



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**O DIREITO DE ACESSO À JURISDIÇÃO E AS GARANTIAS
PROCESSUAIS ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Cynara Guimarães Pimentel Feitoza

Fortaleza - CE
Dezembro, 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CYNARA GUIMARÃES PIMENTEL FEITOZA

**O DIREITO DE ACESSO À JURISDIÇÃO E AS GARANTIAS
PROCESSUAIS ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof.º Dr.º Rosendo de Freitas Amorim.

Fortaleza – Ceará
2007

CYNARA GUIMARÃES PIMENTEL FEITOZA

**O DIREITO DE ACESSO À JURISDIÇÃO E AS GARANTIAS
PROCESSUAIS ASSEGURADAS PELA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr.º Rosendo de Freitas Amorim
UNIFOR

Prof.º Dr.º Juvêncio Vasconcelos Viana
UNIFOR

Profa. Dra. Lília Maria de Moraes Sales
UNIFOR

Dissertação aprovada em:

Ao meu marido Humberto, pelo apoio e compreensão em tantos momentos em que estive afastada do convívio familiar e pelas inúmeras vezes que, sozinho, assumiu as responsabilidades cotidianas por nossos amados filhos.

À minha mãe Maria do Carmo, por toda uma vida de dedicação incondicional e incansável que a faz marcadamente presente e co-responsável por todas as conquistas alcançadas.

Ao meu pai Pimentel, pela vida de trabalho e pelo carinho dedicado à família e, ainda, pelo exemplo e incentivo à aquisição e transmissão do conhecimento através do magistério.

Aos meus filhos Bruno e Arthur que são a razão maior de toda minha vida.

À minha sogra Tânia, minhas irmãs, meus cunhados e sobrinhos pelo apoio e incentivos recebidos no transcurso deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Lília Maria de Moraes Sales, coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Unifor, pela habilidade, delicadeza e humanidade com que pauta seu relacionamento com os mestrandos.

Ao Professor Doutor Rosendo Freitas Amorim, pelo incentivo e confiança que tornaram possíveis a conclusão deste trabalho.

Ao Professor Doutor Juvêncio Vasconcelos Viana, pela disponibilidade sempre dispensada.

RESUMO

O presente trabalho é voltado à análise da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito, mormente aquela desenvolvida através dos órgãos do Poder Judiciário para a tutela dos direitos subjetivos, sem olvidar, entretanto, da jurisdição exercida por árbitros particulares investidos pelos interessados, através da convenção arbitral, do poder de decidir definitivamente a lide, proferindo decisões equiparadas às judiciais, sem necessidade de homologação pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que analisa as tendências dos atuais doutrinadores do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil voltadas à constitucionalização do processo. O direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional do Estado, assegurado no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna de 1988, não pode, no Estado Democrático de Direito, ser compreendido apenas como o direito de obter dos órgãos competentes o provimento judicial, pressupondo também a busca pela realização dos escopos políticos e sociais da função jurisdicional do Estado. Com o propósito de promover a justiça social e o respeito aos direitos fundamentais, o processo conduzido em observância às garantias constitucionais do devido processo legal apresenta-se como um instrumento ético essencial à efetividade da tutela jurisdicional. Atento à tendência mundial, o legislador pátrio tem promovido diversas alterações na legislação processual civil com o propósito de assegurar aos jurisdicionados um processo de resultados. Dentre as várias reformas realizadas no Direito Processual Civil, destacam-se: a prioridade conferida à tutela específica do direito e ao resultado prático equivalente para a satisfação das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, em detrimento da conversão em perdas e danos; a fusão dos processos de conhecimento e de execução para o cumprimento de decisões judiciais; o poder geral de antecipação de tutela no processo cognitivo; e, ainda, a implantação do novo sistema de arbitragem, pela Lei no. 9.307/96.

Palavras-chave: Tutela jurisdicional. Estado democrático de direito. Instrumentalidade do processo. Devido processo legal. Arbitragem.

ABSTRACT

The present work central aim is to analyze the jurisdictional function in the Democratic State of Right, mainly that one developed by institutions of the Juridical Power turned to the guardianship of subjective rights, without forgetting, however, the jurisdiction accomplished by particular arbitrators, invested by interested people, through the arbitral convention of being able to decide a legal question, pronouncing decisions put of on a level with the judicial ones, out of necessity of homologation from the Juridical Power part. This work results from a bibliographic research that intends to analyze the current doctrines' tendencies, in the Constitutional and Procedural Civil Law, concerning on the constitutionalization of process. The fundamental right of accessing to a jurisdictional guardianship of State, ensured in fifth article, incise XXXV of 1988 Constitution must not, in the Democratic State of Right, be understood only as a right of obtaining from the proper institutions the judicial supplying, having also in mind the search for the accomplishment of political and social goals of the jurisdictional function of the State. Under the purpose of promoting social fairness and the respect to the fundamental rights, the process conducted in observance of constitutional guarantees of the proper legal process presents itself as an essential and ethical instrument to the effectiveness of the jurisdictional guardianship. Paying attention to the world tendency, the native legislator has fomented several changes in the procedural reforms made out the priority given to the specific guardianship of the right and the practical result for the obligations satisfaction of doing or not doing in detriment of conversion of losses and damages; the fusion of the knowledge and execution process for the fulfillment of judicial decisions; the general power of anticipating of guardianship in the cognitive process, besides the implantation of a new system of arbitration, by the law number 9.307/96.

Keywords: Jurisdictional guardianship. Democratic state of right. Instrumentality of the process. Proper legal process. Arbitration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	11
1.1 Formas de resolução de conflitos sociais: da autotutela à jurisdição	11
1.2 Antecedentes históricos do direito fundamental à jurisdição e ao processo.....	18
1.3 A atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito	31
1.4 Os escopos da função jurisdicional do Estado.....	40
1.4.1 Escopos sociais da jurisdição: pacificação, justiça e educação para a defesa dos direitos.....	45
1.4.2 Escopos políticos da jurisdição: consecução dos princípios constitucionais fundamentais, afirmação do poder estatal, promoção das liberdades públicas e participação no Poder Público.....	48
2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	53
2.1 Garantias do devido processo legal	59
2.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	61
2.3 Princípio do juízo natural	65
2.4 Princípio da razoável duração do processo.....	67
3 ANÁLISE DE ALGUMAS REFORMAS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL SOB A ÓTICA DOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO	73
3.1 Arbitragem.....	75
3.2 Reformas da execução civil.....	81
3.3 Tutelas de urgência.....	94
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

A presente dissertação será elaborada com o propósito de promover um estudo interdisciplinar entre o Direito, a Sociologia, a Filosofia e a Política, a partir da análise de questões afetas à função jurisdicional.

A norma, objeto da Ciência do Direito, tem sua origem e sua finalidade ligadas às relações sociais e aos valores de justiça e segurança jurídica. Desta feita, qualquer conhecimento produzido pelo jurista não pode pretender dissociar o Direito da realidade social em que ele se insere e a qual se destina regular.

Nesse contexto, o Estado aparece como o ente político destinado a traduzir por meio do Direito legislado os anseios de uma dada sociedade, valorando os fatos considerados relevantes à manutenção da ordem e ao desenvolvimento do corpo social, ao mesmo tempo em que é garantidor, dentro de um sistema pluralista, da observância dessas e de outras espécies de normas jurídicas por ele reconhecidas.

Dentro das categorias kantianas que dividem a realidade fundamentalmente em “ser” e “dever ser”, o Direito encontra-se inserido nessa última, já que é constituído por normas que enunciam condutas que “devem ser”, as quais, por sua própria natureza, podem ser inobservadas, já que resultantes de um ato de vontade do agente, permanecendo ainda assim exigíveis.

Para assegurar a atuação das normas jurídicas não cumpridas voluntariamente, o Estado desempenha a função jurisdicional, destinada a tutelar os direitos individuais e coletivos lesados ou ameaçados. O direito de acesso à jurisdição, ou melhor, o direito de acesso à tutela jurisdicional, encontra-se elencado na Constituição Federal como direito fundamental estatuído no artigo 5º, inciso XXXV.

Questionando a respeito da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, a pesquisa buscará demonstrar que essa função estatal não pode restringir-se a fazer atuar de forma neutra o preceito esculpido na norma jurídica material. Os valores inerentes aos regimes Democrático e de Direito devem, ao contrário, nortear todas as atividades desenvolvidas pelos agentes do Estado, não estando o magistrado imune a essa tarefa.

No exercício da atividade de pacificar os conflitos sociais, o Estado-juiz deve dispor de meios eficazes para conduzir o processo de forma democrática, legitimando socialmente suas decisões e assegurando ao interessado medidas adequadas para a tutela do direito reconhecido judicialmente. Nesse contexto, indagar-se-á sobre o grande desafio de identificar mecanismos capazes de promover efetivamente, nos casos concretos, os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Este estudo, além de ressaltar a natureza instrumental do processo, mais especificamente do processo civil voltado à tutela de direitos subjetivos, buscará apontar os escopos jurídicos, sociais e políticos da função jurisdicional e também demonstrar a atual tendência do legislador constitucional e infraconstitucional em consagrar medidas adequadas à conjugação dos valores magnos do Direito: segurança jurídica e justiça social.

Para alcançar seus objetivos, a pesquisa adotará o método bibliográfico, analisando a tendência dos atuais doutrinadores do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil a promover o que se chama de *constitucionalização do processo*, enfatizando nessa expressão a idéia de que o processo é um instrumento público de realização dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro, serão inicialmente indicadas as modalidades de resolução de conflitos sociais, numa breve visão histórica, chegando até os dias atuais com a instituição da jurisdição, hoje concebida como direito fundamental. Ainda no primeiro capítulo, no item 1.2 serão apresentados os antecedentes históricos dos atuais direitos fundamentais, com ênfase para o direito à jurisdição e ao processo. Os itens seguintes tratarão sobre a função jurisdicional, o processo e a ação, bem como da operacionalização desses institutos no Estado Democrático de Direito com vistas a realizar adequada e tempestivamente o Direito objetivo.

O segundo capítulo será dedicado aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, do juízo natural e da razoável duração do processo. Indagar-se-á de que forma essas garantias do devido processo legal, na qualidade de normas constitucionais principiológicas, podem nortear a atividade jurisdicional do Estado na busca pelo efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Finalmente, o terceiro capítulo apontará e comentará algumas das recentes reformas da legislação processual civil, procurando relacioná-las com os princípios constitucionais tratados no capítulo anterior e com a atual tendência do legislador de incrementar mecanismos hábeis à consecução de um processo de resultados. A primeira reforma a ser tratada será a da nova arbitragem instituída pela Lei no. 9.307/96, responsável pela jurisdicionalização desse meio alternativo de solução de conflitos. A seguir serão indicadas e comentadas as mudanças na execução dos provimentos judiciais, com ênfase à prioridade dada à tutela específica do direito e ao resultado prático equivalente, nas obrigações de fazer, não fazer e dar, e ao sincretismo dos processos de cognição e de execução para a satisfação daquelas obrigações, bem como da obrigação de pagar. A última reforma a ser analisada refere-se às tutelas de urgência, mormente a instituição do poder geral de antecipação de tutela no processo de conhecimento, previsto no artigo 276 do Código de Processo Civil.

1 A JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O direito fundamental à jurisdição e as garantias constitucionais do processo constituem instrumentos públicos inexoráveis à promoção da paz e justiça sociais, bem como à efetividade dos direitos subjetivos, no Estado Democrático de Direito.

Ocorre que nem sempre a pacificação social e os direitos subjetivos foram assegurados através da atividade jurisdicional do Estado, exercida por meio do devido processo legal. Existiram anteriormente à jurisdição formas privadas de resolução de conflitos denominadas autotutela, autocomposição e arbitragem, as quais ainda subsistem atualmente, com o aprimoramento que o tempo lhes impôs.

1.1 Formas de resolução de conflitos sociais: da autotutela à jurisdição

A condição natural do homem de ser social conduz à necessidade de regras de conduta capazes de coordenar as ações interpessoais no sentido de promover uma sociedade mais justa e segura para os indivíduos que nela se inserem.

Nesse contexto, o Direito surge como um subsistema de controle social ao lado de outras normas, como as morais, de trato social e religiosas, as quais, por serem desprovidas de exigibilidade¹ e coercibilidade, tendo sua observância pautada unicamente na espontaneidade, não têm aptidão de realizar o ideal de segurança jurídica.

Ocorre que, a existência de normas jurídicas reguladoras das condutas sociais não afasta a possibilidade real de seu destinatário praticar o ato em desconformidade com preceito normativo, já que, ao invés de excluir, a norma pressupõe a liberdade do agente, sendo da

¹ Para Miguel Reale (2004, p.51) "há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou fazer garantidamente algo. Quando um fato social apresenta esse tipo de relacionamento dizemos que ele é jurídico."

essência da própria regra a possibilidade de seu descumprimento,² daí emergindo o chamado conflito de interesses intersubjetivo.

O conflito intersubjetivo de interesses representa situação em que duas ou mais pessoas possuem interesses excludentes em relação a um mesmo bem, ou seja, a satisfação do interesse de uma prejudica o atendimento do interesse da outra. Para resolver esses conflitos e restabelecer a harmonia nos planos individual e social, o homem desenvolveu durante sua existência alguns mecanismos que foram aprimorados com o passar do tempo.

Primitivamente, os conflitos sociais eram resolvidos unicamente através da autodefesa e da autocomposição, posteriormente surgindo a arbitragem e a jurisdição, sucessivamente. Todas essas modalidades de resolução de conflitos subsistem na atualidade, com os aperfeiçoamentos impostos pela experiência humana.

A afirmação de aperfeiçoamento das formas de solução de conflitos não deve ensejar, entretanto, à deturpada compreensão de que essa evolução tenha observado, no curso da História, uma trajetória retilínea, de contínuo melhoramento, quando a realidade humana é de fato construída a partir de sucessivos avanços e retrocessos.

A autodefesa, autotutela, defesa privada, autojustiça ou auto-ajuda foi disseminada na época da barbárie, mas ainda se verifica na sociedade moderna. É uma forma parcial de solução de conflitos, já que não há a interferência de uma terceira pessoa diferente dos litigantes participando dessa resolução. Nela a parte mais forte, mais astuta ou mais ousada impõe à outra sua decisão, sem a participação de um terceiro sujeito imparcial.

Deve-se ressaltar em relação à autotutela que, de regra, não satisfaz aos ideais de justiça, já que o conflito é resolvido pela imposição do interesse da parte mais forte em detrimento do interesse do mais fraco. Por não se tratar de um meio pacífico de resolução de litígios, a autotutela poderá levar a uma situação em que a insatisfação da parte oprimida e o desequilíbrio social permaneçam, a despeito da aparente solução do conflito. Hoje, de regra, a autotutela é considerada crime quando praticada pelo particular - exercício arbitrário das próprias razões, artigo 345 do Código Penal, ou pelo Estado - exercício arbitrário ou abuso de poder, artigo 350 do Código Penal, somente sendo considerada lícita nas hipóteses

² As normas jurídicas pertencem à categoria kantiana do *dever-ser*, configurando “uma programação de condutas a serem observadas e que muitas vezes não são cumpridas, isto justamente porque o Direito não expressa a natureza do *ser*.” (NADER, 2004, p.77).

expressamente permitidas por lei, o que se justifica pelo fato do Estado não poder fazer-se presente sempre que há violação ou ameaça a direito do cidadão. Giuseppe Chiovenda (2002, v. I, p.58) assevera, tomando como exemplo a legislação italiana, que, em geral, é lícito qualquer ato quando praticado:

a) pela necessidade de defender um direito próprio ou alheio contra perigo atual de uma ofensa injusta, desde que a defesa seja proporcional à ofensa (legítima defesa, CP, art. 52).

b) pela necessidade de preservar a si ou a outrem do perigo atual de um dano grave à pessoa, do qual não se é causa voluntária e que não se pode de outro modo evitar, desde que o ato seja proporcional ao perigo (estado de necessidade, CP, art. 54). Na doutrina e na prática, essa licitude se estende a alguns atos de defesa das coisas. No Código Civil alemão admite-se genericamente para os autos de evidente razão (compreendido o arresto provado do devedor suspeito de fuga) quando a urgência não possibilite recorrer à autoridade (art. 229).

São exemplos da permissão legal à autotutela, no ordenamento jurídico pátrio, o desforço imediato no caso de esbulho possessório, o direito de retenção de bens, o direito de greve, o estado de necessidade.

A autocomposição, embora contemporânea da autotutela, representa uma evolução já que nela há a substituição da força pela razão. Essa é uma forma altruísta de resolução de conflitos em que uma ou ambas as partes renunciam voluntariamente à totalidade ou à parcela de sua pretensão. São três as suas espécies: desistência, quando o sujeito que alega ter seu direito violado renuncia à pretensão; submissão, quando o sujeito que sofre a pretensão renuncia ao oferecimento de resistência; e transação, quando ocorrem concessões recíprocas entre as partes envolvidas no conflito.

A autocomposição, assim como a autotutela, é modalidade parcial de solução de conflitos, posto que são os litigantes que, diretamente, põem fim ao mesmo. O diálogo entre as partes, entretanto, poderá ou não ser intermediado por um terceiro imparcial, constituindo-se os procedimentos de conciliação, mediação e negociação.

Importa frisar que, mesmo havendo a participação de terceiro na resolução voluntária do conflito, a este não cabe proferir decisão substitutiva da vontade das partes, o que descaracterizaria a autocomposição como meio autônomo de solução de litígios. Compete unicamente aos próprios interessados decidirem sobre a melhor maneira de pôr fim à demanda.

A negociação é a modalidade de autocomposição em que não há participação de terceiro e, portanto, as partes estabelecem diretamente o diálogo buscando harmoniosamente a acomodação dos interesses dissidentes.

Os procedimentos de conciliação e de mediação caracterizam-se pela participação do conciliador e do mediador, respectivamente. Em ambos, o terceiro atua como um facilitador do diálogo entre as partes.

O objetivo principal da atuação do conciliador é a celebração de um acordo para o encerramento da demanda. Portanto, o diálogo entre os litigantes realiza-se de forma superficial, mostrando-se a conciliação apropriada a relacionamentos circunstanciais. O conciliador, no exercício de suas atribuições, pode sugerir, opinar, aconselhar as partes na busca pela realização do acordo.

Diz-se oficial ou endoprocessual a conciliação que ocorre no curso dos processos judiciais sendo normalmente designada para tal fim a primeira audiência após o ajuizamento da ação.³ Esse tipo de conciliação somente produzirá efeitos jurídicos após homologada pelo Poder Judiciário, ao contrário da conciliação extraprocessual, que independe de qualquer participação do Estado.

Já na mediação, o terceiro funciona como um facilitador de um amplo e profundo diálogo entre os litigantes sobre a situação coexistencial que gerou o conflito buscando, para além do conflito aparente, também o conflito real. Os interessados não são vistos como adversários, nem há a preocupação imediata com a celebração de acordo.

O aspecto primordial desse procedimento é a busca pela construção do diálogo entre os envolvidos, o que poderá ensejar a resolução voluntária e reciprocamente satisfatória do conflito, possibilitando a continuidade da convivência harmônica de ambos.

