja por omissão ou mesmo por um entendimento inadequado proferido por juízes de primeira instância. Inclusive, muitos deles acabam proferindo decisões *sui generis*, totalmente em desacordo com valores sociais, mas sim rentes à sua convicção pessoal.

Todavia, o índice de reformas, ainda que não seja tão pequeno, não pode compelir esses magistrados a decidirem apenas conforme os tribunais superiores, de forma engessada, sem qualquer discricionariedade, extinguindo-se assim o livre convencimento motivado, já que juízes de primeiro grau também detém o conhecimento jurídico necessário para a tomada de decisões importantes aos jurisdicionados, enquanto que nas instâncias superiores alguns entendimentos que posteriormente se consolidam dado o modelo impositivo acabam se apoiando em questões políticas afastadas dos interesses legítimos daqueles que buscam o Judiciário para a solução de seus conflitos.

Assim como não se admite que juízes de primeiro grau conduzam processos conforme seus valores morais particulares, desprezando-se os institutos processuais e até mesmo a Constituição Federal, não se pode incentivar o efeito subversivo das decisões proferidas nos Tribunais Superiores do Brasil.

O Direito se trata de um processo constitutivo de humanização dos cidadãos, razão pela qual não se pode admitir arbitrariedades tão explícitas, que sejam capazes de tornar cada vez mais dispensável a presença do juiz na condução de um processo legítimo, rente às

necessidades sociais. Pelo contrário, deve-se fomentar e permitir que os magistrados assumam, cada vez mais, sua função social na reafirmação das garantias fundamentais, sob pena de colocar em xeque a qualidade decisória.

Outrossim, tanto o escoamento de processos por si só (caracterizando uma questão meramente quantitativa), quanto a busca pela celeridade (a qualquer custo) como promessa de uma prestação jurisdicional eficaz, não podem servir de justificativa plausível para realizar justiça em detrimento de direitos fundamentais, isto é, de forma numérica e breve, sem conteúdo finalístico. Destarte, parte-se para esta reflexão no item final deste estudo.

### **3.3 Os reflexos da busca pela celeridade na eficácia dos direitos fundamentais e a possível perda na qualidade das decisões judiciais**

De fato, a litigiosidade repetitiva impulsiona a estruturação de técnicas de julgamento em larga escala, partindo-se da premissa de uma suposta homogeneidade de casos, graças à existência de um sistema repleto de problemas operacionais e à incessante e atual busca por uma justiça de (em) números. Em contrapartida, esse quadro não pode implicar na negligência quanto ao respeito às garantias e direitos fundamentais sob argumentos de economia e funcionalidade.

A busca por uma eficiência quantitativa pode se mostrar prejudicial ao sistema processual em âmbito prático, porque frequentemente os jurisdicionados tendem a se deparar com decisões baseadas em questões políticas, não jurídicas, que apenas tentam atenuar a carência quanto à implementação de políticas públicas adequadas na obtenção de direitos fundamentais.<sup>34</sup>

Também devemos considerar que se trata de algo extremamente difícil conciliar uma só dogmática de tratamento para ações individuais, coletivas, *class actions*, ou embasadas em direitos individuais homogêneos, por exemplo, já que todas têm necessidades prático-processuais distintas. E a gestão disso no âmbito forense não é uma tarefa fácil, que demandaria investimentos muito mais significativos.

Acerca do volume de demandas, é sabido que os litígios em massa são prejudiciais e refletem um problema concreto no Judiciário brasileiro. Ocorre que as soluções propostas não são talvez as mais adequadas, conforme explica Humberto:

---

<sup>34</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 324.



A assertiva recorrente de que os dados numéricos indicam que a filtragem de recursos nos Tribunais Superiores otimiza sua atuação em termos de celeridade, devido à diminuição do número de processos sob sua competência, não pode, em linha de princípio, obscurecer a busca de soluções mais consentâneas com o trato da normatividade nessa litigância de massa, uma vez que o desafoamento desses órgãos do Poder Judiciário não garante que a aplicação do Direito se torne qualitativamente melhor.<sup>35</sup>

O novo sistema processual, advindo com a Lei n. 13.105/15 (NCPC) demonstra o delineamento de um microssistema de litigiosidade repetitiva<sup>36</sup>, com uma ponderação empírico-dogmática, que tem por objetivo revelar uma visão panorâmica, mais ampla e sistemática, com a participação ativa de todos os interessados envolvidos. Assim, busca-se promover a estruturação de um novo modelo dogmático para dimensionamento do direito jurisprudencial, haja vista o quadro latente de alta instabilidade decisória, verificado no Brasil, especialmente com a superficialidade de fundamentação<sup>37</sup> dos julgados.