A mediação busca a conscientização das partes quanto às suas responsabilidades e, somente por conseqüência, a solução da contenda, contribuindo, assim, para a prevenção de novos conflitos. Por suas peculiaridades, a mediação constitui procedimento adequado à solução de dissidências entre pessoas que mantêm entre si um relacionamento continuado, como ocorre entre membros de uma família, vizinhos, etc.

Num estágio mais evoluído da civilização, as demandas deixaram de ser resolvidas unicamente pelos próprios interessados, através da autotutela ou da autocomposição, podendo agora também sê-lo por uma terceira pessoa.

Primeiro surge a arbitragem no Direito Romano Antigo, à época das *legis actiones* - ações da lei ou ações reguladas por lei, originada da Lei das XII Tábuas, do ano 449 a.C..

Nesse período, o sistema processual era o *ordo iudiciorum privatorum*, ou seja, o da ordem dos processos privados, sendo constituído de duas fases: *in iure* e *apud iudicem*, ambas orais.

Segundo Antônio Filardi Luiz (1999, p.90), a fase *in iure* era caracterizada pelo extremo rigor formal, dando-se início ao processo com a fixação do objeto do litígio, que não mais poderia ser alterado, e com o compromisso dos interessados em permanecer em juízo até a prolação da sentença, obrigando-se a cumpri-la. A partir daí o magistrado estabelecia a *litiscontestatio*⁴ - formalização da controvérsia -, estando sempre presentes os interessados, acompanhados de parentes e amigos que, se necessário, comprovariam as declarações das partes e a decisão do magistrado.

Formada a *litiscontestatio*, dava-se início a fase denominada *apud iudicem* ou *in iudicio*, na qual as partes eram remetidas ao juiz - *iudex* - ou árbitro - *arbiter* -, um particular escolhido pelas partes ou indicado pelo pretor dentre os integrantes do *album iudicium*, o qual era investido de poder pelo pretor. Essa segunda hipótese ocorria quando as partes não entravam em consenso quanto à escolha do árbitro. O árbitro escolhido, então, prolatava sua decisão definitiva - *res iudicata* - após a apresentação das provas, dela não cabendo recurso.

Nesse estágio da civilização romana, o Estado ainda não exercia suficiente ingerência nos assuntos privados a ponto de ser-lhe permitido impor suas decisões aos litigantes, contra suas vontades. Assim, somente era possível ao Estado fazer cumprir coercitivamente a sentença se as partes assim tivessem acordado quando da fixação da *litiscontestatio*.

Após as *legis actiones*, adveio o período denominado formulário ou *per formulas*. Esse sistema processual surgiu no Direito Romano Clássico, ao tempo da República, com a *Lex Aebutia* (149 a.C.), posteriormente completada pela *Lex Iuliae* (ano 17 a.C.).

³ Salvo exceções estabelecidas em lei, como por exemplo, a transação penal prevista na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei 9.099/95, a conciliação endoprocessual somente pode ocorrer quando o objeto do litígio é de natureza disponível.

⁴ A *litiscontestatio* transformava o conflito vago e indeterminado em lide, sendo por meio dela fixada a *res*, escolhido o juiz e aceita voluntariamente pelas partes a obrigação de cumprirem a decisão proferida por aquele. Segundo Wilson de Souza Campos Batalha (1986, p. 680), a *litiscontestatio* era um contrato referendado pelo *praetor*, através do qual era escolhido o *iudex* que deveria, dentro dos pontos ali estabelecidos, dirimir a controvérsia como se a decisão fosse proferida no momento da *litiscontestatio*.

No processo formular também se observava a *ordo iudiciorum privatorum*, com a permanência das duas fases anteriores: *in iure* e *apud iudicem* sendo, entretanto, formas menos rígidas do que as observadas nas *legis actiones*.

Na primeira fase desse processo, o magistrado, chamado pretor⁵, ouvia as partes e redigia a fórmula juntamente com elas numa pequena tábua de madeira, ali ficando estabelecida a *litiscontestatio*, nos moldes do sistema anterior. Em seguida, a fórmula era remetida ao *iudex* que proferia sentença irrecorrível. Inocorrendo o cumprimento voluntário da decisão, o vencedor deveria ingressar com nova ação chamada *action iudicati* para executá-la⁶. Sobre a figura do pretor, afirma Humberto Theodoro Júnior (2007b, p. 9):

[...] Nem mesmo existia uma estrutura estatal encarregada especificamente da jurisdição, como a do atual Poder Judiciário. O *praetor* era, originalmente, um agente do poder estatal, como uma espécie de governador ou prefeito (na linguagem moderna), o qual incluía em sua administração a prestação da justiça, mas não realizava, ele mesmo, o julgamento das causas; recorria a um particular (*iudex*) para definir, segundo as regras do direito, o litígio travado entre as partes.

Também no período formulário a obrigatoriedade da sentença não decorria da autoridade do *iudex* que a proferiu, haja vista se tratar de um particular, mas da aceitação da fórmula, na qual as partes expressamente se obrigavam a aceitar e cumprir o que fosse decidido pelo juiz, mantendo o caráter contratual e privatístico do sistema anterior.

Após séculos de História humana, a arbitragem ainda sobrevive, mas com uma roupagem que se pretende aceitar como mais adequada às peculiaridades da sociedade contemporânea.

A quarta e última forma de resolução de conflitos é a jurisdição, surgida face ao fortalecimento do Estado e às exigências de uma sociedade pluralista. O exercício da justiça privada⁷ foi então limitado em favor da justiça pública e o arbítrio proibido em favor da segurança jurídica.

Historicamente, a jurisdição remonta ao terceiro período do processo romano denominado *cognitio extra ordinem* ou processo extraordinário. Esse período vai do século III d.C. até a codificação de Justiniano, quando desaparece a *ordo iudiciorum privatorum* e a

⁵ A figura do pretor, como ensina Agerson Tabosa (2003, p.342), surgiu com o pretor urbano (367 a.C.), ao qual cabia conhecer das ações entre cidadãos romanos; posteriormente, adveio o pretor peregrino (242 a.C.), que conhecia das ações em que uma ou ambas as partes eram estrangeiras.

⁶ Conforme Antônio Filardi Luiz (1999, p.94) e Moacyr Amaral Santos (2004, p.40-43).

⁷ Como já esclarecido anteriormente, as hipóteses legais de recurso à autotutela são previstas em caráter excepcional, e a arbitragem, atualmente, no Brasil, limita-se aos conflitos de natureza patrimonial disponível.

justiça passa ser “ministrada diretamente pelo Estado, por meio de funcionários com poderes e prerrogativas específicas (juízes), cabendo recurso da sentença [...]” (LUIZ, 1999, p.84). Nesse sistema, o magistrado oficial iniciava o processo por solicitação das partes, dirigia todas as suas fases e tinha autoridade para proferir sentença, agora escrita, além de executá-la. Quando necessário, era possível recorrer à autoridade superior, sendo o imperador a última instância.

Hodiernamente, o exercício da jurisdição pública é atribuído a pessoas regularmente investidas do poder de apreciar as pretensões que lhe são apresentadas, e de proferir decisão imperativa aplicando a lei ao caso concreto. Na jurisdição pública, o magistrado prescinde da voluntária submissão das partes e sempre deve ter por escopo a pacificação social com justiça.

Apesar de a justiça pública representar um avanço na composição dos conflitos sociais, nem por isso está livre de aspectos negativos que vêm impedir ou dificultar a realização efetiva da paz social. Dentre esses aspectos negativos podem ser citados a formalidade intrínseca ao devido processo legal, a considerável demanda de tempo para a conclusão do processo e seu elevado custo financeiro, além da discrepância entre as decisões judiciais e a realidade social.

Diante dos obstáculos que limitam uma maior eficácia e efetividade da tutela jurisdicional do Estado na consecução da justiça, percebe-se nitidamente a tendência social, e até mesmo estatal, de buscar a incrementação dos meios alternativos de pacificação social - autocomposição e arbitragem-, os quais se têm mostrado como uma opção cada vez mais atrativa, haja vista o maior grau de informalidade, rapidez e eficiência com que os conflitos são resolvidos. Importa ressaltar, entretanto, que esses meios alternativos à jurisdição estatal, de regra, somente podem ser utilizados em conflitos que versem sobre direitos disponíveis.

No Brasil, como se verificará mais detidamente no item 3.1 deste trabalho, a edição da Lei 9.307/96 operou verdadeira jurisdicalização dessa modalidade de justiça privada.

Dentre os doutrinadores que defendem a arbitragem instituída pela Lei 9.307/96 como atividade jurisdicional delegada a particulares, prepondera como justificção as previsões estatuídas nos artigos 18 e 31 daquela Lei, que consideram os árbitros como juízes de fato e de direito e suas decisões como títulos executivos dotados dos mesmos efeitos das sentenças judiciais, prescindindo de homologação do Poder Judiciário para surtirem seus efeitos jurídicos.

Assim, a arbitragem pode ser atualmente indicada como meio alternativo não à jurisdição, mas ao Poder Judiciário, por essa razão sendo considerada, juntamente com a autocomposição, como meio não-judicial ou extrajudicial de solução de conflitos.⁸

Traçado o panorama das atuais formas de resolução de conflitos sociais e apresentadas suas principais características e aplicações, segue o presente trabalho com o objetivo de analisar detidamente a jurisdição estatal e seu exercício através do processo judicial.

1.2 Antecedentes históricos do direito fundamental à jurisdição e ao processo

O direito de ação como direito subjetivo público garantidor do acesso à jurisdição e reconhecido como garantia fundamental do indivíduo e dos grupos sociais, bem como as garantias constitucionais do processo, asseguradoras do justo e legítimo exercício da jurisdição, estão originalmente ligadas à figura do Estado moderno constitucional.

Preliminarmente, importa saber que a palavra Estado originou-se do latim *status* que significa *estar firme*, tendo sido utilizada pela primeira vez na obra “O Príncipe” de Maquiavel, datada de 1513.

No início, esse termo foi usado para designar uma cidade independente. Na atual acepção da palavra, Estado constitui um tipo de sociedade política dotada das seguintes características: soberania, território, povo e finalidades. A partir dessas notas, e acentuando seu componente jurídico, Dalmo de Abreu Dallari (2007, p.119) propõe a seguinte definição de Estado: “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.

A despeito da definição que se adote para Estado, é certo que o mesmo constitui uma sociedade política, já que formado a partir do agrupamento de pessoas coordenadas à

⁸ De acordo com Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini (2007, p.38-39), “[...] a nítida preferência pela solução jurisdicional estatal dos conflitos de interesses faz com que se afirme, na doutrina, que a jurisdição é monopólio do poder estatal. É preciso esclarecer, todavia, que esse caráter monopolizador da atividade jurisdicional do Estado não impede que, autorizados por lei, possam os interessados optar por meio não estatal de exercício da jurisdição, isto é, de realização de atividade capaz de pôr fim à lide (arbitragem) [...]” em que se realiza o “exercício delegado da jurisdição”. Semelhante entendimento também é esposado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2006, p. 140-141), segundo os quais o árbitro, “conquanto não seja juiz nomeado mediante concurso de provas e títulos, exerce jurisdição”. Ainda sobre a natureza da arbitragem, assevera José de Albuquerque Rocha (2006, p.102) que “é forma de exercício da função jurisdicional do Estado por árbitros privados.”

realização de objetivos comuns e, concomitantemente a eles, os fins particulares de cada membro desse povo.

Embora não haja consenso quanto ao momento histórico do surgimento do Estado, pode-se afirmar, nisso seguindo o entendimento da maioria dos estudiosos⁹, que primitivamente foram formados grupamentos familiares com o objetivo de garantir a sobrevivência dos indivíduos ante as intempéries do meio ambiente em que habitavam e em face das adversidades decorrentes de disputas com grupamentos rivais. Remontam a essa época as origens do Estado. O fortalecimento desses grupos familiares, reunidos em tribos e organizados sob a chefia de um ou alguns líderes, deu ensejo a ações expansionistas, resultando no movimento de conquistas territoriais e de submissão dos grupos vencidos à vontade dos conquistadores, formando-se assim os impérios, primeira forma de Estado.

O poder imperial foi historicamente sucedido pelo sistema feudal, no qual se operou o fracionamento do poder, antes centralizado nas mãos do imperador e agora dividido entre inúmeros senhores feudais detentores dos poderes econômico, político e militar.

Posteriormente, o incremento do comércio fora dos limites do feudo deu ensejo à derrocada da autoridade do senhor feudal e à ascensão do poder central absoluto do monarca, instalado na Europa, a partir do final da Idade Média. Os excessos de práticas absolutistas e a opressão social diante desse poder provocaram a deflagração das Revoluções Inglesa, Francesa e Norte-Americana, a partir delas instalando-se o constitucionalismo.

Sobre a evolução do Estado, Pinto Ferreira (1975, v. I, p.174) aponta cinco fases, a saber: Estado latente (organizações tribais), Estado de conquistadores, Estado feudal, Estado absoluto e Estado democrático e constitucional.

O Estado Liberal de Direito, inaugurado pelo movimento constitucionalista eclodido no final do século XVIII, caracterizou-se pela submissão dos indivíduos e do próprio Estado ao império das leis emanadas, em última análise da vontade do povo, com destaque para a supremacia da constituição escrita; pela limitação dos Poderes através da separação das

⁹ Não há consenso quanto ao momento histórico em que se deu o surgimento do Estado, existindo, quanto a isso, fundamentalmente três correntes de pensamento: os que defendem que sociedade e Estado são realidades que se implicam, já que em toda organização social há exercício do poder para determinar o comportamento dos indivíduos; outros, que constituem a maioria, acreditam que a formação do Estado deu-se a partir de determinado momento histórico para atender a necessidades ou conveniências de cada grupo, divergindo os adeptos dessa teoria quanto aos motivos que teriam ensejado sua criação (formação natural ou contratual); finalmente, há os que somente vislumbram o Estado a partir da presença de características bem definidas.

funções executiva, administrativa e jurisdicional; pela tutela dos direitos individuais e políticos; pela ideologia do Estado abstencionista, guardião dos direitos humanos. Sobre os elementos materiais da constituição, no Estado Liberal, afirma Gomes Canotilho (1993, p.63-64):

(a) a constituição deve consagrar um *sistema de garantias da liberdade* (esta essencialmente concebida no sentido do reconhecimento de direitos individuais e da participação dos cidadãos nos actos do poder legislativo através dos parlamentos); (b) a constituição contém o *princípio da divisão de poderes*, no sentido de garantia orgânica contra os abusos dos poderes estaduais; (c) a constituição deve ser *escrita* (documento escrito).

Esse novo modelo de Estado surgiu da oposição entre o absolutismo monárquico e o ideal de liberdade do indivíduo, estando inserido num contexto propenso a realizações de profundas e definitivas mudanças, principalmente políticas e econômicas. A influência dos ideais jusnaturalistas, que reconheciam a supremacia do indivíduo e a titularidade de direitos naturais anteriores e superiores ao Estado, associados à ascensão da classe burguesa detentora de poder econômico, mas desprovida de poder político em razão da monarquia absoluta, forjaram um ambiente propício à derrocada do Estado absolutista e à ascensão do Estado de Direito de concepção puramente liberal, fundado em dois princípios básicos: a tutela dos direitos e garantias inalienáveis do indivíduo face ao Estado, primordialmente a liberdade, segurança e propriedade, e a limitação dos poderes dos governantes.

A classe burguesa adquirira o poder econômico a partir da incrementação do comércio e da decadência dos senhores feudais, mas via-se tolhida do poder político pelo monarca, o que a levou a alavancar uma revolta social que, a despeito de difundir ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade* universais, cingiu-se a implantar uma forma de Estado que atendia unicamente aos seus próprios interesses. Quando obteve êxito na limitação dos poderes do monarca em nome da proteção da liberdade individual, tratou a burguesia de implantar uma realidade em que somente ela mesma tinha suas liberdades garantidas, excluindo completamente do cenário político, econômico e cultural, a massa do povo, que não tinha meios efetivos de exercer os direitos que a lei garantia apenas formalmente. O que se verificou então foi a sucessão da forma de dominação absolutista, pela dominação da emergente ideologia burguesa liberal.

Corroborando com essa natureza ideológica de Estado de Direito liberal-burguês, implantada no século XVIII, concluem Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 39):

[...] como não pode deixar de ser, a Carta Política desse modelo de Estado de Direito é entendida, em seus princípios, como Constituição do liberal-individualismo - mera superestrutura jurídica, como diriam os marxistas -, encerrando por isso mesmo, em

primeiro lugar, uma decisão fundamental no sentido *da liberdade burguesa*, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras.

Portanto, a burguesia, falando em nome do povo e proclamando direitos de todos os homens, promoveu uma revolução burguesa em proveito de seus próprios interesses.

No terreno filosófico, a Revolução Francesa esteou-se na teoria liberal do inglês John Locke (1632-1704); no contratualismo e no princípio da soberania nacional, do francês Jean Jaques Rousseau (1712-1778); e na teoria da tripartição dos poderes, do também francês Montesquieu (1694-1778).

A miscigenação de todas essas teorias resultou no Estado que a burguesia denominou liberal-democrático, caracterizado pela eliminação de privilégios decorrentes da crença e do *status* social herdado no nascimento, mas que em verdade excluía o povo da formação da vontade estatal, nisso colidindo com o ideal de soberania popular de Rousseau¹⁰, ao mesmo tempo em que negava a proclamada igualdade e liberdade de todos.

Esse cenário político, social e econômico afronta os valores basilares da democracia,¹¹ razão pela qual não é materialmente adequado reportar-se, nessa época, à existência de um Estado democrático. Paulo Bonavides (2007, p.54-55) descreveu com clareza e objetividade a relação dialética entre o liberalismo e o regime democrático:

Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.

Impõe exaltar, ademais, os valiosíssimos legados deixados à humanidade pelo Estado Liberal de Direito, dentre eles merecendo destaque o próprio constitucionalismo, reconhecedor e garantidor dos direitos humanos fundamentais individuais e políticos. Ainda, a separação dos Poderes com os contornos que lhe atribuiu Montesquieu, aplicada até hoje, com algumas alterações, nos Estados democráticos contemporâneos.

¹⁰ A teoria roussoniana da soberania popular atribui a titularidade da soberania a todos os componentes do povo, a cada cidadão uma parcela da soberania.

¹¹ Segundo Pinto Ferreira (1978, p. 69), "a respeito da definição de democracia há várias correntes doutrinárias, sendo a primeira de concepção clássica, em consonância à qual a democracia é sobretudo o governo do povo, segundo a própria aceção etimológica (de **demos** ou povo e **árche** ou governo)."

Embora a positivação constitucional dos direitos e garantias fundamentais somente tenha ocorrido no século XIX, desde a Antigüidade, no período denominado pré-história dos direitos fundamentais,¹² pode-se vislumbrar, através da religião¹³ e da filosofia clássica greco-romana, o reconhecimento da igualdade entre os homens e do ser humano como titular de alguns direitos naturais e inalienáveis. Destaca Ingo Sarlet (2007, p. 45) que o modelo político da democracia ateniense já era fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.

Entretanto, é na Idade Média que podem ser encontrados documentos que reconhecem direitos de liberdade e os meios para sua proteção face ao poder estatal, mas ainda sem conotação de direitos humanos universais, e sim com o intuito de declarar privilégios de estamentos, portanto, limitados aos membros de determinada classe social. Tampouco o intuito à época era o de proclamar direitos inerentes à natureza humana, mas o de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca, protegendo os indivíduos (alguns deles) contra arbitrariedades praticadas pelo rei e afirmando a supremacia do Parlamento.

Um dos primeiros documentos a reconhecer a existência de liberdades e direitos individuais face ao Estado remonta ao ano de 1188, quando o rei Afonso IX da Espanha concedeu às Cortes de Leão - “parlamento da representação corporativa do reino de Leon”, uma lista de direitos. Já nessa oportunidade foi declarado o direito do acusado ao andamento regular do processo (MALUSCHK, 1998, p. 81-94).

Ainda na Idade Média é encontrado o mais importante precedente histórico de declaração solene de proteção a direitos humanos individuais, inclusive do direito ao processo.

É a Carta Magna de João Sem Terra - *Magna Carta Libertatum*, de 15 de junho de 1215 que, em seu artigo 39 dispõe: “nenhum homem livre poderá ser detido, preso, privado de seus bens, posto fora da lei ou banido, ou de qualquer maneira molestado, e não procederemos contra ele nem o faremos prender, a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra” (MALUSCHKE, 1998, p. 86).

¹² Ingo Sarlet (2007, p.44-45) utiliza a expressão "pré-história" dos direitos fundamentais para referir-se ao período que se estende até o século XVI, valendo-se da divisão proposta por Klaus Stern, em sua obra *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*.

¹³ O Cristianismo foi, originalmente, o primeiro responsável pela declaração da liberdade inata e irrenunciável dos homens, mas uma liberdade interior, espiritual, decorrente da condição de terem sido criados à imagem e semelhança de Deus. Não se trata aqui ainda, de uma liberdade com natureza de direito subjetivo face ao Estado, sentido que adquiriram as liberdades públicas na modernidade.

Por meio da Magna Carta Inglesa, o rei João Sem Terra, derrotado na luta com barões e prelados ingleses insurretos em razão da cobrança de elevados tributos e outras imposições tiranas, aceitou e jurou privilégios da nobreza feudal e direitos dos *homens livres*, inexistindo, ainda, a idéia de direitos humanos inatos e universais. Embora essa Carta não tivesse natureza constitucional, tornou-se, já no século XIII, “símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês” (SILVA, 2006, p. 152).

A expressão *law of the land*, constante do artigo 39 da Magna Carta, é considerada pela doutrina como o antecedente histórico da cláusula *due process of law*, esta última utilizada originalmente por Eduardo III, da Inglaterra, em 1354. Com Coke (1552-1634),¹⁴ a expressão *law of the land* passou a ser interpretada em seu sentido moderno, como garantia de um processo legal.

Outros documentos ingleses voltados à limitação do poder monárquico¹⁵ e que também resguardaram o direito ao devido processo legal podem ser apontados como precursores das declarações modernas de direitos humanos, ainda no século XVII: a Petição de Direitos - *Petition of Rights*, de 1628, que proibia prisões ilegais e a aplicação de lei marcial em tempo de paz; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, que garantiu a liberdade individual, também suprimindo as prisões arbitrárias; e a Declarações de Direitos - *Bill of Rights*, de 1689, originada da “Revolução Gloriosa”, de 1688, que instituiu o governo parlamentar e culminou com a abdicação do rei Jaime II e a ascensão de Guilherme III e Maria II ao trono inglês, inaugurando a monarquia constitucional, submetida à soberania popular. Enfatiza Ingo Sarlet (2007, p. 51), sobre essas declarações inglesas:

[...] esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades - em que pese a limitação do poder monárquico - não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades fundamentais.

¹⁴ Sir Edward Coke foi jurista, escritor e parlamentar inglês, tendo notabilizado-se pela defesa da supremacia da lei diante das prerrogativas do rei, diminuindo o poder da realeza na Inglaterra. Dentre suas várias obras, merece destaque a *Petition of Right*, de 1628.

¹⁵ Essas Declarações inglesas representam uma evolução na tutela de direitos e liberdades do homem, visto que são extensivas a todos os cidadãos ingleses, e não mais representam privilégios estamentais medievais.

A Declaração de Independência Norte-Americana de 04 de julho de 1776, redigida por Thomas Jefferson não mencionou o direito ao processo. Tampouco o fez a Constituição dos Estados Unidos da América, em sua versão inicial, aprovada pela Convenção de Filadélfia em 1787, que substituiu o estatuto dos treze Estados independentes. Somente em 15 de dezembro de 1791, com a incorporação das primeiras dez Emendas, denominadas *Bill of Rights*, os primeiros direitos fundamentais passaram a compor a Constituição Federal de Filadélfia, sendo proclamados direitos como a liberdade de religião e de pensamento, o direito à propriedade individual e as garantias do processo enunciadas na Emenda V, posteriormente acrescidas pela Emenda XIV:

Emenda V - nenhuma pessoa poderá responder por qualquer grave ou infame crime senão mediante apresentação e libelo de um grande júri, exceto nos casos surgidos nas forças militares e policiais, quando em serviço no tempo de guerra ou em perigo público, nem poderá pessoa alguma, pela mesma ofensa, por mais de uma vez, ter exposta a vida ou integridade, nem ser compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si mesmo, nem ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem ter bens expropriados sem justa indenização.

.....
 Emenda XIV - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

Esses documentos nortearam a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida em 26 de agosto de 1789 e adotada pela Assembléia Constituinte francesa em 02 de outubro de 1789. Todos eles foram marcados por influências do Iluminismo e inspirados nas teorias jusnaturalistas de John Locke, Rousseau e Montesquieu, que reconheciam aos homens direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis. Tais declarações foram as que mais influenciaram o reconhecimento de direitos humanos individuais e políticos por outros Estados.

Primordialmente, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi determinante para que diversas constituições ocidentais e até mesmo orientais reconhecessem e positivassem direitos e garantias fundamentais, sendo essa Declaração até hoje apontada como referencial na tutela de direitos humanos em razão de sua proclamação universalizante, visto que os direitos nela reconhecidos tinham com destinatário não uma classe social, um grupo de pessoas ou determinado povo, mas a totalidade do gênero humano. Essa Declaração

de Direitos já proclamava, desde 1789, as mais importantes garantias ainda hoje asseguradas aos indivíduos no processo:¹⁶

VII - Nenhum homem poder ser acusado, sentenciado, nem preso se não for nos casos determinados pela lei e segundo as formas que ela tem prescrito. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias, devem ser castigados; mas todo cidadão chamado ou preso em virtude da lei devem obedecer no mesmo instante; torna-se culpado pela resistência.

IX - Todo homem sendo julgado inocente até quando for declarado culpado, se é julgado indispensável detê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para assegurar-se da sua pessoa deve ser severamente proibido pôr lei.

Embora de menor repercussão mundial, importa afirmar que a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, é considerada a primeira declaração de liberdades públicas de conotação universal, estabelecendo uma estrutura democrática de governo, com a imposição de limites ao exercício do poder público.

Esse documento também trouxe garantias relativas ao processo: garantia do direito de defesa nos processos criminais; julgamento rápido por júri imparcial; vedação à prisão, exceto quando amparada pela lei da terra ou por julgamento de seus pares; proibição de fianças e multas excessivas e castigos cruéis e extraordinários, bem como a expedição de mandados gerais de busca e detenção sem a especificação exata e prova do crime¹⁷ (SILVA, 2006, p. 154).

Como o ambiente político em que se deu a gênese das Declarações de Direitos era marcado por uma ideologia liberal, o individualismo constituiu nota fundamental de todas elas, que consagraram direitos de liberdade formais do indivíduo face ao poder do Estado, mas sem qualquer preocupação com a realização material da igualdade e justiça sociais.

Foram os filósofos socialistas os primeiros a ocuparem-se da dimensão social dos direitos humanos e o Manifesto Comunista, de autoria de Marx e Engels, o documento mais

¹⁶ Para Dimulis e Martins (2006, p.27) a grande diferença entre a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e as declarações norte-americanas “está no fato de que o texto francês não segue a visão individualista das declarações norte-americanas e confia muito mais na intervenção do legislador enquanto representantes do interesse geral. Isso se torna claro com fato de a maioria dos direitos garantidos pela Declaração encontrarem-se submetidos a limites que o legislador deveria estabelecer”.

¹⁷ Alguns outros direitos elencados na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia: (1) todos são homens por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos, e a todo tempo por ele responsáveis; (3) o governo é, ou deve ser instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário [...]; (6) as eleições dos representantes do povo devem ser livres... (SILVA, 2006, p.153-154).

importante na crítica ao Estado liberal-burguês¹⁸. Por fim, a Declaração Universal de Direitos do Homem elaborada após a II Guerra Mundial e aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, representa um dos pontos áureos do humanismo político. Essa Declaração, fundada no reconhecimento da dignidade humana e no ideal democrático, proclamou a existência de direitos inerentes à pessoa humana, independentemente da declaração de qualquer entidade, governo, Estado ou da própria ONU. Sua manifesta preocupação foi a de reunir os direitos e garantias civis e políticos, ao lado de direitos sociais, econômicos e culturais. Em relação às garantias asseguradas ao processo, estatui essa Declaração:

Artigo VII- Toda pessoa tem recursos perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição.

.....
Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela.

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Em virtude da importância dos direitos proclamados na Declaração Universal de Direitos do Homem, várias convenções internacionais foram celebradas com o fito de conferir juridicidade a essas tutelas, dentre as quais merece destaque para o Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada Pacto de San José de Costa Rica, datada de 22 de novembro de 1969, mas somente ratificada por nosso Estado em 25 de setembro do ano de 1992, após o regime militar. Esse documento internacional destaca-se pela declaração de importantes garantias processuais:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

.....
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo

¹⁸ A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, proclamada pela Revolução Russa de 1917, foi orientada pelas teorias socialistas de Marx, Engels e Lênin e trazia uma nova concepção de sociedade e de Estado em que fossem abolidas a estratificação em classes e qualquer forma de exploração e opressão do homem pelo homem enunciando, ainda, o triunfo do socialismo em todos os países.

de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;
- e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Foi exatamente a pretensão de assegurar plena efetividade jurídica aos direitos humanos proclamados nas Declarações de Direitos, que levou à positivação dos direitos do homem nas constituições dos Estados nascendo, assim, os direitos fundamentais em sua moderna acepção.

Dentre diversas conceituações doutrinárias de direitos fundamentais, uma das mais correntes é a que os define como princípios positivados de uma dada ordem jurídico-constitucional e que traduzem o ideal síntese de dignidade da pessoa. Nesse sentido é a entendimento apresentado por Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 39):

Os direitos fundamentais, como normas principiológicas legitimadoras do Estado - que traduzem a concepção da dignidade humana de uma sociedade -, devem refletir

o sistema de valores ou necessidades humanas que o homem precisa satisfazer para ter uma vida condizente com o que ele é.

Embora parte dos estudiosos da História do Direito aponte a Constituição Belga de 1831 como a primeira a incluir diretamente em seu texto direitos fundamentais reconhecidos a seus cidadãos, pode-se verificar que a Constituição do Império do Brasil, datada de 1824, já assegurava, em seu próprio bojo, direitos fundamentais a seus nacionais, sem valer-se para isso de documentos marginais. A primeira Constituição do Brasil, apesar de outorgada, enunciou no *caput* de seu artigo 179 a “inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade [...]” Impõe ressaltar, entretanto, que a atuação desses direitos restou comprometida pelo Poder Moderador, que conferia ao Imperador poderes ilimitados. Dentre o rol de direitos declarados nessa Constituição, encontram-se diversas garantias processuais:

Art. 179.

.....
VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

.....
XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes. [...]

Daí por diante, os Estados passaram a reconhecer em seus diplomas constitucionais os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Entretanto, os direitos e garantias meramente formais e individualistas asseguradas ao homem pelas primeiras constituições liberais, com o tempo mostraram-se insuficientes à realização satisfatória dos anseios de liberdade e igualdade. A massa de proletariado nascida com a Revolução Industrial e oprimida pelo poder econômico dos detentores dos bens de produção, bem como as precárias condições de trabalho e a ínfima remuneração do trabalhador e, sobretudo as transformações operadas pela Segunda Guerra Mundial, resultaram no aparecimento dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Assim germinou um novo modelo democrático de governo, agora pautado na disseminação de idéias sociais e na busca das garantias jurídicas de igualdade material e justiça social. Esse é o Estado Social de Direito, Estado intervencionista ou Estado do bem-estar social geral, segundo alguns, o *verdadeiro* Estado Democrático de Direito.

Sobre os ideais de liberdade e igualdade nos regimes liberal e social de Estado, declina Jorge Miranda (1998, p.96):

Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para acção. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os de índole social num direito geral à igualdade.

Também o Estado Social de Direito não conseguiu estabelecer uma relação conciliadora entre os ideais de liberdade e igualdade, entre democracia e socialismo. Surgiu com esse propósito o regime do Estado Democrático de Direito.

Traçando o panorama evolutivo desses regimes na História, concluem Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 37):

Essas conquistas, como se sabe, foram ocorrendo ao longo do tempo e correspondem, na tipologia do Estado de Direito, ao que se convencionou chamar as suas etapas *liberal, social e democrática*, iniciadas com a Revolução Francesa, que marca a primeira fase, passando pelas transformações surgidas após a Segunda Guerra - a sua fase social - e culminando com a densificação dos direitos fundamentais, antes apenas direitos *civis e políticos*, mas depois também direitos *econômicos, sociais e culturais*, cujo reconhecimento e realização constituem a razão de ser, o compromisso e a tônica do chamado Estado Democrático de Direito. Esclarecendo, desde logo, que essa evolução não se verificou de forma linear e sincrônica - antes se realizou com avanços e retrocessos, em contextos variáveis e distintos - como de resto sempre ocorreu no processo de desenvolvimento das idéias e instituições [...].

Desta forma, a sucessão do Estado Liberal pelo Social e, posteriormente, pelo Estado Democrático de Direito, não importou na perda das conquistas alcançadas quanto à tutela dos direitos de liberdade, individuais e políticos, chamados de direitos fundamentais de primeira geração. Foram somados a eles os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, denominados de segunda geração; os direitos de solidariedade e fraternidade, denominados de terceira geração; e, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, de quarta geração.¹⁹ Sobre a historicidade dos direitos fundamentais, impõe-se conhecer a visão de Norberto Bobbio, exposta na obra intitulada *A era dos direitos* (2002, p.73-75):

A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual - para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem enquanto tal, independentemente do Estado - partira da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito de propriedade; o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas. Para a teoria de Kant - que podemos considerar como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos não mais enunciados por filósofos, e portanto *sine imperio*, mas por detentores do poder de governo, e portanto *cum imperio* - o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como “independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade do outro”, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele.[...] num primeiro momento, durante as guerras de religião, surgiu a exigência da liberdade de consciência contra toda forma de imposição de uma crença [...] e, num segundo momento, na época que vai da Revolução Inglesa à Norte-Americana e à Francesa, houve a demanda de liberdades civis contra toda forma de despotismo. [...] A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pela luta e pelos movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais mudanças vem produzindo em cada oportunidade concreta.[...] **O fato mesmo de que a lista desses direitos esteja em contínua ampliação não só demonstra que o estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os chamados direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade (grifou-se).**

Esse caráter cumulativo, complementar e progressivo das várias gerações de direitos fundamentais dá ensejo a que se prefira o termo dimensões para designá-las, evitando assim a errônea impressão de substituição de uma categoria de direitos fundamentais por outra que lhe seja posterior.

Sobre as mudanças materiais promovidas pelo advento das várias dimensões de direitos fundamentais, conclui Paulo Bonavides (2007, p. 573):

¹⁹ Sobre as gerações de direitos fundamentais, ver Paulo Bonavides (2007, p.560-578) e Dimitri Dimulis e Leonardo Martins (2006, p.32-36).

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração de Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido [...]. a nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos de igualdade e fraternidade.

A historicidade e cumulação dos direitos fundamentais das quatro gerações representam filosófica e juridicamente o processo de consolidação dos valores magnum da dignidade do homem e da sociedade democrática.

1.3 A atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito

O tema direitos e garantias fundamentais está tão essencialmente relacionado ao Estado Democrático de Direito quanto a organização constitucional dos Poderes do Estado. Não há direitos fundamentais sem que exista o reconhecimento, pelo poder político, de uma esfera de direitos que ultrapassam a vontade do legislador constituinte originário, e são inerentes e comuns a todas as pessoas (individual ou institucional) e, concomitantemente a essa positivação, um poder político organizado institucionalmente por meio de órgãos com competências e atribuições específicas constitucionalmente estabelecidas.

A esse respeito já declarava o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição.”

Assim, somente se pode falar de Estado de Direito quando o Estado reconhece limites materiais ao exercício do poder político e assegura efetivamente esses direitos e liberdades, ao mesmo tempo em que estabelece a pluralidade de órgãos para o exercício das diferentes funções do poder estatal, funcionando entre si de forma independente ou interdependente. Daí surgem os chamados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário²⁰, estando os indivíduos e o

²⁰ A divisão dos órgãos estatais pelo critério funcional, intitulada "Separação de Poderes", foi originalmente esboçada por Aristóteles (384-322 a.C.), em sua clássica obra *Política*, sendo posteriormente aprofundada por John Locke, em o *Segundo tratado do governo civil*, por Rousseau, em *O contrato social* (1762) e definitivamente consolidada por Montesquieu, em *O espírito das leis*, tendo sido adotada pela Constituição dos Estados Unidos de 1787 e elevada a princípio fundamental da organização política liberal pelo artigo 16 da Declaração Francesa do Homem e do Cidadão, de 1789.

Estado submissos à lei, aqui considerada como ato emanado do Poder Legislativo e representativo da vontade do povo-cidadão.

Sobre o indeclinável enlace entre os direitos e garantias fundamentais e a tripartição das funções estatais, no Estado de Direito, assevera Jorge Miranda (1998, p. 177):

Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjectivo e o elemento objectivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento; que (na linha que, afinal, remonta a MONTESQUIEU) a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder. A síntese desses princípios, o modelo ou a idéia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.

Foi no alvorecer da modernidade, com a Revolução Francesa e a Independência das 13 Colônias, com a queda do absolutismo e ascensão do constitucionalismo, enfim, com a inauguração do Estado de Direito, que o poder deixa de ser exercido de forma arbitrária, baseado unicamente na vontade de seu titular, operando-se a institucionalização de seu exercício, ou seja, o mesmo deixa de estar vinculado à determinada pessoa (monarca absoluto), passando a ligar-se à figura do titular de uma função que tem suas atividades reguladas por normas jurídicas.