Não há como não imputar esta fundamentação superficial (tangencial) – e, assim, inadequada à real necessidade – ao fato de que o Poder Judiciário se encontra assolado de processos, com aumento exponencial das demandas ano a ano, e que, justamente por isso, os processos devem ser escoados com maior velocidade. Por óbvio que esse não se trata de um fator isolado, mas é possível que se tenha uma visão cada vez mais clara de que a busca incessante pela celeridade dos julgamentos acaba sendo realizada em detrimento da qualidade decisória, o que afeta a aplicação correta dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Algumas medidas foram (e ainda são) tomadas para tentar atenuar este quadro e permitir o escoamento das decisões dos processos represados ao longo de anos. A título de

---

<sup>35</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 326-327: “No sistema do CPC Reformado de 1973, a adoção de padrões decisórios liminares (como da técnica de julgamento liminar de ações repetitivas do art. 285-A, CPC reformado pela Lei n. 11.277/2006), ou de padrões pelos tribunais superiores (repercussão geral e recurso especial repetitivo – arts. 543-A, 543-B e 543-C, CPC, reformado pelas Leis ns. 11.418/2006 e 11.672/2009) geravam uma profusão numérica de julgamento de casos idênticos, apesar de todas as discussões acerca de sua legitimidade. Somem-se a isso as súmulas vinculantes e o efeito vinculante das decisões de controle concentrado de normas. Ao contrário do que se passa no *common law*, a utilização, no Brasil, dos precedentes e, em maior medida, do direito jurisprudencial na aplicação do direito é fruto de um discurso de matriz neoliberal, que privilegiava a sumarização da cognição, a padronização decisória superficial e uma justiça de números (eficiência tão somente quantitativa), configurando um quadro de aplicação equivocada (fora do paradigma constitucional) desse mesmo direito jurisprudencial que dá origem ao que se pode chamar de hiperintegração do direito.”

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 327.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 328.

exemplificação, podemos indicar as metas<sup>38</sup> do Conselho Nacional de Justiça, como forma de, ao menos em tese, prestar justiça de forma linear em níveis nacionais.

O grande destaque foi a Meta 2, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005. Com a Meta 2, o Poder Judiciário começou a se alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça. Foi o começo de uma luta que contagiou o Poder Judiciário do país para acabar com o estoque de processos causadores de altas taxas de congestionamento nos tribunais. Também foram definidas outras metas importantes para organizar o trabalho nas varas de Justiça, informatizar o Judiciário e proporcionar maior transparência à sociedade.<sup>39</sup>

Como se verifica, as promessas contidas nas metas do CNJ são voltadas principalmente à celeridade e ao volume de processos represados na Justiça. No entanto, importante anotar que foram traçadas para que se pudesse estabelecer um comparativo entre a produtividade dos juízes e tribunais, o que, embora possa parecer benéfico se pensado no ponto de vista de estímulo, em verdade pode assumir efeito completamente diverso, tornando a Justiça pátria verdadeira linha de produção, com operários “treinados” a realizar uma atividade mecânica diária, apenas visando um número satisfatório ao final da cadeia, de forma que aquela vara ou órgão colegiado possam ser vistos com bons olhos por seu órgão fiscalizador (CNJ).

E dentre as metas do corrente ano (2015), estabeleceu-se que deve ser julgado um número maior de processos do que aqueles que foram distribuídos, além de fomentar a prática da autocomposição, da execução eficaz e priorizar o julgamento de processos que envolvam improbidade administrativa, ações coletivas e que tenham como parte os maiores litigantes (entes públicos, instituições financeiras e operadoras de telecomunicações, por exemplo).<sup>40</sup>

Assim, vê-se o resultado quantitativo, o qual pode ser realizado muitas vezes em prejuízo ao aspecto qualitativo de (re)afirmação do texto constitucional. Seguindo ordens de seus superiores hierárquicos, por vezes processos são examinados às pressas por serventuários

---

<sup>38</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas nacionais**. Brasília, DF, 2009-2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 25 jun. 2015: “As metas nacionais do Poder Judiciário, inicialmente metas de nivelamento, foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2009. Ao final do Encontro, os tribunais brasileiros traçaram 10 metas de nivelamento para o Judiciário no ano de 2009.”

<sup>39</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Metas nacionais**. Brasília, DF, 2009-2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 25 jun. 2015: “No 3º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu na cidade de São Paulo, em 2010, foram definidas novas metas para aquele ano, então definidas como metas prioritárias. As prioridades estabelecidas no ano anterior, como a agilidade e eficiência da Justiça, continuaram em foco, e os desafios traçados foram ainda maiores. A meta 2, por exemplo, passou a abranger o ano de 2006. Ou seja, os tribunais deveriam dar conta de julgar todos os processos distribuídos até 31/12/2006. A meta 1 também garantiu mais agilidade à tramitação dos processos, determinando o julgamento de uma quantidade de processos maior do que o número que entrou na Justiça em 2010.”