Com o Estado de Direito, o exercício temporal do poder estatal é concedido aos governantes, chamados de agentes políticos por ser-lhes atribuída a tarefa de promover as atividades necessárias à consecução dos fins históricos do Estado.

O Estado Democrático de Direito contemporâneo surgiu da conjugação do Estado de Direito com a ideologia democrática, resultando hoje, numa democracia representativa e pluralista, na qual o exercício do poder pelo Estado passa a ter como finalidade síntese servir à causa da dignidade humana e à busca pela realização dos ideais de liberdade, igualdade material e solidariedade, tendo reconhecidamente seu poder origem no povo, em benefício do qual deve ser exercido.

Nas palavras de Gomes Canotilho (1993, p.43), “o Estado concebe-se hoje como *Estado constitucional democrático*, porque ele é conformado por uma *lei fundamental escrita* (= constituição juridicamente constitutiva das “estruturas básicas da justiça”) e pressupõe um *modelo de legitimação* tendencialmente reconduzível à *legitimação democrática*.”

Nesse contexto, a função estatal constitui o exercício do poder político materializado no conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado através procedimentos pré-estabelecidos por normas jurídicas. Essas atividades compreendem a realização de obras e prestação de

serviços de ordem social e econômica, bem como o disciplinamento da cooperação entre os indivíduos e a resolução dos conflitos interpessoais, medidas essas essenciais ao alcance dos objetivos estatais.

Em correspondência às atividades tradicionalmente incumbidas ao Estado, os órgãos estatais adotam uma divisão orgânica através da qual essas distintas funções são atribuídas, não exclusivamente, mas de forma preponderante, a órgãos relativamente separados. São os grupamentos desses órgãos que formam os denominados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Destarte, corroborando com a natureza una e indivisível do poder estatal, conclui-se que a citada divisão ou separação de Poderes, expressão utilizada desde a doutrina liberal clássica, deve ser entendida no constitucionalismo moderno como a divisão do exercício desse poder, ou melhor, das funções governamentais entre órgãos interdependentes e harmônicos²¹ que compõem o Estado.

O que se designa de Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário deve, na verdade, ser compreendido como conjuntos de órgãos aos quais incumbem exercer preponderantemente²² as funções executiva (ou administrativa), legislativa e jurisdicional, respectivamente. Essas atribuições consistem, fundamentalmente, em gerenciar os interesses

²¹ De acordo com o constitucionalista José Afonso da Silva (2006, p.109-111), o Estado contemporâneo impôs uma nova visão sobre a teoria da divisão de poderes a qual se encontra fundada, no sistema presidencialista, em dois elementos: a independência orgânica e a harmonia dos poderes. As técnicas aqui desenvolvidas para operacionalizar a independência e harmonia entre os órgãos estatais ensejam muito mais a visão de colaboração e controle entre os Poderes, do que separação dos mesmos, haja vista a previsão constitucional de interferências recíprocas que estabelecem o sistema de freios e contrapesos, imprescindível à realização do bem comum e à eliminação do arbítrio de um Poder em detrimento do outro e em relação aos governados. Podem ser citados como exemplos desse mecanismo de freios e contrapesos os artigos 52, inciso III, *a*, 64, 66, 95, 96, 99 todos da Carta Magna de 1988.

²² As funções administrativa, legislativa e jurisdicional não se confundem com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário que as exercem de forma preponderante, haja vista que os mesmos desempenham também funções que não lhes são próprias, as chamadas funções atípicas. Como exemplos dessas funções atípicas podem ser citadas a edição de medida provisória (norma geral e abstrata), pelo Poder Executivo, e a edição de regimentos internos (também norma geral e abstrata), pelos Tribunais; a jurisdição exercida pelo Senado Federal ao julgar definitivamente o Presidente da República e outras autoridades (art. 52, incisos I e II da Constituição Federal) por crime de responsabilidade e o contencioso administrativo exercido por órgãos como o Tribunal Marítimo e pelo Tribunal Desportivo; a administração exercida pelo Poder Judiciário em relação à sua própria organização (autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário - art. 99 da Constituição Federal) : gestão dos recursos financeiros e materiais e governo do seu pessoal, atos de governo necessários ao exercício da jurisdição, bem como nos procedimentos de jurisdição voluntária, e pelo Congresso Nacional ao prover cargos e promover seus servidores.

considerados públicos, editar normas gerais e abstratas²³ e decidir definitivamente os conflitos concretos, mediante aplicação do Direito e, eventualmente, executar suas decisões.

Ao praticar atos de chefia de Estado, de governo e de administração pautados na legalidade, ao estabelecer normas gerais e abstratas qualificadoras do legal, do lícito e do ilícito, e ao garantir a realização prática desses preceitos no caso de conflito entre pessoas, o Estado realiza funções jurídicas²⁴ fundamentalmente distintas: a primeira designada executiva; a segunda, legislação; e, a terceira, jurisdição.

Na administração da coisa pública, o administrador encontra-se submetido ao princípio constitucional da legalidade, tendo seus atos limitados objetivamente pela legislação, e tomando por finalidade a realização dos interesses que, a teor da lei, são considerados públicos, tais como segurança, saúde, educação. Assim, a Administração utiliza-se da lei como meio para a consecução de seu fim, qual seja promover o progresso social, econômico, cultural. Ademais, no desempenho de sua função, o administrador considera a lei como regra para sua própria conduta, em vista de seu próprio interesse sendo, por isso, denominada atividade primária ou originária.

A legislação consiste substancialmente em editar modelos imperativos de conduta em consonância com os valores dominantes em dada sociedade e em determinada época, com a finalidade de reger as mais variadas relações interpessoais, atribuindo a seus destinatários direitos, poderes, faculdades e obrigações ditadas *a priori*, sem destinação particular a determinada pessoa ou situação concreta e com o estabelecimento dos efeitos que deverão advir no caso de ocorrência de conduta que não se adéqüe a suas previsões.

A jurisdição, por seu turno, representa a atividade jurídica através da qual o Estado pratica, em substituição aos interessados, mediante iniciativa de um deles e por meio do processo, atos tendentes à realização concreta e individualizada daquelas normas gerais e

²³ Além de editar normas gerais e abstratas, ou seja, normas ditadas sem destinação específica à determinada pessoa ou situação concreta, o artigo 70 da Constituição Federal de 05/10/88 estabelece, como função típica do Congresso Nacional, sua competência para a fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial do Poder Executivo (fiscalização da gestão da coisa pública) podendo inclusive, criar comissões parlamentares de inquérito com os mesmos poderes de instrução conferidos aos magistrados na condução do processo criminal como, por exemplo, quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados, oitiva de testemunhas, inclusive com sua condução coercitiva, oitiva de investigados, realização de perícias e exames, determinar busca e apreensões (MORAES, 2007, p. 400-406).

²⁴ Segundo Kelsen (2003, p.263), o ato de criação, aplicação e observância do Direito são funções jurídicas em sentido amplo, porém, somente a criação e a aplicação do Direito são designadas funções jurídicas em sentido estrito.

abstratas, na hipótese de conflito entre pessoas, declarando qual o preceito jurídico adequado ao caso concreto (processo de conhecimento) ou desenvolvendo medidas necessárias à efetivação desses preceitos (processos de execução e cautelar). Em síntese, a jurisdição é a função estatal de aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto e em última instância.

Etimologicamente, a palavra jurisdição advém do latim *ius*, que significa direito e *dicere*, querendo designar dicção do direito (ALVIM, 2007, p. 55).

Entretanto, como atividade pública responsável pelo ajustamento das condutas interpessoais à ordem jurídica vigente, a jurisdição não poderia incumbir-se apenas a declaração do direito aplicável ao caso concreto. Resta-lhe igualmente assegurar a realização do processo em observância às garantias constitucionais processuais, bem como resguardar a concreção de suas decisões através dos atos necessários à garantia da efetividade de seus julgados, inclusive utilizando-se de meios coativos quando necessário.

Quanto à sua natureza, ensina Vicente Greco Filho (2003, p.167) que a jurisdição é ao mesmo tempo poder, função e atividade. É poder porque manifesta de forma cogente e definitiva a vontade do Estado na solução do conflito concreto; é função porque cumpre a finalidade de aplicar a ordem jurídica vigente aos litígios; e é atividade por consistir-se “numa série de atos e manifestações externas de declaração de direito e de concretização de obrigações consagradas num título.”

Para Enrico Tullio Liebman (2005, p.23), jurisdição é a “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”.

A despeito do critério utilizado para sua definição²⁵, a jurisdição, dentro de cada sistema jurídico particularmente considerado, apresenta especificidades relacionadas aos órgãos incumbidos de seu exercício e ao seu alcance material, espacial e pessoal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 2º, adota a tripartição das funções estatais dentre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, em seu artigo 5º, incisos XXXV e XXXVII, estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, sendo vedada a criação de juízo ou tribunal de

²⁵ Sobre os vários critérios utilizados para definir a jurisdição, ver José de Albuquerque Rocha (1995, p.13-14) e José Eduardo Carreira Alvim (2007, p.56-64).

exceção. Tem-se daí que a jurisdição, enquanto atividade de realização definitiva do Direito no caso concreto, é exercida, no Brasil, preponderantemente, pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário pátrio, os quais se encontram arrolados no artigo 92 da Carta Magna, não podendo existir restrições jurídicas em razão da natureza do direito, tampouco restrição quanto ao valor econômico que impeçam ou dificultem o acesso à Justiça.

Inferese igualmente das normas constitucionais supracitadas que, no Direito brasileiro, toda e qualquer controvérsia jurídica, salvo aquelas excepcionadas por lei, pode ser levada ao crivo do Poder Judiciário, que deverá sobre ela emitir uma decisão definitiva, independentemente dos sujeitos, da matéria ou do tipo de norma jurídica aplicável ao conflito de interesses, que poderá decorrer de lesão ou ameaça a direito.

Existem, nesse panorama, autolimitações constitucionais e infraconstitucionais, internas e externas, ao exercício da atividade jurisdicional pelo Poder Judiciário.

As previsões contidas no artigo 52, incisos I e II da Lei Maior, são exemplos de subtração da atividade jurisdicional do Poder Judiciário:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...]

Outra hipótese de exclusão da jurisdição exercida pelo Poder Judiciário, também de caráter pessoal, mas de âmbito externo²⁶, é a imunidade à jurisdição brasileira dos Estados estrangeiros, chefes de Estado estrangeiros e agentes diplomáticos²⁷, bem como as hipóteses reguladas pelo artigo 12 do Código Civil e artigos 88 *usque* 90 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Representam também limitações à jurisdição pelo Poder Judiciário, como já tratado anteriormente, os conflitos resolvidos através da arbitragem disciplinada pela Lei 9.307/96, os quais, de regra, são subtraídos da apreciação judicial por força da celebração da convenção de

²⁶ A doutrina indica três como os maiores motivos ensejadores da obediência aos limites internacionais da jurisdição de cada Estado: "a) existência de outros Estados soberanos; b) respeito às convenções internacionais; c) razões de interesse do próprio Estado" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p.164).

²⁷ A imunidade dos agentes diplomáticos encontra-se prevista nas Convenções sobre Funcionários Diplomáticos de Havana, de 1928, e sobre Relações Diplomáticas de Viena, de 1961. Sobre a cessação dessa imunidade pessoal, ver Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p.165).

arbitragem; e o artigo 814 do Código Civil, que exclui expressamente a cobrança de dívida de jogo da apreciação jurisdicional. A Constituição Federal, ao estabelecer a impossibilidade de processar-se criminalmente o parlamentar, durante o exercício do mandato, sem prévia licença da Casa legislativa a que está vinculado e mediante solicitação do Egrégio Supremo Tribunal Federal, estatui uma modalidade de condição para o exercício da jurisdição.

A legislação prevê, ainda, os critérios fixadores da competência de cada órgão do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição. Esses critérios fixadores da chamada competência interna ou especial são o material, funcional e territorial, nos processos civil e penal e, ainda, o de valor, no processo civil, os quais se encontram disciplinados pelo artigo 69 do Código de Processo Penal e artigos 91 a 101 do Código de Processo Civil.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal atribui, de maneira prevalecente, o exercício da jurisdição ao Poder Judiciário, confere também a seus órgãos e membros prerrogativas que lhe são inerentes.

Dentre essas prerrogativas, duas são fundamentais ao exercício legítimo da jurisdição no Estado Democrático de Direito e à objetividade do julgamento: a independência e a imparcialidade.

A independência constitui garantia constitucional conferida ao Poder Judiciário e à pessoa do magistrado, referindo-se à capacidade subjetiva de formar livremente seu convencimento a respeito da matéria *sub judice* sem sofrer, no plano administrativo ou no exercício de sua função jurisdicional, qualquer tipo de influência ou sujeição interna do próprio Judiciário, ou externa, de outro Poder ou de particulares.

As garantias políticas de independência do Judiciário, enquanto organização, encontram-se estatuídas nos artigos 2º, que prevê a independência e harmonia entre os Poderes e 5º, incisos XXXV e XXXVII, todos da Lei Maior, e refere-se à reserva constitucional da atividade de julgar e executar seus julgados, ao Poder Judiciário. As garantias administrativas de independência, também designadas de autogoverno da magistratura, estão previstas no artigo 96 e 99 da Lei Fundamental, que conferem ao Poder Judiciário competências governativa, regimental e orçamentária com o fito de garantir-lhe autonomia no gerenciamento dos recursos humanos, materiais e financeiros necessários ao exercício de sua atividade fim, que é a jurisdição (ROCHA, 2006, p. 108-109).

As garantias constitucionais de independência do magistrado estão previstas no artigo 95, incisos I, II e III da Constituição Federal e consistem em vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.²⁸

A instituição dessas garantias tem por finalidade manter o magistrado subordinado unicamente à lei e a seu convencimento, assim legitimando socialmente a autoridade judicial e a imperatividade de suas decisões.

A imparcialidade, por seu turno, assegura às partes do processo o direito de ter seu conflito julgado por um terceiro sujeito subjetivamente livre de qualquer interesse no resultado da demanda, seja no sentido de beneficiar ou de prejudicar um dos litigantes.

Com a finalidade de garantir a efetiva imparcialidade do juiz, a Constituição Federal veda ao mesmo o exercício de outro cargo ou função, salvo uma de magistério; a percepção de custas ou participação em processo; o exercício de atividade político-partidária; o recebimento de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, com ressalva das exceções legais; e, finalmente, o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos da aposentadoria ou exoneração.²⁹

Também a legislação infraconstitucional, mais especificamente os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, enumera as hipóteses em que se presume a parcialidade do magistrado, classificando-as em duas espécies, os impedimentos e as suspeições, respectivamente. A ocorrência dessas condições devem ser declaradas de ofício pelo juiz, mas podem ser argüidas pela parte através de exceção (CPC, art. 312).

Embora a independência atue no sentido de preservar a imparcialidade, há entre elas uma diferença determinante: a imparcialidade é condição que deve ser apreciada dentro de cada processo em particular, oportunidade em que se encontram identificados os sujeitos (juiz, autor e réu) e o caso concreto *sub judice*. A independência é uma garantia estabelecida em favor dos membros do Poder Judiciário no exercício da jurisdição em abstrato, e não em um dado caso concreto, referindo-se à ausência de subordinação a outros órgãos.

²⁸ A independência do juiz, individualmente considerado, classifica-se em funcional e estatutária. A primeira refere-se à aptidão de julgar sem interferências do próprio Poder Judiciário – independência interna –, ou advindas de outros Poderes – independência externa –, indiferentemente do grau de jurisdição ocupado pelo magistrado. A independência estatutária ou administrativa reporta-se à ausência de subordinação administrativa do magistrado, enquanto servidor público *lato sensu*, a outro órgão, seja do próprio Judiciário - interna - ou de outros Poderes - externa (ROCHA, 2006, p. 137-140; ROCHA, 1995, p. 48-49).

²⁹ Constituição Federal, art. 95, parágrafo único.

Também não há que se confundir imparcialidade com neutralidade, visto que, enquanto a primeira relaciona-se com inexistência de interesse do magistrado no resultado da demanda, a neutralidade refere-se à indiferença político-ideológica quanto aos valores insertos no litígio.

A imparcialidade é condição *sine qua non* para o exercício válido da jurisdição, mas a neutralidade axiológica constitui situação inatingível ao homem o qual, por sua própria natureza, é um ser valorativo de tudo quanto constitui sua realidade. Tampouco o sistema jurídico pretende impor ao magistrado tal neutralidade, conforme se apreende do conteúdo do artigo 5º, do Decreto-lei 4.657/42 - Lei de Introdução do Código Civil, que determina ao juiz a aplicação da lei orientando-o na busca da realização de seus fins sociais e às exigências do bem comum.

Sobre a interpretação teleológica ou sociológica das normas jurídicas, determinada pelo artigo 5º, da LICC, e sua imprescindibilidade para a realização dos objetivos do Direito, assevera Maria Helena Diniz (2007, v. 1, p. 66):

[...] adaptar o sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais, adaptação esta prevista pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que assim reza: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Os fins sociais e o bem comum são, portanto, sínteses éticas da vida em comunidade, por pressuporem uma unidade de objetivos do comportamento humano social. Os fins sociais são do direito; logo, é preciso encontrar no preceito normativo o seu *telos* (fim). O bem comum postula uma exigência, que se faz à própria sociabilidade; portanto, não é um fim do direito, mas da vida social. O sentido normativo requer a captação dos fins para os quais se elaborou a norma. A interpretação, como nos diz Ferrara, é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social. O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, e sim manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o juiz deve participar ao interpretar o preceito normativo.

Tem-se assim como indeclinável ao correto, justo e legítimo exercício da jurisdição, a consciência do entrelaçamento entre a atividade interpretativa e a busca inescusável pelo melhor resultado social na aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Esse é o papel que cabe ao magistrado desempenhar como agente público, no Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, o que se exige do magistrado não é a neutralidade, mas a ausência de parcialidade no julgamento que lhe compete proferir.

O princípio da imparcialidade do magistrado também se encontra arrolado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um dos direitos inerentes à personalidade humana.

[...] toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

1.4 Os escopos da função jurisdicional do Estado

Embora o direito fundamental à tutela jurisdicional do Estado pertença àqueles direitos de primeira geração, o mesmo não pode, atualmente, ser compreendido pela ótica da ideologia liberal. No Estado Democrático de Direito, o exercício da jurisdição deve observar uma lógica voltada à promoção da paz e justiça sociais e à concreta tutela dos direitos individuais, coletivos, políticos, sociais, econômicos, culturais, de solidariedade.

Importante a essa altura estabelecer a diferença entre a tutela de direitos no âmbito das normas materiais e a tutela jurisdicional que, por meio da aplicação das normas processuais, realiza concretamente o direito consentâneo com o Direito objetivo. Sobre essa distinção, José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p. 36) afirma que “o ordenamento jurídico material prevê a tutela de direitos, que são atuados consensualmente ou pelos meios jurisdicionais. Tutela jurídica verifica-se com a satisfação efetiva dos fins do direito, com a realização da paz social mediante a atuação das normas jurídicas.”

A atual perspectiva da jurisdição estatal voltada à consecução de objetivos não unicamente individuais, mas também, sociais e políticos traduz o resultado da evolução histórica do próprio conceito de jurisdição e também da ação, do processo e, conseqüentemente, do Direito Processual.³⁰

É certo que os institutos processuais romanos, romano-germânicos e romano-canônicos constituem a gênese dos institutos fundamentais do Direito Processual moderno. Entretanto, considerações mais detidas sobre sua evolução na Antigüidade e na Idade Média fogem aos objetivos do presente estudo, demandando mesmo uma pesquisa autônoma. Excluindo, portanto, o Direito Processual Romano (*lato sensu*), a doutrina costuma apontar três fases do Direito Processual: imanentista, científica e instrumentalista.

³⁰ Merece a essa altura ressaltar a jurisdição, a ação e o processo como a trilogia do Direito Processual.

Na fase imanentista, o Direito Processual era parte integrante do Direito Civil, inexistindo autonomia científica. O processo era, então, considerado como simples meio de exercício dos direitos subjetivos materiais, e a ação concebida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez violado, adquiria força para obter sua reparação através da jurisdição. Sobre esse primeiro estágio do Direito Processual, ensina Alexandre Freitas Câmara (2007, p. 8-9).

Durante esta fase do desenvolvimento do Direito Processual (na verdade, nesta fase não se pode falar propriamente em Direito Processual, o que se faz por mera comodidade), o processo era um mero apêndice do direito material. Dizia-se, então, que o direito material (como o direito civil, por exemplo), sendo essencial, era verdadeiro direito substantivo, enquanto o processo, mero conjunto de formalidades para a atuação prática daquele, era um direito adjetivo.

A autonomia científica do Direito Processual em relação ao Direito Civil somente ocorreu a partir da segunda metade do século XIX, sobretudo com o advento das grandes codificações, o que permitiu a sistematização orgânica das normas processuais e o conseqüente surgimento de objeto e princípios próprios do Direito Processual, condição de existência de um ramo autônomo do Direito.³¹

A doutrina indica a obra *Die Lehre von den Prozesseireden und die Processvoraussetzungen* - A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais -, de autoria do alemão Oskar von Bülow, publicada no ano de 1868, como o marco da autonomia científica do Direito Processual operando-se, ainda, sua publicização em decorrência da concepção do processo como instrumento de atuação do poder estatal por meio do exercício de sua atividade jurisdicional. Foi de Bülow a concepção de processo como relação jurídica entre as partes e o juiz - relação jurídica processual - e sua separação da relação jurídica material ensejadora do processo, estabelecendo dessa forma, a independência entre o Direito Processual e o Direito material.

O grande avanço verificado por ocasião do processualismo científico deveu-se ao emprego de rigor científico na abordagem dos institutos de Direito Processual, no uso da linguagem técnico-jurídica, e no estudo da natureza jurídica da ação e do processo, deixando

³¹ Segundo Karl Popper (1982), em sua obra intitulada *Conjecturas e refutações*, o critério que define o *status* científico de uma teoria não é a verdade que enuncia, mas sua capacidade de ser refutada ou testada. Entende-se por refutabilidade a capacidade da teoria científica entrar em conflito com observações e experimentações possíveis ou concebíveis. A ciência do Direito, enquanto ciência humana, aborda a conduta humana com referência à contraposição de determinados valores e desvalores, tais como justiça/injustiça, segurança/insegurança e bem-comum/mal social sendo, assim, explicativa e compreensiva, buscando a fundamentação valorativa da obrigação estabelecida pela norma jurídica, revelando o significado positivo ou

este último de ser conduzido pela praxe, como sói acontecer no praxismo, ou de resumir-se a seu aspecto procedimental, como era concebido no procedimentalismo iniciado na França do século XVIII.³²

Em 1885, também na Alemanha, influenciado dentre outros por Bülow, Adolph Wash publica a obra *Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts* - Manual de Direito Processual Civil Alemão, na qual demonstra a autonomia do direito de ação frente ao direito subjetivo material³³, ou seja, deixa de vincular a existência do direito de ação à necessária existência do direito subjetivo material que o autor pretende ver tutelado, assim ultimando as teorias civilistas da ação.

Apesar de representar importante avanço no estudo da natureza jurídica da ação, Wash defendia que esse direito era público e concreto, porque exercido em face do Estado, que é provocado para proteger o direito subjetivo violado ou ameaçado. O direito de ação, portanto, somente existiria naqueles casos em que o Estado reconhecesse a existência do direito subjetivo material.

Foi apenas em 1877, com Degenkolb, que surgiu a teoria da ação como direito público autônomo e abstrato, portanto pré-existente ao processo e à atividade jurisdicional e exercido contra o Estado para dele obter um provimento jurisdicional cujo conteúdo não se pode antecipadamente prever, se favorável ou desfavorável à pretensão autoral.

Com a ascensão do Direito Processual à categoria de ramo autônomo de Direito Público, foram-lhe reconhecidas as premissas daí decorrentes, dentre elas a condição de supremacia do Estado no exercício do poder soberano, enquanto sujeito da relação jurídica processual, e o interesse público na resolução pacífica dos conflitos, em contraposição à condição de sujeição das partes litigantes.

negativo do ato humano dentro de um contexto. Como pertence à categoria kantiana do dever-ser, as normas jurídicas prevêm o que deve ocorrer e a inobservância do fato prescrito não invalida a proposição jurídica.

³² Carreira Alvim (2007, p.32-41) vale-se de Alcalá-Zamora y Castilho para traçar as fases evolutivas da doutrina processual: período primitivo, que vai até o século XI da era cristã; Escola judicialista, surgida em Bolonha, com a criação da primeira Universidade, em 1088 d.C.; tendência dos práticos ou praxismo, existente na Espanha, do começo do século XVI ao começo do século XIX; procedimentalismo, produto da Revolução Francesa e da codificação napoleônica, responsável pela separação das legislações processuais civil e penal, e estas da lei material, deixando o processo, nessa fase, de realizar-se pela praxe para disciplinar-se pela lei, limitando-se as normas processuais, fundamentalmente, ao disciplinamento da organização judiciária, da competência e do procedimento; finalmente, o processualismo científico ou moderno, inaugurado por Bülow, na segunda metade do século XIX.

³³ A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao relacionar a ação à ocorrência de lesão ou ameaça, adota uma visão ainda privatista daquela garantia constitucional.

Sobre a publicização do Direito Processual, declina Carreira Alvim utilizando-se do pensamento de Frederico Marques e de Alfredo Buzaid (2007, p. 43).

[...] o direito processual publicizou-se a partir do momento em que se verificou que o processo não tinha mais por escopo a tutela de interesses das partes, mas a atuação do direito objetivo. Como diz Alfredo Buzaid, solucionar o conflito de interesses em resguardo da paz social (dando razão a quem tem) é interesse do Estado, e não interesse das partes. Se ao Estado cabe a tarefa de resolver e compor os conflitos emergentes do meio social, este objetivo é alcançado através do exercício de uma atividade que se denomina jurisdicional, toda ela regulada pelo direito processual, e qualquer que seja a bifurcação (civil ou penal), compreende-se no campo de direito público.

Na Itália, a onda de renovação científica teve como mestre Giuseppe Chiovenda, responsável pela condução do processualismo científico nos países de língua latina e fundador da Escola Sistemática.

Segundo Alfredo Buzaid,³⁴ “o Direito Processual Civil como sistema, tem início na Itália com Chiovenda”, enquanto Enrico Tullio Liebman, continuador da Escola de Chiovenda no Brasil, foi o fundador da ciência processual brasileira, tendo o Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1939, reproduzido as idéias e conceitos daqueles dois mestres italianos. Assim também o Código de Processo Civil de 1973 foi fortemente influenciado pelo pensamento desses dois italianos.

A despeito da excepcional evolução do Direito Processual verificada na fase autonomista, o processo ainda era visto como instrumento meramente técnico destinado à atuação do direito material a nível individual.

Com o advento do Estado Social e, posteriormente, do Estado Democrático de Direito, o Poder Público passou a adotar uma postura menos voltada à proteção do indivíduo isoladamente considerado e mais preocupada com a promoção do bem-estar da coletividade, o que permitiu uma mudança também na compreensão dos objetivos perseguidos pela jurisdição, pela ação e pelo processo.

Deu-se início, então, à terceira e atual fase do Direito Processual, denominada instrumentalista em face da superação da visão eminentemente técnica, passando a prevalecer a idéia de que o processo não possui um fim em si mesmo constituindo, ao contrário, um instrumento para a efetivação de escopos externos a ele.

³⁴ Conforme Eliézer Rosa (1975, p.24-30), reproduzindo a introdução feita por Alfredo Buzaid às Instituições de Direito Processual Civil, de Giuseppe Chiovenda.

Na fase instrumentalista do Direito Processual, tanto os legisladores como os juristas devem atuar racionalmente, com plena consciência dos propósitos almejados pelo sistema processual e como críticos da qualidade da jurisdição prestada aos jurisdicionados. Através do processo deve-se buscar alcançar a tutela eficiente, efetiva e justa dos direitos violados ou ameaçados, numa perspectiva que transcende à esfera dos interesses meramente individuais das partes, objetivando também os interesses sociais mediatos.

O caráter instrumental constitui a própria essência do conceito de processo, definido por José de Albuquerque Rocha (2005, p. 200), em seu sentido lato, como uma “série ou sucessão de atos tendentes à produção de um resultado final [...]”

O processo jurisdicional estatal, como espécie desse gênero, não pode ser entendido de maneira dissociada de seu caráter finalístico. Tampouco a busca pela identificação dos escopos da jurisdição podem conduzir o jurista a colocações introspectivas ou pan-processualistas, que consideram por propósito do sistema processual jurisdicional a produção de decisões dotadas de definitividade. Essa visão alija o processo, a jurisdição estatal e, por conseqüência, o próprio Direito, de sua dimensão social e deontológica, fazendo falecer sua *funcionalidade* enquanto realidade cultural ou espiritual.

Impõe nessa oportunidade afirmar o Direito como objeto cultural ético, posto que constituído pela experiência humana e adicionado à realidade para atender a fins e valores específicos, quais sejam, declarar as regras de convívio social na busca pela realização da justiça e da segurança nas relações sociais.

Sobre a irredutível interação dos elementos normativo, social e valorativo na formação de qualquer fenômeno jurídico, assevera Miguel Reale (2002, p. 699):

Trata-se, como se vê, de uma *realidade espiritual* (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa etc.), na qual e pela qual se concretizam historicamente valores, ordenando-se as relações intersubjetivas consoante exigências complementares dos indivíduos e do todo social.

Nesse contexto, a melhor perspectiva, a que propicia uma visão mais ampla das reais aplicações e implicações da jurisdição estatal e do processo, é aquela que os examina sob o ângulo exterior a eles mesmos.

A primeira dimensão externa do processo a ser vislumbrada pela doutrina, ainda na fase autonomista, foi a do escopo jurídico que a jurisdição pretende realizar por meio dele.

Indagar a respeito do objetivo meramente jurídico que se pretende alcançar através do processo é buscar identificar os resultados que o mesmo produz dentro do próprio Direito, ou seja, sua repercussão nas relações jurídicas. E como já dito acima, utilizando-se da teoria de Giuseppe Chiovenda, o processo constitui um instrumento de atuação concreta da vontade do direito material,³⁵ este compreendido como o conjunto de princípios e normas que regulam as condutas intersubjetivas, tutelando os bens e utilidades da vida mais relevantes à manutenção da ordem social.

Mas a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua plenitude, transcende a seara meramente jurídica, ensejando o comprometimento dos sujeitos processuais com a promoção eficiente e efetiva também de desígnios políticos e sociais do processo, pois somente a consciência dos fins metajurídicos do processo e da atividade jurisdicional do Estado poderá ensejar a plena realização da função do Direito perante a sociedade, qual seja, a promoção do bem-comum, da paz e justiça sociais.

Sobre essa nova e atual dimensão da instrumentalidade do Direito Processual, assevera José Roberto dos Santos Bedaque (1995, p.16):

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.

1.4.1 Escopos sociais da jurisdição: pacificação, justiça e educação dos direitos

O Estado, enquanto sociedade política, deve desenvolver as atividades que lhe são inerentes - administração pública, legislação e jurisdição - sempre com o objetivo de organizar a vida social de forma a permitir o desenvolvimento concomitante da coletividade e de cada indivíduo que a integra, bem como a proteção e promoção dos bens e valores humanos, para tais fins exercendo o poder que lhe é atribuído pelo povo.

Assim, o legislador deverá elaborar normas jurídicas disciplinadoras das relações intersubjetivas, favorecendo o progresso social e individual e tutelando os bens da vida assim,

³⁵ Em contraposição à teoria de Chiovenda, Carnelutti vislumbra o processo como mecanismo de *justa composição da lide*, entendendo-se por *lide* o conflito de interesses regulado pelo Direito, e por *justa* a composição realizada nos termos das normas jurídicas. Em outras palavras, o processo seria instrumento de criação da norma que disciplinará o conflito de interesses concreto (LIEBMAN, 2005, p.22).

prevenindo a ocorrência de conflitos. Entretanto, a contraposição entre as infinitas necessidades humanas e a limitação dos bens úteis à satisfação dessas necessidades, somados ao livre arbítrio do indivíduo, possibilitam a prática de atos violadores dos preceitos materiais. Uma vez violados os direitos tutelados por essas normas materiais, o sistema jurídico precisa dispor de instrumentos capazes de recompor a normalidade quebrada pelo ato ilícito, erradicando o conflito e restabelecendo a harmonia no âmbito social, sob pena do Direito mostrar-se inócuo à sociedade.

O processo é exatamente esse instrumento de pacificação social, por meio do qual o Estado declara, imperativa e definitivamente, no caso concreto, a vontade do povo expressa através da lei, realizando-a praticamente.

A paz objetivada pelo Estado através processo judicial não pretende alcançar o *status* de solução consensual e voluntariamente aceita pelos litigantes, o que se busca é eliminar definitivamente, senão o conflito, pelo menos a instabilidade nas relações humanas estabelecendo, através dos pronunciamentos jurisdicionais, a segurança nos relacionamentos sociais.

O processo judicial é capaz de ensejar a pacificação social não apenas em razão segurança jurídica propiciada pela decisão judicial definitiva, mas também pelo fato da sociedade vislumbrar na jurisdição um meio legítimo de resolução de conflitos. Essa legitimidade é fundamentalmente sustentada pela observância das garantias constitucionais do devido processo legal, dentre elas o exercício do contraditório e da ampla defesa, a publicidade dos atos processuais e a exigência de motivação das decisões judiciais. A observância desses princípios constitucionais assegura a participação dos interessados na resolução dos conflitos, possibilitando o exercício de atos que interferirão na formação do convencimento do magistrado, agente público imparcial e independente, que proferirá sua decisão fundamentada nas provas constantes dos autos do processo e baseada em fontes jurídicas postas.

Entretanto, a missão de pacificação social do processo ainda não estaria completa se não houvesse a preocupação em realizá-la com justiça, elemento semântico essencial ao Direito.

A despeito da diversidade de conceitos acerca da justiça, merecem destaque as concepções aristotélica do justo distributivo - *dikaion dianemetikón*, segundo a qual justiça é igualdade geométrica, que leva em consideração a proporcionalidade, a existência de

desigualdades;³⁶ e a romana, em que justiça é a vontade de dar a cada um o que é seu (BITTAR; ALMEIDA, 2004, p. 442-443). De qualquer sorte, a justiça é indissociável da idéia de igualdade, valor humano ao qual o Direito deve impreterivelmente perseguir.

A respeito da projeção do Direito sobre a sociedade e sobre o indivíduo, na busca pela realização da justiça, assevera Miguel Reale (2002, p.706-707):

O Direito é *dever ser* que se projeta necessariamente no plano da experiência concreta, para que caiba o *seu* a cada um dos membros da comunidade e à comunidade mesma.

.....
É próprio, por conseguinte, do Direito proporcionar os bens, econômicos ou não, em uma ordem de coexistência, segundo um sentido de totalidade, ordem essa que é o *bem social* ou *bem comum*, isto é, *objetivação da justiça nos limites das circunstâncias histórico-sociais*: o bem comum é, por tal motivo, a medida histórica da justiça em plena concreção histórico-social, assim como a *equidade* representa a justiça em concreção particular [...].

Também Alf Ross (2003, p.43) enfatiza a função social que deve guiar o jurista:

Ademais, uma ciência do direito que ignora a função social do direito tem que resultar insatisfatória quando julgada segundo o critério do interesse em predizer as decisões jurídicas [...] o juiz não é motivado exclusivamente pelas normas jurídicas; também o é pelos fins sociais e pelo discernimento teórico das conexões sociais relevantes ao atingir daqueles fins. Por esta razão, tem-se exigido da ciência do direito, em especial modernamente, que dirija sua atenção para as realidades da vida social.

Embora não caiba ao juiz proferir decisões baseadas em seu próprio critério de justiça e equidade, posto que limitado à aplicação da lei, compete-lhe fazer uso desses juízos ao valorar as provas e os fatos concretos trazidos a seu conhecimento para a solução do litígio e, ainda, optar pela interpretação (teleológica) da lei que melhor satisfaça o ideal de justiça social.³⁷

³⁶ Dentre inúmeras correntes que pretenderam explicar o que é justiça, pode-se ressaltar as teorias e Platão (428-347a.C.), Aristóteles (384-322 a.C.) e dos juristas romanos (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) como aquelas que mais influenciaram o pensamento ocidental. Aristóteles, considerado o fundador da teoria da justiça, criou o conceito do justo distributivo que se refere a todo tipo de distribuição de bens promovida pelo Estado (*politéia*) em prol dos governados (relação do tipo público-privado). A justiça distributiva atingirá seu objetivo se conferir a cada um o que lhe é devido numa razão de proporcionalidade participativa, ou seja, se promover uma igualdade de acordo com as desigualdades entre as pessoas relacionadas – igualdade proporcional.

³⁷ Vide o já referido artigo 5º do Decreto-Lei no. 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), *in verbis*: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Sobre esse dispositivo legal, declina Sílvio de Sávio Venosa (2004, p. 196-197) que se trata de um verdadeiro divisor de águas em matéria de interpretação, retratando o rompimento do ordenamento jurídico brasileiro com a escola da exegese, sob influência da qual foi editado o Código Civil de 1916. A partir dessa norma, o juiz abandonou a postura hermenêutica passiva, tornando-se verdadeiro investigador da realidade social concreta, das necessidades e anseios coletivos, os quais devem prevalecer sempre que estejam em conflito com o interesse meramente individual. Assevera o autor, ademais, que a referida norma deverá ser levada em consideração pelo intérprete independentemente da técnica hermenêutica utilizada.

Além de promover a pacificação social através da justiça e da segurança jurídica, Cândido Rangel Dinamarco (1996, p.162) aponta também a educação para o exercício dos direitos como objetivo que a jurisdição visa a realizar por meio do processo.

Trata-se da educação dos cidadãos para a busca da efetivação dos direitos tutelados juridicamente, o que impescinde do prévio conhecimento de quais são esses direitos e seus correlatos deveres, além da garantia do acesso de todos ao Poder Judiciário e da confiança que a sociedade deposita na jurisdição para a resolução justa e efetiva dos conflitos.