<sup>40</sup> *Ibid.*

que sequer possuem a qualificação adequada para o exercício daquela função, o que pode trazer um “juízo” por mera formalidade, longe de trazer o bem da vida realmente esperado e necessário para o caso concreto.

O Poder Judiciário não pode ter sua função – que é constitucionalmente garantida –, reduzida ao ponto de se tornar uma espécie de “chancelaria”, que em âmbito prático apenas vai reproduzir decisões sem uma análise mais profunda e congruente com as garantias e direitos fundamentais.

A doutrina esclarece, acerca do julgamento de processos repetitivos, que foi adotada há alguns anos a “repercussão geral das questões constitucionais”<sup>41</sup>, não apenas para que fosse criado mais um requisito de admissibilidade recursal, como também com a finalidade de liminar o número de casos que pudessem alcançar o STF e o STJ.<sup>42</sup>

De acordo com Gaio Júnior:

A atualização das bases estruturantes do modelo processual civil brasileiro é ponto comum entre as últimas reformas legislativas voltadas a esta esfera da Ciência Jurídica, onde se deve ter como um dos vetores (e virtudes), a constante preocupação com a proteção real e efetiva do direito denegado ou em vias de sê-lo, cujo tratamento acurado e intenso merece atenção de todos, sobretudo dos responsáveis em dotar a normatividade de um sentido prosperador e apto ao desenvolvimento com melhor qualidade de vida por parte dos jurisdicionados, usuários do serviço público ofertado pelo Estado, através da função judicante. [...] Neste sentido, observa-se como ponto comum no corpo das últimas reformas legislativas operadas no campo do processo civil pátrio, a presença constante, até porque igualmente necessária em nosso sistema, do binômio “celeridade-efetividade”, traduzindo-se aí na preocupação do legislador em enfrentar patologias em constante crescimento, não somente pelo volume de cidadãos que todos os dias batem na porta do Poder Judiciário em busca da tão prometida chiovendiana “vontade da lei” acerca dos mais diversas demandas, mas, sobretudo, pela incipiência pragmática de institutos construídos sobre outras realidades, quer sociais e mesmo científicas, onde, no terreno das construções dogmáticas, enfrentam a quebra de paradigmas operadas por constantes evoluções do próprio sistema de proteção de direitos fundamentais, como o é o direito a um processo justo, tradução exata do encontro entre devido processo legal processual com a efetiva satisfação dos direitos.<sup>43</sup>

A repercussão geral foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (que criou o parágrafo 3º do artigo 102), sendo certo que, a partir dali, cabe ao STF recusar o processamento do recurso caso dois terços dos seus membros entendam que, preliminarmente, não tenha sido verificada a repercussão geral do apelo formulado. “Tal constatação impõe a necessidade de analisar a ‘repercussão geral’ como técnica de filtragem, em consonância com

---

<sup>41</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações sobre a ideia de repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STJ e no STF. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 12, n. 68, set. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/-/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6469](http://www.ambito-juridico.com.br/site/-/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6469)>. Acesso em: 13 abr. 2015.

<sup>42</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 329.

<sup>43</sup> GAIO JÚNIOR, op. cit.

o sistema processual constitucional.”<sup>44</sup> Por outro lado, assevera Humberto, em referência aos casos idênticos:

Não é mais possível a defesa de um julgamento pontual, caso a caso, com a quantidade de demandas em tramitação atualmente no Brasil e com nossas taxas de congestionamento. Especialmente quando se percebe que alguns processos, da inicial ao último acórdão, são uma reprodução mecânica de peças, diante de sua quase completa identidade.<sup>45</sup>

O que se pode inferir, a partir da análise sistemática do problema, é que, de um lado, não se pode fechar os olhos para o fato de que o volume de demandas aumenta de maneira desenfreada, o que traz aos julgadores a necessidade de organizar o processamento dos feitos identificando e reunindo as causas semelhantes para uma só decisão.

O que não se pode admitir, todavia, é que a busca pela brevidade processual e pelo escoamento a qualquer custo dos processos existentes (ou que a rejeição liminar por improcedência de mérito anteriormente referida neste estudo) passem a ser condutas tomadas pelo Poder Judiciário sem que seja realizada uma fundamentação adequada, sem o devido sopesamento dos direitos postos em análise, sob pena de causar prejuízos maiores aos jurisdicionados, criando um abismo ainda maior quanto ao resgate da crença na esfera judicante do Estado.