De forma mediata, a educação para a defesa dos direitos colabora para a pacificação propiciando um ambiente social promissor à busca pela resolução dos conflitos, seja por meios privados pacíficos como a autocomposição e a arbitragem, seja por intermédio da função jurisdicional do Estado, evitando, assim, que as insatisfações avultuem-se a ponto de instalar-se um clima generalizado de hostilidade e desagregação entre os indivíduos e entre eles e o Estado.

Sobre a importância social da conscientização para a defesa dos direitos, enfatiza Jorge Miranda (1998, p. 229) que “a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efectivar ou por eles serem violados.”

Por fim, conclui-se que os ideais de efetividade e legitimidade almejados pelos constitucionalistas e processualistas modernos passam impreterivelmente pela dimensão sociológica do processo, já que o alcance daquelas aspirações está condicionado à aptidão do processo para eliminar o ambiente de instabilidade social decorrente do conflito intersubjetivo, garantindo a realização prática, justa e definitiva dos direitos subjetivos.

1.4.2 Escopos políticos da jurisdição: consecução dos princípios constitucionais fundamentais, afirmação do poder estatal, promoção das liberdades públicas e participação no Poder Público

Além dos escopos jurídicos e sociais, o processo apresenta-se também como um instrumento jurídico por meio do qual o Estado, através da atividade jurisdicional, promove a consecução de seus ideais políticos, consubstanciados nos fundamentos, estrutura e objetivos

fundamentais postos, no Brasil, pelo legislador constituinte originário de 1988, nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal, e proclamados em seu preâmbulo,³⁸ *in verbis*:

PREÂMBULO

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

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

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

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses princípios político-constitucionais positivam mandamentos fundamentais norteadores de todo o sistema constitucional e, em última análise, de todo o ordenamento jurídico nacional, representando a lógica e a essência dos ideais políticos e jurídicos do Estado brasileiro, nessa qualidade orientando as atividades administrativa, executiva e jurisdicional.

A respeito dos princípios constitucionais fundamentais, denominados por Canotilho (1993, p. 345) de princípios estruturantes, assevera esse constitucionalista português:

Individualizados e caracterizados de forma muito variada pela doutrina ('determinações jurídico-constitucionais da estrutura do Estado', 'princípios estruturantes do Estado', 'princípios ordenadores', 'princípios directores', 'fundamento da ordem constitucional', 'estruturas fundamentais do Estado constitucional'), eles designam os princípios constitutivos do 'núcleo essencial da constituição', garantindo a esta uma determinada *identidade e estrutura*. Possuem, em geral duas dimensões: (1) uma *dimensão constitutiva*, dado que os princípios [...] exprimem, indicam, denotam ou constituem uma compreensão global da ordem constitucional; (2) uma *dimensão declarativa*, pois estes princípios assumem, muitas vezes, a natureza de 'superconceitos', de 'vocábulos designantes', utilizados para exprimir a soma de

³⁸ "Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como *elemento de interpretação e integração* dos diversos artigos que lhe seguem" (MORAES, 2007, p. 15).

outros 'subprincípios' e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas.

A Constituição Cidadã representa o ápice jurídico do processo de redemocratização iniciado no país no ano de 1985, consumando a ruptura com o regime autoritário militar e implantando, no Brasil, novas diretrizes políticas fundamentais consentâneas com o regime do Estado Democrático de Direito de conteúdo social, apoiado nos valores de igualdade substancial, liberdade, solidariedade, soberania popular, nos direitos e garantias fundamentais inerentes à personalidade humana, na ampla e livre participação popular na vida política, econômica, social e cultural da nação. Sobre o regime político brasileiro, declina José Afonso da Silva (2006, p. 125):

[...] a Constituição institui um Estado Democrático de Direito, 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, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se assim de um regime democrático fundado no princípio da soberania popular, segundo o qual todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, ou diretamente (parágrafo único do art. 1º).

O processo insere-se nesse panorama como instrumento público garantidor da proteção e promoção dos princípios e objetivos fundamentais enunciados na Constituição Federal, os quais convergem para a realização concreta do Estado Democrático de Direito.

Cândido Rangel Dinamarco (1996, p.168-171) aponta, ainda, como objetivos institucionais a serem buscados por meio do processo:

- a) a afirmação do poder de império do Estado exercido através da obrigatoriedade das decisões judiciais;
- b) a promoção e garantia das liberdades públicas³⁹ dos indivíduos face ao Estado e a outros particulares;
- c) e, finalmente, assegurar a participação democrática dos cidadãos nos destinos da sociedade política.

³⁹ "A palavra liberdade, aqui empregada, não deve ser entendida apenas como liberdade de ir e vir, ou liberdade de expressão [...] significando garantia fundamental. Liberdades públicas: estas é que devem ser asseguradas pelo Estado-juiz no exercício da atividade jurisdicional. Trata-se de uma limitação do poder estatal, o qual não pode ser absoluto, sob pena de se contrariarem os cânones do Estado Democrático de Direito" (CÂMARA, 2007, p. 87).

A partir desses três âmbitos de aplicação política do processo, podem ser identificados três fundamentos do Estado Democrático de Direito: a soberania do poder estatal, a tutela dos direitos e garantias fundamentais e a soberania popular.⁴⁰

Sobre a afirmação da imperatividade do poder estatal enquanto escopo político da função jurisdicional, afirma com propriedade Paulo Bonavides (2007, p.1117):

[...] o Estado que possui o monopólio da coação organizada e incondicionada, não somente emite regras de comportamento senão que dispõe dos meios materiais imprescindíveis com que impor a observância dos princípios por ventura estatuídos de conduta social.
Atua o Estado por conseguinte na ambiência coletiva, quando necessário, formando aquele vasto círculo de segurança [...]

É de fato, no exercício da jurisdição, instrumentalizada pelo processo, que o Judiciário afirma a imperatividade do poder estatal na organização da vida social, na garantia da ordem jurídica posta e na pacificação dos conflitos sociais.

O Estado, por meio de agentes devidamente investidos - juiz natural - conhece o conflito, declarando a vontade da lei material no caso concreto, impondo sua decisão como definitiva e de maneira inevitável aos jurisdicionados, mais precisamente aos litigantes, inclusive mediante o uso da coação, se necessário.

Como afirma Dinamarco (1996, p.170), o exercício imperativo do poder estatal na resolução definitiva dos conflitos sociais é condição indeclinável à preservação da própria sociedade política.

É claro que, em cada caso, o ordenamento jurídico-substancial fica realizado concretamente; mas é inegável que, na continuidade do exercício do poder, o próprio Estado sai reafirmado em sua condição de entidade responsável pela organização da vida social e sai reafirmada a autoridade do seu ordenamento jurídico. Se o Estado deixasse cada um à sua própria sorte, talvez no caos da autotutela e sem o amparo da jurisdição pacificadora, por certo que de nada valeria o melhor dos sistemas jurídicos-substanciais; seria a renúncia à própria subsistência da organização política da sociedade, sendo inconcebível a sociedade política sem o processo e a jurisdição.

Já o escopo político de preservação das liberdades públicas realiza-se, segundo aquele autor, através da chamada jurisdição constitucional das liberdades, ações constitucionais como o *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, postas como meios processuais hábeis à proteção concreta e efetiva dos direitos fundamentais dos

⁴⁰ Paulo Bonavides (2007, p.137) esclarece a distinção entre soberania do Estado e soberania no Estado. A primeira deve ser entendida como a "preeminência do grupo político - o Estado, seu ascendente hierárquico sobre os demais grupos sociais internos e externos [...]. A soberania no Estado formaria ao revés, outra categoria de problemas [...], na determinação da autoridade suprema no interior do Estado, na verificação hierárquica dos órgãos governativos da comunidade política e sobretudo na justificação da autoridade conferida ao sujeito ou titular do poder supremo."

cidadãos. A existência desses remédios constitucionais encontra-se, em última análise, fundada na própria garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário – artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. O mandado de injunção, exemplificativamente, é o remédio constitucional apropriado para a tutela jurisdicional de direito subjetivo constitucional, cujo exercício esteja tolhido em razão da falta de norma regulamentadora. Nesse caso, a omissão do órgão competente em editar a norma regulamentadora de preceito constitucional autoriza ao Poder Judiciário, por meio do mandado de injunção, editar a norma aplicável àquele caso concreto.⁴¹

Um último escopo político que se vislumbra alcançar por meio do processo é a participação democrática nas decisões pelo Poder Público. A soberania popular constitui o fundamento de ações como a ação popular, por meio da qual o povo exerce, preventiva ou repressivamente, a fiscalização do Poder Público, possibilitando a qualquer cidadão pleitear a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio-ambiente e ao patrimônio histórico e cultural - artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal.

Ação civil pública, de titularidade do Ministério Público, é outro instrumento processual constitucional voltado ao exercício do controle popular sobre a probidade dos atos dos agentes públicos, bem como à observância de todos os outros princípios da Administração Pública e, ainda, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos - art. 129, inciso III, da Carta Magna.

Por fim, conclui-se que os objetivos políticos que a jurisdição tende realizar por meio do processo coaduna-se com os regimes social, democrático e de direito adotados pela atual Constituição Federal brasileira, sepultando definitivamente a visão privatista do processo e demonstrando que seus desígnios transcendem aos interesses meramente particulares dos litigantes, voltando-se de forma mais ampla à realização do bem-estar da coletividade. A compreensão da instrumentalidade do processo e a predisposição dos agentes públicos em realizar os escopos que o Estado Democrático de Direito lhes impõem, enseja, inexoravelmente, a busca pela efetividade do processo, ou seja, a busca por um sistema processual capaz de conduzir à realização plena de sua missão política, social e jurídica.

⁴¹ Vide art. 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal.

2 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

De acordo com J. J. Calmon de Passos (2002, *on line*), a consciência das matizes políticas do processo ensejou, na segunda metade do século XX, o que o doutrinador chama de *constitucionalização do processo* produzindo, dentre outras mudanças ontológicas, a ascensão do direito de ação “à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir um direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como *devido processo constitucional* .” Corroborando com essa perspectiva tem-se que a Constituição Federal, enquanto norma suprema do Estado, estabelece as diretrizes fundamentais do Direito Processual traçando os princípios da organização judiciária e do processo, bem como disciplinando a jurisdição constitucional. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 85)

Fala-se, assim, em princípios constitucionais processuais para aludir-se aos princípios gerais contidos na Constituição,¹ que informam o processo quanto ao seu modo de ser, quanto às técnicas empregadas na condução do processo, no sentido de conduzir legitimamente a jurisdição à realização de seus fins jurídicos, políticos e sociais, mormente orientando-o como instrumento público, à efetiva realização da justiça social e dos direitos subjetivos inter-

¹ Sobre a importância de um sistema constitucional constituído por normas principiológicas e normas regras, enfatiza Canotilho (1993, p.168): "A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expôr, permite a descodificação, em termos de um 'constitucionalismo adequado' (ALEXY: *gemässigte Konstitutionalismus*), da estrutura sistemática, isto é, possibilita a compreensão da constituição como *sistema aberto de regras e princípios*. Um modelo constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - *legalismo* - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. [...] O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (ALEXY: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema."

relacionando, dessa forma, o ordenamento jurídico, a sociedade e o indivíduo (GRINOVER, 1973, p. 14).

Canotilho (1993, p.169) aponta os princípios como regras indispensáveis à otimização do sistema jurídico face aos valores que exprimem como liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito, “desempenhando uma *função normogenética e uma função sistêmica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.”

Dentro da classificação do autor português (CANOTILHO, 1993, p.173 e 385), os princípios constitucionais voltados especificamente à tutela do direito ao processo constituem espécies de princípios-garantia, pois objetivam instituir garantias inalienáveis aos cidadãos. Essas garantias constitucionais ligam-se, no Estado Democrático de Direito, aos ideais de um procedimento justo e adequado de acesso à tutela efetiva dos direitos subjetivos, haja vista que a realização da justiça social constitui valor basilar desse regime jurídico.

Desta feita, os fins jurídicos, políticos e sociais almejados por meio do processo e os princípios constitucionais que norteiam seu desenvolvimento, afirmam, de maneira indeclinável, sua natureza ética, deontológica, afastando a idéia de uma postura neutra diante das normas procedimentais. Esses objetivos incumbem os sujeitos processuais da busca por formas mais idôneas e eficientes para alcançar a verdade e a justiça no caso concreto, por meio do processo jurisdicional observador da ordem jurídica posta.

A utilização teleológica de técnicas processuais como meios preordenados para a obtenção eficiente dos resultados buscados através do processo não o desnatura como instrumento ético, ao contrário, reafirma a primazia desses objetivos éticos sobre a própria técnica processual.

Magistral a explanação de Cândido Dinamarco (1996, p. 224-225) a respeito da relação teológica entre técnica e a instrumentalidade do processo:

Tem-se por *técnica* a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental [...]. Daí a idéia de que **todo objetivo traçado sem aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados.** [...] A técnica está a serviço da eficiência do instrumento, assim como este está a serviço dos objetivos traçados pelo homem e todo o sistema deve estar a serviço deste (grifou-se).

Assim, o processo, enquanto meio para consecução de fins éticos e desenvolvendo-se em observância às normas principiológicas é, ele mesmo, um instrumento ético, não podendo

confundir-se com as normas técnicas de que se utiliza para alcançar esses objetivos. Põe-se, portanto, que o procedimento empregado ao processo para conduzi-lo à realização de seus objetivos não é eticamente neutro, nem seus objetivos poderiam ser legitimamente alcançados sem a observância do procedimento ético.

Diante dessa realidade complexa e interativa que envolve o indivíduo, a sociedade e o Direito, os juristas devem vencer o tradicional e limitado apego ao objetivo jurídico da jurisdição, enfrentando o grande desafio de utilizar a melhor técnica processual como instrumento hábil e eficiente para o alcance também de seus fins sociais e políticos, sem que a excelência da técnica procedimental sacrifique os propósitos éticos do processo e sem que a observância à forma escravize o direito.

Impõe-se, portanto, vislumbrar a ação e a jurisdição para além de sua natureza meramente técnico-jurídica. Deve-se compreendê-las como instrumentos de efetivação das normas materiais não observadas voluntariamente e, ao mesmo tempo, de promoção da paz social e de realização dos valores inerentes ao Estado Democrático de Direito: a primeira, enquanto direito subjetivo de iniciar o processo; e a segunda como atividade estatal exercida por meio do processo para à realização daqueles propósitos. Assim, o direito à ação ou à jurisdição constitui direito fundamental tutelado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, destinado a garantir o acesso ao Poder Judiciário para dele obter, de forma efetiva, a tutela dos direitos declarados nas normas materiais e a realização da justiça social.²

Convém a esta altura transcrever as palavras de Chiovenda (2002, p.67) sobre a natureza teleológica do processo, texto esse que devidamente adaptado à moderna concepção de instrumentalidade expressa o verdadeiro sentido do ideal de efetividade do processo: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”

Resta indubitável, portanto, que o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário, nesse atual contexto jurídico, político e social do Estado Democrático de Direito, não pode ter sua compreensão limitada à garantia do direito de obter do Poder Judiciário um provimento jurisdicional de natureza abstrata, ou unicamente à garantia da aceitação formal dos litigantes

² Não se deve confundir o direito de ação com o direito de petição garantido no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal, que visa assegurar o direito de reclamar, junto ao Poderes Públicos, contra a prática de ilegalidade ou abuso de poder solicitando providências, apresentando como dever correspondente a resposta da autoridade destinatária. Enquanto o direito de ação possui a natureza de direito público subjetivo, o direito de petição é direito de natureza política.

em juízo, o que constitui apenas alguns de seus importantes aspectos. É certo que a lei, para coadunar-se com os fundamentos desse regime político não poderá restringir o acesso do cidadão aos órgãos jurisdicionais seja em razão da natureza do direito postulado, seja em virtude do valor econômico que pretende realizar em juízo ou, ainda, em decorrência da falta de condições financeiras para arcar com as despesas processuais.³ Essa universalização do processo e da jurisdição somente poderá ser excepcionada nas hipóteses expressamente previstas em lei.⁴

Além de assegurar o ingresso em juízo e o direito a uma decisão judicial, a garantia de acesso à justiça objetiva também a ampliação dos mecanismos capazes de estender os efeitos do provimento jurisdicional ao maior número possível de beneficiários, através do incremento de pessoas e entidades legitimadas a postular judicialmente em defesa de direitos coletivos e difusos, além da previsão de ações próprias para esse fim, como o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade.

Paralelamente a esses aspectos do direito fundamental de acesso à justiça, o significado que aqui se pretende ressaltar é o da busca pela concreta e efetiva tutela dos direitos subjetivos por meio de um procedimento lógico, adequado quanto à forma, econômico e realizado em prazo razoável, um processo capaz de promover a efetiva tutela do direito subjetivo, tudo em estrita observância aos valores inerentes à dignidade humana.

Esses três aspectos da acessibilidade à justiça ou, como preferem alguns, garantias de acesso à ordem jurídica justa, foram denominados por Mauro Cappelletti (2002) como as *três grandes ondas do acesso à justiça*, e representariam um movimento ou conjunto de esforços voltados à incrementação e efetividade dos mecanismos de pacificação social. Nesse trabalho, o autor italiano desenvolve minucioso estudo sobre as dimensões da expressão “acesso à justiça”, aponta os principais óbices a serem transpostos para a efetiva garantia desse direito, além indicar e comentar várias experiências internacionais que obtiveram êxito na melhoria da acessibilidade à justiça.

Segundo Cappelletti (2002), a primeira onda renovatória desse movimento reformista teria se iniciado no Ocidente, a partir de 1965, primeiramente nos Estados Unidos e, depois, na França, Suécia e na Província Canadense de Quebeque, quando várias medidas foram

³ Note-se quanto aos destinatários do artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior, que além de dirigido ao Estado-juiz, esse princípio também veda ao legislador editar normas que impeçam ou dificultem o acesso à jurisdição.

⁴ Sobre limitações à jurisdição estatal, v. item 1.3.

implementadas no sentido de aperfeiçoar o sistema de assistência judiciária gratuita até então existente, em prol dos hipossuficientes econômicos, passando a conceder-lhes isenção do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, com o fito de neutralizar o obstáculo econômico que impede grande parte da população de servir-se da jurisdição prestada pelo Poder Judiciário.⁵

Nesse tocante, o sistema processual brasileiro é referência mundial, já de muito assegurando a assistência judiciária gratuita aos “pobres na forma da lei”, através da Lei 1.060/50, havendo ampliado essa garantia por meio do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral, sendo esta mais ampla do que aquela, visto que engloba, além da assistência em processos judiciais, também a assistência extraprocessual.