É dizer, em outras palavras, que diante do dualismo celeridade-eficácia, o Poder Judiciário, representado por seus órgãos julgadores espalhados em todo o território nacional, deve ter uma conduta como norte: a de que o desafogamento dos tribunais deve ser realizado de maneira prudente e organizada, com vistas a assegurar o integral cumprimento do texto constitucional, mediante uma análise real dos argumentos ventilados pelos cidadãos/jurisdicionados, com a consequente fundamentação adequada ao se proferir as decisões em cada matéria.

Apenas respeitando-se as garantias e os direitos previstos na Carta Maior é que o processo de escoamento de demandas poderá ser tido como legítimo, e se poderá afirmar com toda certeza que a celeridade estará sendo benéfica ao sistema. Caso contrário, a busca pela celeridade terá o efeito subversivo de ocasionar a perda da qualidade decisória e, portanto, do verdadeiro sentido de prestação da tutela jurisdicional contido na Constituição Republicana de 1988.

---

<sup>44</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 329. No mesmo sentido, Humberto Theodoro atenta para o aumento do número de demandas de 83 milhões em 2009 para 95 milhões em 2013. p. 332.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 333.

Realmente, não raro jurisdicionados se deparam com a aplicação de ementas, enunciados ou súmulas sem que haja uma associação rente com o caso concreto. Ou seja, elas são utilizadas como se fossem normas gerais e abstratas que se desligariam, como ocorre com a lei, dos fundamentos originários, enquanto que, pelo contrário, apenas se pode utilizar algum julgado caso os fundamentos estejam em consonância com os limites argumentativos do *sub judice*.<sup>46</sup>

Não se nega que a uniformidade da interpretação e na aplicação do direito há muito constitui um valor fundamental, presente na maioria dos ordenamentos, que tentam viabilizar a promessa da forma mais ampla possível, com vistas à segurança jurídica e ao tratamento isonômico dos litigantes.

A uniformização dos entendimentos consolidados nos tribunais superiores representa, assim, a diminuição da incerteza na interpretação do direito, evitando-se decisões variadas acerca de casos semelhantes. Ademais, indica que pode existir uma maior previsibilidade das decisões futuras, estimulando que juízes se comportem do mesmo modo que seus predecessores. Assim, pode-se evitar, inclusive, que novas demandas sejam propostas, diante da segurança de que aquele determinado direito será aplicado conforme o caso anterior.<sup>47</sup>

Como se sabe, essa função de delinear e uniformizar entendimentos para que sejam aplicados ao longo do tempo cabe às cortes supremas de cada nação. Elas se colocam no centro do sistema jurídico e no ápice da estrutura judiciária, de forma que não seria equivocado dizer que elas exercem o papel mais importante dentro da atividade de administração da justiça. E para o exercício desta atividade podem ser empregadas diferentes técnicas, as quais, todavia, não cabe aqui indicar para que não haja um distanciamento do tema central.<sup>48</sup>

Inclusive, sobre a importância das cortes supremas, aduz Michele Taruffo:

De outra perspectiva, se percebe que neste modelo de ordenamento a corte suprema acaba sendo mais importante que o legislador: a esse incumbe a função de produzir norma geral e abstrata, mas é a corte suprema que estabelece o significado que deve ser atribuído a esta norma e que tende a ser aplicado por todos os tribunais inferiores, e então a todos os subordinados ao ordenamento, sem contar que, não

---

<sup>46</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 336.

<sup>47</sup> TARUFFO, Michele. As funções de uniformidade e justiça das cortes supremas. In: COLÓQUIO BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.-org.br/download.php?f=-3f6a419439e1afda1babda139e67db89>>. Acesso em: 3 maio 2015. p. 1.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 3.

raro [...], a mesma corte suprema produz norma geral e abstrata com o escopo de vincular a interpretação que não pode ser dada por outros órgãos.<sup>49</sup>

Já acerca da aplicabilidade dos enunciados e súmulas de maneira indiscriminada, pondera Humberto Theodoro Junior:

Devemos perceber (o quanto antes) que qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nesses termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto.<sup>50</sup>

Realmente, em sua doutrina, Humberto Theodoro Júnior assevera que enquanto não for alterada essa práxis, os juristas estarão trabalhando com pressupostos cujos resultados podem ser equivocados, com base em uma nova forma de poder denominada “juristocracia”<sup>51</sup>, que não apenas viola princípios constitucionais (separação de poderes, contraditório, ampla defesa e devido processo legal), como também esbarra no problema relativo à interpretação, já que uma súmula ou enunciado continuam sendo textos que, de uma certa forma compreendem, a exemplo, mais de uma hipótese de aplicação.