A segunda onda renovatória, de acordo com Cappelletti (2002), enfatiza a necessidade de se romper com a visão liberal de que a ação somente poderia ser ajuizada para a defesa de interesse próprio do autor. Nesse intuito promoveu-se a incrementação de mecanismos processuais adequados à tutela dos interesses supra-individuais, como o direito a um meio-ambiente equilibrado, o direito do consumidor, o direito ao patrimônio cultural, histórico e artístico. Também nessa seara, a Carta Magna brasileira mostra sua posição de vanguarda prevendo vários tipos de ações que têm por objetivo proteger interesses difusos e coletivos, dentre elas, a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

A terceira e atual onda renovatória apontada por Mauro Cappelletti (2002) é aquela em que os Estados preocupam-se com a aptidão das instituições e a eficiência dos mecanismos e dos procedimentos disponíveis para a prevenção e solução das disputas sociais, enfatizando a preocupação com a qualidade da jurisdição prestada aos jurisdicionados e com a utilidade dos

⁵ Anteriormente a esse movimento, já em 1919, a Alemanha ressarcia as despesas realizadas por advogados particulares no exercício da assistência judiciária, não havendo pagamento de honorários advocatícios, o que somente passou a ocorrer a partir de 1923; na Inglaterra, em 1949, foi criado o *Legal Aid and Advice Scheme*, ligado à associação nacional de advogados, sendo reconhecida a necessidade de remunerar-se advogados particulares responsáveis pelo aconselhamento jurídico e pela assistência judiciária. Já na segunda metade do século XX, a mais significativa reforma na área da assistência judiciária deu-se na Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Ocidental com o sistema *judicare*, no qual se reconhece a assistência judiciária como um direito de todo indivíduo que se encaixe no perfil legal de hipossuficiência econômica, passando o Estado a remunerar advogados particulares para a representação dos mesmos. Nos Estados Unidos, o *Legal Service Corporation Act*, de 1974, implantou um serviço de assistência judiciária diferente do *judicare*, com advogados remunerados pelo erário público, trabalhando em pequenos escritórios localizados próximos às comunidades pobres, e tendo como objetivo principal a criação de uma categoria de profissionais eficientes e conhecedores das dificuldades reais enfrentadas pelas classes desfavorecidas, seja pelo desconhecimento de seus direitos, seja pelos obstáculos encontrados para seu exercício. (CAPPELLETTI, 2002, p.32-43)

provimentos jurisdicionais, na busca pela justa e efetiva satisfação do direito subjetivo violado ou ameaçado. O autor aponta, ainda, as vantagens inerentes aos meios alternativos de pacificação social como a arbitragem e a conciliação.

Sobre os objetivos almejados por essa terceira onda, chamada por Cappelletti (2002, p. 71) de *o enfoque do acesso à Justiça* dada sua amplitude, bem mais abrangente que as duas anteriores, ressalta o autor:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas ligadas ou paraprofissionais, tanto como juizes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Enfim, para esse jurista italiano, o termo “acesso à justiça”, apesar de difícil definição, deve ser compreendido a partir das finalidades básicas que todo sistema processual contemporâneo deve almejar: a igual acessibilidade de todos à justiça e a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos. Essa acepção do acesso à justiça representa uma evolução da garantia meramente individualista e formal de acesso à justiça, característica dos Estados Liberais burgueses, já que no Estado Democrático de Direito todos quantos exerçam funções jurídicas devem ter por objetivo realizar materialmente o bem coletivo, partindo da identificação e compensação das reais diferenças existentes entre as pessoas.

Sobre a evolução do conceito de acesso à justiça, assevera Cappelletti (2002, p. 11-12 e 93-94):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas declarar os direitos de todos. [...]

Um sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto autores, quanto como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidade e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização de conhecimentos técnicos bem como jurídicos.

No amplíssimo terreno desse terceiro momento evolutivo do conceito de acesso à justiça, o que se pretende enfatizar por meio deste trabalho é a importância das garantias processuais inseridas no princípio do devido processo legal, as quais representam os veículos jurídicos responsáveis pela inserção dos valores democráticos no processo.

2.1 Garantias do devido processo legal

Hodiernamente, a quase totalidade das constituições democráticas estabelece o direito fundamental individual e dos grupos sociais ao processo e suas respectivas garantias. Mas foi a Emenda V, incorporada à Carta norte-americana em 1791, a primeira a assegurar a cláusula nomeada como *due process of law* a nível constitucional, basicamente sintetizando o que já havia sido objeto de declaração na Magna Carta, de 1215, na lei inglesa *Statute of Westminster of the Liberties of London*, datada de 1354 (durante o reinado Eduardo III), na Declaração dos Direitos de Virgínia, de 1776,⁶ e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, havendo proclamando aquela Emenda:

[...] nenhuma pessoa poderá responder por qualquer grave ou infame crime senão mediante apresentação e libelo de um grande júri, exceto nos casos surgidos nas forças militares e policiais, quando em serviço no tempo de guerra ou em perigo público, nem poderá pessoa alguma, pela mesma ofensa, por mais de uma vez, ter exposta a vida ou integridade, nem ser compelida em qualquer caso criminal a testemunhar contra si mesmo, nem ser privada de sua vida, liberdade ou propriedade *sem o devido processo legal*; nem ter bens expropriados sem justa indenização.

Como antecedente histórico do princípio do *due process of law*, já foi dito que a doutrina aponta a idéia de *law of the land* aposta no artigo 39, da *Magna Carta Libertatum*, de João Sem Terra, datada de 1215, no qual ficou garantido o direito ao prévio julgamento por “seus pares e pela lei da terra”. Esse documento impôs ao monarca a supremacia da lei e outorgou outros direitos individuais à nobreza inglesa, antecipando aspectos fundamentais do movimento constitucionalista que somente viria florescer no final do século XVIII. A expressão *due process of law*, entretanto, foi originalmente utilizada em 1354, na Lei inglesa *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

Já na modernidade, e posteriormente àquela Emenda V, foi também incorporada à Constituição de Filadélfia, em 1791, a Emenda XIV, assegurando que “[...] nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o *devido processo legal*, nem denegará dentro de sua jurisdição, a qualquer pessoa, a igual proteção das leis.”

⁶ Antes da incorporação da Emenda V à Constituição da Filadélfia, as Declarações de Direitos da Virgínia (16.08.1776), Maryland (03.11.1776), da Carolina do Norte (14.12.1776), de Massachusetts (25.10.1780) e de New Hampshire (02.06.1784) já adotavam a garantia da *law of the land*, originalmente prevista na Magna Carta de 1215.

Na história constitucional brasileira, a Carta de 05 de outubro de 1988 foi a primeira a prever expressamente o princípio do devido processo legal: “Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Em relação ao termo *due*, afirma Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 71), citando Vincenzo Vigoriti, que deve ser compreendido como sinônimo de *justo*. Dessa forma, a garantia do devido processo legal assegura um processo, acima de tudo, justo: “Assim, o que de fato implantou o constitucionalismo norte-americano não foi a garantia de uma tutela jurisdicional regular ou correta, mas sobretudo a garantia de um *processo justo*.”

Compreendido em suas dimensões deontológica e teleológica, as potencialidades dessa garantia fundamental do processo, distantes de esgotarem-se, permanecem em constante formulação e aprimoramento de soluções práticas que realizem um processo jurisdicional pautado no amplo e equilibrado exercício dos direitos de ação e de defesa, um processo conduzido em estrita observância aos ideais de igualdade (material), liberdade e solidariedade social, e que tenha o objetivo de promover a justa pacificação dos conflitos sociais e da tutela dos direitos subjetivos. Ratificando a historicidade do conteúdo atribuído ao princípio do devido processo legal e sua relação com o contexto político, social e econômico do país, assevera Ada Pellegrini (1973, p. 35):

Por não representar a projeção eternamente ideal, a cláusula é uma proposição que oferece elementos em branco, cuja determinação varia com o variar das condições histórico-políticas e econômico-sociais do momento. Somente em uma perspectiva histórica é possível individuar o fundamento objetivo da cláusula.

Apesar da variação espacial e temporal do conteúdo da cláusula do devido processo legal, em observância às particularidades históricas de cada sociedade política, pode-se encontrar, em sua essência, a fórmula que cada Estado põe, através de suas normas jurídicas processuais, para garantir o pleno acesso à jurisdição, para legitimar o exercício do poder jurisdicional, para buscar provimentos jurisdicionais mais justos, efetivos e conformes com a ordem jurídica estabelecida.

O princípio do devido processo legal busca, assim, a adequação dos meios aos fins, posto que, de um lado estabelece um procedimento pautado no tratamento isonômico das partes e, de outro, leva à solução justa da demanda. Justa porque proferida em conformidade com os padrões éticos daquela nação e, reconhecidos por meio das normas jurídicas estatais.

O devido processo legal é essa fórmula que busca formal e materialmente a realização concreta da justiça, desenhando o perfil de um processo jurisdicional democrático. Sobre o conteúdo da garantia do devido processo legal, afirma Nelson Nery Júnior (2004, p. 60):

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do 'devido processo legal' o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular.

A partir do aprimoramento doutrinário e jurisprudencial, o devido processo legal passou a constituir não apenas um princípio a ser observado pelo magistrado no curso do processo, tendo ascendido a *status* de garantia geral da ordem jurídica e de justiça, nessa qualidade passando a vincular também toda a atividade criativa do legislador no sentido de vedar qualquer limitação legal arbitrária dos direitos fundamentais, dos quais o Estado-juiz passa a guardião através, por exemplo, das declarações de inconstitucionalidade. Verifica-se, assim, que a cláusula do devido processo legal passou a apresentar dois conteúdos, um processual e outro substancial: o *procedural due process of law* e o *substantive due process of Law*,⁷ na linguagem americana do *common law*, posto que, além de tutelar o processo, tutela também os direitos à vida, à liberdade⁸ e à propriedade.

O presente trabalho, ao focar a garantia de acesso à justiça, destina-se especificamente ao estudo do *procedural due process of law*. Nessa seara, a doutrina aponta três princípios constitucionais que representariam os mais significativos instrumentos de garantia do devido processo legal: os princípios do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e da razoável duração do processo.

2.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, prevê o contraditório e a ampla defesa como garantias dos processos judiciais e administrativos: “Art. 5º [...] LV - aos

⁷ Nelson Nery Júnior (2004, p. 67) aponta como origem do *substantive due process of law* a apreciação pela Suprema Corte norte-americana, em 1798, do caso *Calder versus Bull*, no qual se firmou o entendimento de que "os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que ferirem os direitos fundamentais ofendem *ipse facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo Poder Judiciário."

⁸ A garantia do devido processo legal como pressuposto para aplicação da pena, equivale à regra *nulla poena sine judicio*.

litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” A Carta de 05 de outubro de 1988 inovou ao assegurar o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos, posto que, anteriormente a essa Constituição, somente eram previstos para o processo judicial.

Estatuídos num mesmo dispositivo constitucional, tem-se aqui dois princípios fundamentais do processo intimamente relacionados entre si.

O princípio da ampla defesa assegura às partes o direito a um processo em que lhes seja oportunizada a apresentação de suas argumentações e a produção de todos os meios probatórios na defesa de seus interesses, com exceção das provas ilícitas.⁹ É a garantia da possibilidade de levar ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, compreendendo, também, o direito à representação processual por meio de advogado¹⁰ para a formulação da *defesa técnica*, além do poder de recorrer da decisão que lhe seja desfavorável.

A garantia constitucional da ampla defesa exige como condição de afetação da esfera jurídica do indivíduo, que lhe seja previamente assegurado o direito à informação dos atos ocorridos no curso do processo, para que tenha a possibilidade de exercer o direito de defender-se diante da pretensão aduzida pela parte adversa, apresentando contra-alegações e contraprovas, tudo isso no exercício do contraditório.

O princípio do contraditório, garantido pela ciência e audiência bilateral dos interessados, permite o estabelecimento da dialética processual, por meio da qual o autor formula a tese, o promovido, a antítese e, como resultado, o magistrado conclui com a síntese, consubstanciada no provimento jurisdicional.

⁹ Sobre a possibilidade de utilização de prova ilícita, pondera Alexandre de Moraes (2007, p. 104-105) que "as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos sob pena de total desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Desta forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado. [...] Note-se que não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e, conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a *ausência de ilicitude* dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em *legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais*, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas." Esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nas seguintes decisões: STF - 1ª T. - Rextr. No. 212.081-2/RO - Rel. Min. Octávio Gallotti, *Diário da Justiça*, 27 mar. 1998, p. 23; STF - 1ª T. HC no. 74.678-1/SP - Rel. Min. Moreira Alves, votação unânime, *Diário da Justiça*, Seção I, 15 ago. 1997; STF - Pleno - HC no. 75.3388/RJ/ Rel. Nelson Jobim, decisão: 11 mar. 1998.

São atos praticados no exercício do contraditório, por exemplo, a citação do promovido para, querendo, defender-se na ação em face dele proposita; e, a intimação da parte para manifestar-se sobre documento apresentado pela parte adversa.

A observância do contraditório é a própria garantia de um processo justo e democrático, em que se assegura a participação ativa dos litigantes na formação do convencimento do magistrado ensejando-lhe o dever de oportunizar essa participação em observância às regras processuais e, ainda, levar em consideração as alegações e as provas produzidas pelas partes no decorrer do processo quando da formulação do provimento jurisdicional devendo, em sua decisão, fazer expressa referência aos motivos fáticos e jurídicos que lhe ensejaram o convencimento, sob pena de sua nulidade absoluta - artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

O direito de ser ouvido face à pretensão que lhe é desfavorável e o direito de influir sobre a decisão do magistrado não impede este último de adotar providências urgentes como, por exemplo, conceder liminares, ante o risco de dano irreparável, sem a prévia oitiva da parte contrária, desde que o provimento jurisdicional não seja definitivo havendo, portanto, a possibilidade do exercício do contraditório em momento processual posterior, antes da decisão final, que será proferida em consideração às razões de ambas as partes.

O princípio do contraditório, concomitantemente ao aspecto jurídico ora analisado, apresenta também um conteúdo político, que se refere ao fato de que a garantia do direito de participação dos interessados no processo e sua influência no convencimento do magistrado confere legitimidade¹¹ ao poder exercido pelo Estado no exercício da jurisdição, mormente quando da prolação da decisão judicial e da utilização dos meios coercitivos eventualmente empregados no cumprimento desse *decisum*. A legitimidade do poder exercido na prática dos atos processuais resulta, fundamentalmente, da condição deles serem realizados com a participação daqueles sujeitos que serão diretamente atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional, tudo em estrita observância com os princípios do Estado Democrático de Direito.

¹⁰ Conforme artigo 133 da Constituição Federal, o advogado exerce função essencial à administração da justiça.

¹¹ "Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legitimado. A legitimação do juiz só pode ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções "(CÂMARA, 2007, p. 58).

Há de observar-se, ainda, que a doutrina reporta-se à garantia de um *contraditório efetivo e equilibrado*, que resulta da aplicação concomitante dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade processual.

Sobre a relação existente entre esses princípios constitucionais do processo, parte dos doutrinadores considera que as garantias do contraditório e da ampla defesa são indissociáveis do tratamento isonômico dos litigantes, pelo que consistiriam, os primeiros, a própria garantia de igualdade aplicada ao processo.

À parte dessa discussão, verifica-se que o processo justo e, portanto, consentâneo com a garantia do devido processo legal, é aquele em que se assegure o direito à participação efetiva e equilibrada das partes na formação do convencimento do julgador, em igualdade de oportunidades.

O princípio geral de igualdade encontra-se estatuído no *caput* do artigo 5º da Lei Fundamental, enquanto a igualdade processual está prevista no artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

A concepção de igualdade no Estado Democrático em muito se difere do conteúdo negativo de igualdade do Estado Liberal. Neste último, a igualdade tutelada pela lei era meramente formal, limitando-se a reconhecer a todos os cidadãos a igualdade de direitos e obrigações, vedando privilégios e discriminações. A partir do Estado Social e, ainda, no Estado Democrático de Direito, o ideal de igualdade passa, inexoravelmente, pelo reconhecimento das diferenças sócio-econômicas entre as pessoas e pela busca do equilíbrio entre essas diferenças materiais, daí a chamada igualdade material ou substancial, em contraposição àquela igualdade formal.

Esse conceito contemporâneo de igualdade impõe ao Estado legislador e ao juiz uma atitude positiva no sentido de identificar as diferenças de fato existente entre as pessoas e de criar condições concretas capazes de compensar essas desigualdades, assim propiciando um ambiente de igualdade real e, portanto, consentâneo com a pretendida justiça social almejada pelo Estado Democrático de Direito.

No âmbito do Direito Processual Civil, pode-se apontar o artigo 188, do Código de Processo Civil¹², como exemplo de dispositivo legal fundado no princípio da igualdade substancial, visto que confere prerrogativas de prazo em prol das Fazendas Públicas e do Ministério Público justificadas pelo interesse público que representam e pela burocracia inerente à Administração Pública, que poderia ter sua participação no processo prejudicada pela aplicação dos mesmos prazos concedidos aos particulares. Esse tratamento processual diferenciado tem, portanto, a pretensão de assegurar a paridade de condições dentro do processo por meio da compensação das diferenças reais.

Conclui-se, por fim, que a previsão constitucional dos princípios do contraditório e da ampla defesa vem corroborar com a compreensão de que o direito de ação, em sua concepção mais atual, não se exaure na garantia do direito de postular o provimento jurisdicional, é necessário que sejam garantidas às partes oportunidades suficientes para apresentarem suas alegações e provas, em igualdade de condições.

2.3 Princípio do juízo natural

O princípio constitucional do juízo natural, também chamado, princípio do juízo constitucional, assegura aos litigantes, em processo judicial, o direito de serem processados e julgados por órgão jurisdicional previamente previsto na Constituição Federal,¹³ dotados das garantias institucionais de independência estatuídas naquele mesmo Diploma e, ainda, em observância aos limites de competência preestabelecidos em relação ao fato, sendo vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção, nos termos do artigo 5º, incisos XXXVII e LIII: “Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;”

Paralelamente a essas garantias constitucionais asseguradas aos órgãos do Poder Judiciário, o princípio do juiz natural também se destina à pessoa do magistrado, conferindo-lhe garantias e estabelecendo-lhe vedações, no propósito de resguardar sua imparcialidade.

Essas garantias e vedações, estatuídas no artigo 95, da Constituição Federal¹⁴ têm a finalidade de assegurar às partes do processo o direito de ter suas pretensões analisadas e

¹² "Art. 188 - Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."

¹³ Vide artigos 92 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

¹⁴ Considerações mais pormenorizadas sobre as garantias constitucionais conferidas ao Poder Judiciário e aos magistrados foram tecidas no item 1.3.

decididas por um agente estatal psicologicamente desinteressado no resultado da demanda, seja no sentido de beneficiar ou de prejudicar um dos litigantes, fato somente verificável em cada caso concreto.

Face ao já exposto (item 1.3.), a imparcialidade estabelecida como condição de validade e legitimidade do provimento jurisdicional, não se confunde com neutralidade, tampouco pode ser compreendida como a falta de interesse pela correta resolução do conflito, haja vista os aspectos jurídico, social e político que a jurisdição pretende realizar.