Como se pode inferir, a questão que envolve a busca pela celeridade, dentro do contexto contemporâneo de constitucionalização do processo, não se trata de uma tarefa fácil, objetiva.

De um lado, o aumento do número de demandas gera um congestionamento do Poder Judiciário, que desrespeita garantias como a da razoável duração do processo e, por vezes, ocasiona o perecimento do direito invocado.

De outro, reformas na legislação processual no sentido de melhorar a eficácia da prestação jurisdicional nem sempre parece ser a conduta mais adequada a se fazer, já que pode causar problemas de incompatibilidade e de falta de coesão normativa.

<sup>49</sup> TARUFFO, Michele. As funções de uniformidade e justiça das cortes supremas. In: COLÓQUIO BRASIL-ITÁLIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. *Anais ...* São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.-org.br/download.php?f=-3f6a419439e1afda1babda139e67db89>>. Acesso em: 3 maio 2015. p. 5.

<sup>50</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 339. Relacionando com o direito jurisprudencial, ainda complementa: “Nenhum país que leve minimamente a sério o Direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente. Assim, o valor do precedente (e do direito jurisprudencial como um todo) decorre da ausência do mencionado grau zero interpretativo, pois não constitui (nem deve ter pretensão para tanto) a primeira palavra (nem a última) sobre determinado tem, inserindo-se no (e incrementando o) histórico institucional do direito, cujo DNA é refletido nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e, também, nos precedentes”.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 340.

A celeridade surge como uma proposta no bojo, inclusive, do Novo Código de Processo Civil, como forma de resgate à crença no Poder Judiciário. Mas é importante anotar que sua busca não pode se dar a qualquer custo, isto é, apenas em benefício do escoamento dos processos, mediante aplicação de decisórios em massa, mecânicos e sem a devida fundamentação. A motivação das decisões é imprescindível ao processo constitucionalizado. E a perda da qualidade decisória não pode ser admitida, jamais, como um reflexo da celeridade.

Destarte, os direitos fundamentais devem ser assegurados mediante a integração das normas, bem como dos órgãos responsáveis pela administração da justiça, de forma que o texto constitucional não seja reduzido a meras promessas inconsequentes, sem qualquer aplicabilidade prática aos jurisdicionados. E, da mesma forma, de nada adianta a edição de um Novo Código de Processo Civil, se todas as partes e os demais envolvidos (Defensoria, Ministério Público, magistrados, desembargadores e até Ministros do STJ ou do STF) não colaborarem com o desenvolvimento de um processo, sobretudo, justo, célere (leia-se, com razoável duração dentro de cada caso) e eficaz, pois já se foi o tempo de travar litígios indistintamente. É preciso estimular a conduta da autocomposição no âmbito forense e também no seu exterior, como uma das tantas contribuições necessárias ao desenvolvimento do processo constitucionalizado, dentro da ordem do Estado Democrático de Direito.

## EPÍLOGO

Conforme se verificou ao longo deste estudo, os seres humanos necessitam de um conjunto normativo que seja capaz de trazer harmonia e equilíbrio ao convívio em sociedade. Mas ainda assim, instauram-se conflitos nas mais diversas áreas, haja vista a heterogeneidade da população. E o próprio poder público, muito embora tenha o dever de proteger os cidadãos e agir em consonância com seus interesses enquanto coletividade, por vezes, acaba se omitindo ou descumprindo aquilo que se encontra previsto na legislação, causando prejuízos de várias naturezas.

Com efeito, haja vista a facilitação do acesso à justiça, verificada especialmente com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004 sem, contudo, que a estrutura do Poder Judiciário acompanhasse tal evolução, o número de demandas passou a crescer exponencialmente, trazendo consigo um problema de morosidade que passou a refletir cada vez mais na eficácia da prestação jurisdicional. Assim, o Judiciário, mesmo diante da proposta constitucional de não afastar de sua apreciação lesão ou ameaça de lesão a direito, passou a ficar cada vez mais desacreditado pelos cidadãos.

Realmente, o que se verificou a seguir foi a mudança de visão a partir da própria legislação processual, a qual não se prestaria apenas ao papel de instrumento de aplicação das normas materiais, como também deveria ser utilizada pelos julgadores para garantir, em âmbito prático, as promessas contidas no bojo da Constituição Federal de 1988. Surgiram algumas reformas, haja vista a dinamicidade do direito e o surgimento, cada vez mais rápido, de novas necessidades até então sequer previstas.

Tangente a este cenário, encontra-se a cultura da litigiosidade, em que inúmeras demandas são propostas para solucionar problemas inclusive de natureza mais simples (ou de menor complexidade), que facilmente poderiam ter tido o mesmo resultado em âmbito extrajudicial. Não bastasse, as constantes reformas trouxeram também um problema relacionado à coesão normativa, em que normas passam a ser conflitantes umas com as outras, deixando o intérprete ainda mais confuso.

No ano de 2009 surgiu então a proposta da edição de um Novo Código de Processo Civil, que foi sancionado pela Presidência da República neste ano de 2015, encontrando-se no período de *vacatio legis* até o mês de março de 2016. Por intermédio dele, pretende-se resgatar a crença dos jurisdicionados no Poder Judiciário, com a existência de procedimentos menos burocráticos e mais eficazes, que possam refletir positivamente no



quotidiano, de forma a aproximar os cidadãos, detentores das garantias e direitos fundamentais, daquilo que se encontra positivado no texto constitucional.

Outra importante preocupação é, sem dúvida, com a duração razoável do processo, para que a população não se depare com decisões meramente formais, sem qualquer aplicabilidade no dia-a-dia, em razão do considerável lapso transcorrido desde a propositura da demanda. Para tanto, travaram-se (e ainda vêm sendo travadas) inúmeras discussões acerca de mecanismos que possam acelerar a prestação jurisdicional.

No entanto, o que se asseverou neste trabalho é que a brevidade na tramitação de processos não pode ser realizada a qualquer custo, visto que não se pode admitir a diminuição (ou até mesmo a perda) da qualidade das decisões proferidas, que pode refletir negativamente na eficácia dos direitos e garantias fundamentais constitucionais e, assim, acabar por agravar o problema verificado.

Para tanto, é preciso que se ataque a causa, não apenas o efeito dos problemas enfrentados diariamente pelos órgãos do Poder Judiciário, em todas as suas esferas – dos juízes singulares até os Ministros do Supremo Tribunal Federal, portanto. Não se pode impedir que cidadãos vejam seu direito a recorrer ao Judiciário tolhidos por medidas que simplesmente tentem diminuir, em números, as novas demandas. Da mesma forma, não se pode admitir que processos julgados erroneamente não tenham suas decisões revistas pelos órgãos competentes.

O que se deve buscar é o equilíbrio, embora cada vez mais difícil, na organização e no funcionamento dos órgãos na prática, ou seja, deve-se buscar o aperfeiçoamento da gestão forense, já que de nada adianta a edição de normas extremamente modernas, se a aplicação das mesmas se der em uma estrutura arcaica e despreparada (culturalmente falando) para o atual dinamismo do Estado Democrático de Direito.

Assim, as esferas superiores do Poder Judiciário têm o dever de buscar a uniformização jurisprudencial, sem que isso implique em obstar o acesso a tais esferas, ou que decisões sejam implementadas de forma autoritária às esferas inferiores, numa conduta aqui tratada por ‘jurisprudencialismo’, que não se confunde com a Escola do pensamento difundida por Castanheira Neves.

O direito jurisprudencial deve ser fomentado de maneira consciente, com a devida reflexão, jamais por intermédio de normas de caráter genérico e abstrato, criando-se falsos precedentes ou reduzindo a função da primeira instância à de chancelaria de decisões produzidas em níveis superiores. A figura dos precedentes, que se mostra eficaz nos sistemas da *common law*, poderia ser melhor adaptada e utilizada no Brasil (onde vigora a *civil law*).

Não bastasse, o juiz de primeiro grau deve ser valorizado, desde que não sejam verificadas também atitudes excessivamente arbitrárias, que subvertam a ideia de ativismo a um protagonismo desnecessário, inconsequente e danoso aos jurisdicionados, os quais não podem ser surpreendidos com decisões completamente divergentes acerca de matérias análogas.

Esta é a ideia central do que se denomina aqui de constitucionalização do processo, em que se busca o estreitamento entre as normas constitucionais e aquelas utilizadas no âmbito do processo civil (preocupação esta também presente nas esferas do processo penal, tributário, ambiental, previdenciário etc.).

Não se pode esperar, tampouco sonhar de maneira tão inocente, que alterações legislativas (pontuais ou extensas) sejam suficientes para garantir a eficácia das decisões judiciais, ou que promovam, *per si*, a celeridade almejada no dinamismo processual contemporâneo, diante do cenário cada vez mais inflado que se verifica no Poder Judiciário nacional.

Evoluções no âmbito jurídico estão cada vez mais presentes no dia-a-dia dos advogados, juízes, promotores de justiça e, inclusive, dos servidores do Poder Judiciário. Por isso se mostra importante a busca constante pelo aperfeiçoamento, inclusive na esfera administrativa, para que o reflexo disso seja verificado nas cortes superiores (STJ e STF).

Por seu turno, as partes não podem ficar à mercê do conflito, seja ideológico ou prático, que envolve a função do Estado de prestar a tutela jurisdicional de forma eficaz, já que a Constituição deve ser respeitada para que se mantenha a ordem e o progresso, prometidos em um dos nossos símbolos nacionais mais importantes.

As decisões não podem ser baseadas no positivismo formalista verificado em outros tempos. Mas isso também não significa dizer que o novo direito constitucional vai colocar os julgadores acima da lei, para que decidam em conformidade com seus valores pessoais. A Constituição da República, por ser democrática, é que deve ser observada, de maneira que futuras reformas emanadas da esfera legiferante estatal não causem ainda maiores transtornos aos cidadãos.

Não se pretendeu aqui trazer soluções a todos os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, pelos cidadãos e pelas demais esferas públicas. Ainda assim, o debate crítico, diante de uma visão sistemática, revela-se salutar ao cenário do dinamismo contemporâneo.

Os princípios, sejam eles Constitucionais ou mesmo relativos ao processo civil, devem ser aplicados com vistas a garantir, de forma ampla, o acesso à justiça, sem que se

esqueça da razoável duração do processo e de tantos outros aspectos importantes. Outrossim, de se anotar que processos de natureza individual e de natureza coletiva possuem peculiaridades específicas, o que não pode ser ignorado nem pelo aplicador/intérprete, nem por aqueles responsáveis pela elaboração das leis infraconstitucionais.

Espera-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil seja utilizado em benefício do sistema processual-constitucional, jamais permitindo que todo o trabalho desempenhado pela Comissão de Juristas, bem como que os incontáveis debates envolvendo seu conteúdo, sejam tidos como um trabalho perdido, apenas porque não se consegue alterar a essência dos operadores do direito, tampouco a cultura litigiosa dos cidadãos, o que deve ocorrer desde a esfera acadêmica, de modo que as contendas, aos poucos, sejam deixadas de lado, cedendo lugar, a exemplo, aos meios alternativos de solução de conflitos.

Assim poderemos nos aproximar do ideário de processos céleres e verdadeiramente justos, com decisões fundamentadas de acordo com aquilo que se espera do Estado como protetor de seus cidadãos, em consonância ao pacto social “rousseauuniano” e à verdadeira separação dos poderes.

É que o aprimoramento efetivo da prestação jurisdicional que se busca neste século só poderá ser alcançado quando os governantes se propuserem a realizar a verdadeira modernização dos órgãos responsáveis pela justiça brasileira, conferindo-lhes recursos, profissionais e métodos de trabalho compatíveis com as atuais necessidades, seja em relação ao desenvolvimento da constitucionalização do processo em sentido científico, seja em âmbito prático, guardando estreita relação com as garantias fundamentais dos jurisdicionados.

Justiça não se faz a qualquer custo. É preciso que se tenha prudência e cautela.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. **Revista de Processo (RePro)**, São Paulo, v. 40, n. 242, p. 19-45, abr. 2015.

\_\_\_\_\_. Súmula vinculante *versus* precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo (RePro)**, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 218-230, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luis Virgilio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. GRANADO, Daniel Willian; KRUGER, Rennan Faria. **Processo constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM NETO, José Manoel Arruda. A reforma do código de processo civil. **Revista Justiça & Cidadania**, Rio de Janeiro, ed. 128, p. 26-30, mar. 2011.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de direito: conceito, história e contemporaneidade. In: BENÍCIO, Sérgio Gonini (Org.). **Temas de dissertação dos concursos da magistratura federal**. São Paulo: Ed. Federal, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 5 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 22. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e poder**. São Paulo: Ed. UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. (Coord.). **História e método em pesquisa jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Anexo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao-/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao-/Constituicao.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil - Revogado. **Coletânea das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1939**, Rio de Janeiro, v. 7. p. 311-438, 1939. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Dell608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Dell608.htm)>. Acesso em: 22 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. p. 9. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/-Constituicao-/Emendas/Emc/emc45.-htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-Constituicao-/Emendas/Emc/emc45.-htm#art1)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.860, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1996. p. 18.897. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)>. Acesso em: 5 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/-2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/-2002/L10406.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 ago 2009. p. 2. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm)>. Acesso em: 19 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito da aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a

interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga os dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 maio 2015. p. 1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; CARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sistema de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2014 (ano-base 2013)**. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 9 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **Metas nacionais**. Brasília, DF, 2009-2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

CORONA, Roberto Brocanelli. (Org.). **20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil: influência no direito privado e no direito processual civil**. Franca: Ed. UNESP/FHDSS: Civitas, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do estado democrático de direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, ano 27, v. 71, n. 2, p. 63-91, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/-Content/Upload/Materia/530.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2015.

CRUZ, Danilo Nascimento; CRUZ, Karine Rodrigues Piauilino. **Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva**. [2010]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPEC-TOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. (Org.). **Ações constitucionais**. 3. ed. rev., ampl. e aum. Salvador: Juspodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

DUTRA, Nancy. História da formação da ciência do direito processual civil no mundo e no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa** (reflexões acerca do Projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações sobre a ideia de repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STJ e no STF. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 12, n. 68, set. 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6469](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6469)>. Acesso em: 13 abr. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al. A pressa e o projeto do novo CPC. **Migalhas**, [s.l.], 9 jul. 2013. Migalhas de peso. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182166,51045-A+pressa+e+o+projeto+-do+novo+CPC>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. pte. 1.

GRECO FILHO, Vicente. **Da intervenção de terceiros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As raízes italianas do moderno processo civil brasileiro. In: COLÓQUIO BRASIL-ITÁLIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db8>>. Acesso em: 3 maio 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e precedentes judiciais: instrumentos efetivos à luz do Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <[http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/rcursodeespecializacao\\_latosensu/](http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/)>

direito\_processual\_civil/edicoes/n2\_2014/pdf/BarbaraGaetaDornellasdeLima.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

LOPES, Wendel Ferreira. **Garantia fundamental à prova no processo judicial civil sob a perspectiva do modelo constitucional de processo**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Uma histórica luta contra o novo CPC: parte I. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-28/costa-machado-historica-luta-cpc-parte>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Uma histórica luta contra o novo CPC: parte II. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 01 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-01/costa-machado-historica-luta-cpc-parte-ii>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. **Praxis de liberación y derechos humanos: una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría**. San Luis Potosi: Ed. UASLP- CENEJUS, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia et. al. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MELO FILHO, Renato Luis. **O novo código de processo civil e a intervenção de terceiros**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORETO, Maria Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.



\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, António Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 3.

ODORISSI, Luiza Ferreira; RIBEIRO, Cívana Silveira. A jurisdição constitucional como garantia da efetivação dos direitos fundamentais: legitimidade e (in)segurança jurídica? In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: dimensões materiais e eficácias dos direitos fundamentais, 2., 2012, Joaçaba. **Anais....** Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012. p. 143-155.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: CURSO de constitucional: normatividade jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. (Aperfeiçoamento de magistrados 11). Disponível em: <[http://www.emerj-rj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica\\_51.pdf](http://www.emerj-rj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2015.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O código de processo civil brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de informação legislativa**, Brasília, DF, v. 48, n. 190, t. 2, p. 93-120, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242945/000939985.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martin Fontes, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

SCHENK, Leonardo Faria. O julgamento conforme o estado do processo no novo código de processo civil: primeiras impressões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 8, v. 14, p. 263-295, jul./dez. 2014. Disponível em: <[http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_14\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_14_edicao.pdf)>. Acesso em: 3 maio 2015.

SENADO FEDERAL. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.025, de 2005, ao projeto de lei n. 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a lei n. 5.869, de 1973)**. Relator: Deputado Paulo Teixeira. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/80-46-10-codigo-de-processo->

civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>. Acesso em: 10 fev. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. O Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, jul./set. 1988.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 9-27, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.-abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.-conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18 jan. 2015.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Hermenêutica, narrativa e normatividade: possibilidade de construção de sentido do direito no jurisprudencialismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais ....** Fortaleza: CONPEDI, 2010. p. 5743-5759. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3270.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2015.

TARUFFO, Michele. As funções de uniformidade e justiça das cortes supremas. In: COLÓQUIO BRASIL-ITÁLIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. **Anais ....** São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db89>>. Acesso em: 3 maio 2015. 11 p.

TASSINARI, Clarissa. A atuação do judiciário em tempos de constitucionalismo contemporâneo: uma crítica ao ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 31-46, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume282/02.pdf>> Acesso em: 18 jan. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 28-43, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo-%202%20revisado.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. et. al. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (Estado). **TJSP distribui 22% mais recursos em 2014**. São Paulo, 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Canais-Comunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=25410>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC. In: COLÓQUIO BRASIL-ITÁLIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db8>>. Acesso em: 3 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZUFELATO, Camilo. Flexibilização procedimental e gestão processual no direito brasileiro atual e projetado. In: COLÓQUIO BRASIL-ITÁLIA DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 1., 2014, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2014. Disponível em: <<http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=3f6a419439e1afda1babda139e67db89>>. Acesso em: 3 maio 2015.