Sobre a inarredável interferência de fatores extralegais na atividade de interpretação judicial, assevera Alf Ross (2003, p.168):

O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regra e fatos em decisões. É um ser humano que presta atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser *corretas* de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito à lei não é absoluto. A obediência a esta não é o único motivo.[...] Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como *correta* mas também como *justa e socialmente desejável*.

É certo que a imparcialidade exigida do magistrado não pode ensejar à compreensão de que o mesmo esteja submisso aos interesses das partes na condução do processo. Concebido o processo como instrumento público de resolução de conflitos, impõe-se ao magistrado a adoção de uma postura ativa na direção do processo no sentido de descobrir a verdade dos fatos, adequá-los corretamente aos preceitos materiais e, finalmente, proceder às medidas necessárias e suficientes à efetivação do direito violado, sempre com consciência dos propósitos almejados pela jurisdição: pacificação social com justiça e respeito aos valores magnos da dignidade humana.

A garantia do juízo natural exige, segundo Greco Filho (2003, p. 46), que os critérios de determinação da competência do órgão jurisdicional estejam fixados anteriormente à ocorrência do fato por meio de lei geral e abstrata, restando afastada a possibilidade de direcionamento do processo para determinado órgão jurisdicional. No caso de existir mais de um órgão competente, a indicação daquele que irá processar e julgar a demanda deverá ser feita através de uma distribuição aleatória, por meio de sorteio.

Corroborando com essa exigência, entende esse mesmo autor que o foro privilegiado definido “por razões personalíssimas, como raça, religião, riqueza, etc.” (GRECO FILHO,

2003, p. 45), constitui tribunal de exceção nos moldes vedados constitucionalmente, posto que determinado por motivo discriminatório. Tal não ocorre, entretanto, quando a lei estabelece a competência originária de tribunais para conhecer e julgar determinadas ações em atenção à prerrogativa de função, haja vista que essa previsão encontra-se justificada face à “proteção especial que devem merecer certas funções públicas, cuja hierarquia corresponde, também, à hierarquia dos tribunais, daí a competência originária” (GRECO FILHO, 2003, p. 46), tudo no legítimo intuito de preservar a imparcialidade e justiça do julgamento.

2.4 Princípio da razoável duração do processo

Importante garantia do devido processo legal foi inserida na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional no. 45/2004, que acrescentou ao artigo 5º da Carta Magna, o inciso LXXVIII: “Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A positivação do princípio da razoável duração do processo como norma constitucional demonstra a preocupação do legislador em exaltar sua função social¹⁵ enquanto instrumento público voltado à promoção da pacificação de conflitos. Essa garantia reflete a compreensão de que a tutela jurisdicional somente poderá ser considerada efetiva quando tempestiva, e que a justiça tardia implica em beneficiar o agente violador do direito conferindo-lhe vantagem decorrente do inadimplemento do direito de outrem.

Mas unicamente a preocupação com a celeridade do procedimento mostra-se insuficiente à plena consecução da tutela do direito material e à realização da justiça. Mister que sejam empregadas técnicas garantidoras da realização prática do direito postulado em juízo e declarado através do provimento jurisdicional ou, ante a impossibilidade de tutelar especificamente esse direito, que se busque a promoção do resultado prático equivalente.

Sobre o significado da expressão efetividade do processo, impõe transcrever as palavras de Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 17 - 18):

¹⁵ Corroborando com o aspecto social da busca por maior celeridade do processo, declina Mauro Cappelletti (2002, p. 20): "os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teria direito."

Mas o que é essa tal “efetividade” do processo? Etimologicamente, a expressão quer dizer qualidade de efetivo, ou seja, algo que produz o resultado ou o fim desejado. Assim, o processo será efetivo quando produzir seus resultados, seus escopos. [...] ao lado de seu escopo jurídico, de atuação ao direito material - aliás, talvez até em um plano de maior importância -, há outros escopos que o processo visa a realizar, quais sejam, os escopos sociais e políticos. [...]. A instrumentalidade, sob seu aspecto positivo, busca alcançar os citados escopos (jurídico, social e político). Como dito, quão mais perto desses, mais o processo poderá se afirmar efetivo.

Dissertando sobre a efetividade do processo, José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 17) sintetiza em cinco itens o que, na sua concepção, poderia ser considerado um “programa básico” da campanha em prol da efetividade:

- a) **um processo dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento**, quer resultem de expressa previsão normativa, que se possam inferir do sistema;
- b) **esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis**, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) **em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento**;
- e) **cumpra que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.** (grifou-se)

Esses ideais de efetividade do processo destinam-se a nortear tanto o legislador infraconstitucional, que deverá voltar-se à criação de normas processuais ensejadoras de maior agilidade e adequação da tutela jurisdicional, quanto o magistrado que, na condução do processo, deverá primar pela maior concentração dos atos processuais, pela supressão daqueles atos desnecessários à aquisição da verdade e pela escolha das medidas que melhor conduzam à efetiva tutela do direito subjetivo.

O excessivo intervalo de tempo entre os atos processuais, a prática de atos desnecessários ou meramente protelatórios e o formalismo inútil e injustificado, oneram demasiadamente o processo, levando ao desequilíbrio entre seu custo e benefício, o que finda por torná-lo desinteressante para a sociedade, podendo culminar até com o perecimento do próprio direito que se visa fazer atuar.

A morosidade põe em risco o próprio resultado do processo ante a possibilidade de perecimento do direito, angustia os indivíduos, prolonga a desarmonia social e acarreta o desprestígio do Poder Judiciário, levando a sociedade a buscar outras formas de resolução de conflitos por desacreditar na capacidade do Estado de promover e garantir o acesso à justiça, o que pode resultar no incremento ilegal e generalizado da autodefesa

Quando o Estado nega ao indivíduo a possibilidade de defender seus direitos por suas próprias mãos e chama para si essa tarefa, assume o ônus de organizar suas instituições de maneira a cumprir efetivamente esse encargo, não bastando admitir formalmente a pretensão do cidadão em juízo, sendo primordial que o Estado-juiz desempenhe a função jurisdicional da forma mais eficiente possível em atenção ao binômio certeza e celeridade.

A visão do processo como instrumento que objetiva a realização de escopos jurídicos, sociais e políticos conduz à compreensão de que o magistrado deve, no desempenho da atividade jurisdicional, primar pela escolha da técnica mais eficiente à obtenção dos resultados almejados. Nessa perspectiva, as normas processuais formais são, unicamente, instrumentos que o legislador considerou mais eficientes à concretização dos objetivos do processo, dos quais o magistrado deve fazer o melhor uso possível para a consecução daqueles propósitos.

Portanto, os obstáculos de cunho meramente formais que dificultem ou inviabilizem o enfrentamento das questões ligadas ao direito *sub examine* devem ser evitados através de condutas ativas do magistrado na direção do processo, sob pena da justiça ficar subjugada ao formalismo, e do meio primar sobre o fim.

A busca pela agilidade do processo não poderá, entretanto, ensejar à realização de um procedimento maculado pelo cerceamento do contraditório ou da ampla defesa, haja vista tratem-se de meios dos quais se serve o magistrado para conhecer a realidade da demanda, oportunizando a participação dos litigantes e assim capacitando-se à proferir uma decisão que se coadune com o direito material e com a realização da justiça no caso concreto. Sobre a importância de se buscar o equilíbrio entre as garantias constitucionais asseguradas ao processo, merecem destaque as palavras de Canotilho (1993, p.652):

Note-se que a exigência de um *direito sem dilações indevidas*, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente 'justiça acelerada'. A 'aceleração' da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.

Atendendo a essa conjugação entre a forma e a finalidade dos atos processuais, o artigo 154, *caput*, do Código de Processo Civil prevê, como regra geral, a forma livre para a prática dos mesmos, somente a estabelecendo como indispensável nas hipóteses em que a lei exige a observância da forma, sob pena de nulidade absoluta,¹⁶ que deve ser declarada de ofício pelo

¹⁶ Exemplos de outros dispositivos do CPC que prevêm a observância da forma sob pena de nulidade do ato: artigos 243, 246, *caput*, 247 c/c 214, 248 e 250.

juiz por visar à preservação de interesse de ordem pública. O artigo 250 daquele mesmo diploma legal prevê o aproveitamento dos atos que não resultem em prejuízo à defesa.

Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de que se observem, quando possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Nos casos em que o legislador prescreve a forma sem cominar nulidade - nulidade relativa, os atos processuais, mesmo quando praticados em inobservância à forma estabelecida pela lei, deverão ser reputados válidos sempre que tenham alcançado suas finalidades e desde que a preterição da forma não tenha acarretado prejuízo processual a qualquer dos litigantes. É o que se apreende do artigo 244 do Código Processual Civil brasileiro, que enuncia o princípio da instrumentalidade das formas:¹⁷ “Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

Além da adoção de um sistema de nulidade que prima pela visão instrumentalista dos atos processuais, o legislador pátrio tem demonstrado permanente preocupação com o desenvolvimento de uma legislação processual que permita o alcance do equilíbrio entre a celeridade e certeza na cognição.

Com esse propósito, o Direito Processo Civil vem aprimorando mecanismos que permitem ao magistrado, de forma cada vez mais abrangente, operar por meio de probabilidade para a aquisição da verdade com base na qual decidirá, quando a “espera por tal descoberta poderia ser um ônus pesado demais” (CÂMARA, 2007, p. 48) enfrentando, assim, um risco suportável em prol dos benefícios individuais e coletivos almejados pelo provimento jurisdicional.

A simplificação da instrução e a flexibilização da prévia cognição promovem a conjugação dos resultados sociais e jurídicos do processo, ou seja, maior agilidade na promoção da paz social por meio da correta atuação das normas materiais.

¹⁷ Outros artigos do CPC que não estabelecem a nulidade do ato processual em razão da inobservância da forma: 202, 214, 227, 232 e 236.

Como exemplo da utilização da probabilidade para a aquisição da verdade necessária e suficiente à prolação da decisão judicial, pode-se citar a concessão de antecipação dos efeitos da tutela disciplinada pelo artigo 273 do Código de Processo Civil, por meio da qual não se exige do julgador a aquisição de certeza¹⁸ do direito para a antecipação da pretensão autoral, mas apenas que o juiz tenha atingido suficiente grau de convicção a ponto de ter por irrelevantes os fatos divergentes.

Mas, não apenas o legislador e o magistrado devem estar envolvidos na busca pela eficiência do processo, também a doutrina e a jurisprudência são importantes veículos de promoção e aperfeiçoamento da técnica processual em benefício do cidadão e da coletividade.

Ressalte-se, ainda, que esses ideais de razoável duração do processo e efetividade da tutela jurisdicional já se encontravam consagrados na legislação infraconstitucional antes mesmo da positivação do inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal. É o que se apreende, por exemplo do artigo 133, inciso II do Código de Processo Civil que prevê a responsabilização do juiz por perdas e danos na hipóteses de “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.”

A mesma Emenda Constitucional no. 45/04, denominada reforma do Poder Judiciário, instituiu mecanismos institucionais tendentes a realizar a celeridade e eficiência processuais, dos quais merecem destaque a proibição de férias coletivas de juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição, a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação dos atos administrativos sem conteúdo decisório e atos de mero expediente a servidores do Poder Judiciário, a implantação da justiça itinerante e as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Importante avanço nesse mesmo âmbito deu-se com a Lei no. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que instituiu os autos virtuais, permitindo a informatização dos processos judiciais e a utilização do meio eletrônico para a comunicação dos atos processuais e para a transmissão de peças.

¹⁸ Sobre a intangibilidade da certeza nos julgados, assevera Dinamarco (1996, p. 238 e 242): "Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é apenas uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera *probabilidade*, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos. [...] O que importa é a minimização dos riscos, mediante apuro das técnicas processuais para a participação efetiva das partes (contraditório) e do juiz (temperamentos inquisitivos ao sistema dispositivo) e, de um modo geral, mediante a imposição efetiva do respeito às garantias constitucionais do processo."

Conclui-se, por fim, que a razoável duração do processo constitui direito fundamental indissociável do ideal do devido processo legal, visto que a permanência injustificada da lesão ou ameaça a direito representa a própria negação da justiça, por essa razão devendo ser perseguida por todos aqueles que desenvolvem qualquer atividade jurídica ligada ao Direito Processual, seja como legislador, doutrinador ou sujeito processual.

3 ANÁLISE DE ALGUMAS REFORMAS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL SOB A ÓTICA DOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO E DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Compreendidos os direitos fundamentais como aqueles relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, à tutela do direito à vida, liberdade, integridade física, intimidade e segurança e ao postulado de igualdade entre os homens (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 227), tem-se como inarredável a natureza fundamental do direito de ação e das garantias constitucionais do processo, posto que somente através de um processo legítimo, realizado em observância ao devido processo legal, pode-se chegar à tutela justa, célere e adequada dos direitos subjetivos violados ou ameaçados.

Assim, a Constituição Federal, ao elencar o direito de ação como categoria de direito fundamental, visa garantir não apenas o acesso formal ao Poder Judiciário, mas o efetivo acesso à ordem jurídica justa através da disponibilização de instrumentos processuais capazes de solucionar adequadamente os conflitos intersubjetivos, restabelecendo, dentro do máximo grau possível, o cumprimento da norma material, a segurança das relações jurídicas, a paz e a justiça sociais.

As garantias do devido processo legal são, como já afirmado, as normas constitucionais processuais responsáveis pela inserção dos valores inatos ao Estado Democrático de Direito na atividade jurisdicional, assim sendo, devem acompanhar e traduzir historicamente os anseios do povo, constituindo critérios de orientação ao legislador infraconstitucional.

Nessa perspectiva tem-se vivenciado, desde a década de 90, profundas reformas na legislação processual civil, mormente relacionadas ao Código de Processo Civil, voltadas à promoção de um processo mais efetivo, justo e útil, capaz de realizar a pacificação social dos conflitos associada ao bem-estar coletivo.

Dentre as mudanças realizadas na lei processual civil com o objetivo de obter-se um processo mais efetivo, merecem destaque a Lei no. 8.952, de 13/12/94, que introduziu a

antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento em geral e alterou o artigo 461 do Código de Processo Civil prevendo, para as obrigações de fazer e não fazer, a tutela específica da obrigação e o resultado prático equivalente ao do adimplemento; a Lei no. 10.444, de 07/05/2002, que inseriu o artigo 461-A do Código de Processo Civil, prevendo a concessão de tutela específica para as obrigações de entregar coisa diferente de dinheiro, também pondo fim ao processo de execução para as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa; e a Lei no. 11.232, de 22/12/05, que acrescentou o artigo 475 - J do mesmo Diploma Legal, acabando com o processo de execução autônomo para o cumprimento de obrigação de pagar. Em sede de legislação extravagante, não se pode deixar de apontar a Lei no. 9.307/96 - Lei da Arbitragem - como um significativo avanço na busca pela incrementação dos meios de acesso à ordem jurídica justa.

Além dessas, várias outras leis¹ poderiam ser indicadas para ilustrar a atual preocupação do legislador ordinário com a instrumentalidade do processo, ou seja, com o aprimoramento dos mecanismos disponibilizados à consecução dos objetivos jurídicos, sociais e políticos.

É preciso ter consciência, entretanto, de que o aprimoramento da legislação, isoladamente, não é capaz de promover a implementação de todas as metas visadas pelas reformas, já que a realidade da jurisdição e do processo resulta da complexa interação da normatividade que os rege e das limitadas condições materiais e pessoais dos serviços judiciários, fatores esses que findam por comprometer o êxito das mudanças legislativas, por mais avançados que sejam os institutos positivados.

Face a essa multiplicidade de elementos que condicionam a excelência da jurisdição prestada ao povo, é que a garantia de efetividade e justiça por meio da jurisdição estatal passa necessariamente pela melhor capacitação dos recursos humanos, pelo aumento do quadro de magistrados e de servidores e pela modernização dos recursos materiais de todos os órgãos que compõem o Poder Judiciário nacional.

¹ Também são exemplos de leis ilustrativas das reformas voltadas à maior efetividade da tutela jurisdicional: Lei no. 11.276/06, que criou a súmula impeditiva de recurso no intuito de evitar recursos protelatórios e também permitiu aos tribunais o saneamento de nulidades processuais por ocasião da apreciação do recurso; Lei no. 11.277/06, que acrescentou o art. 285-A ao CPC permitindo a juiz julgar diretamente improcedente a ação, sem a citação do réu, quando a controvérsia for unicamente de direito e já tenha sido objeto de julgamento pela improcedência total em casos idênticos submetidos ao mesmo juiz; Lei no. 11.382/06, que modernizou o processo de execução dos títulos extrajudiciais; Lei no. 11.417/06, que disciplinou a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante pelo STF; e Lei no. 11.441/07, que alterou o CPC possibilitando a realização de inventário, partilha, separação e divórcio por via administrativa, quando houver prévio acordo entre as partes e desde que não envolva interesse de menores ou incapazes, tudo acompanhado de advogado.

Dentre esses diversos desafios posto pela experiência à realização da tutela jurisdicional adequada, célere e justa, aqui somente se pretende tratar de algumas mudanças legislativas tomadas como exemplos concretos da busca por um processo de resultados.

3.1 Arbitragem

A arbitragem, no Brasil, é prevista desde a época das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas e, depois, na Constituição Imperial de 1824 (art. 160), no Código Comercial de 1850 (arts. 294 e 295) e no Regulamento 737, de 25.11.1950 (art. 411 e seg.), e, mais recentemente, no revogado Código Civil de 1916 - Lei no. 3.071/16, arts. 1.037 a 1.048 - , no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 1.072 a 1.102 - revogados pela Lei no. 9.307/96) e na vigente Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (art. 24 a 26).²

Esse meio alternativo de pacificação social, entretanto, nunca teve sua utilização incrementada a níveis significativos pela sociedade brasileira até a edição da Lei 9.307, de 23/09/1996, cujo principal propósito foi o de criar um mecanismo de acesso à justiça mais ágil e pacífico e menos formal e oneroso do que o processo judicial, e em tudo voltado para o ideal de um processo efetivo, de resultados.

Sobre a importância dos meios extrajudiciais de solução dos conflitos, assevera Mauro Cappelletti (1998, p. 81) com toda propriedade, que o reconhecimento das limitações dos “tribunais regulares” tem dado ensejo à criação de alternativas que utilizam procedimentos mais simples e julgadores mais informais, dentre as quais os reformadores têm dado destaque ao juízo arbitral e à conciliação.

Foi em resposta a essa tendência universal que germinou o Projeto de Lei no. 78/92, do qual se originou a Lei no. 9.307/96, cujos propósitos almejados pelo legislador e traduzidos pela comissão relatora integrada por Carlos Alberto Carmona, Selma M. Ferreira Lemes e Pedro Antônio Batista Martins, foram consignados na exposição de motivos da lavra do ex-senador e vice-presidente da República Marco Maciel:

² "Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. §1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. §2º. O árbitro será escolhido dentre os juizes leigos. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade. Art. 26. Ao término da instrução, ou nos 5 (cinco) dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao juiz togado para homologação por sentença irrecorrível."

I - Por que inovar?

A legislação hoje em vigor no Brasil acerca da arbitragem não permite a utilização do instituto em nosso país; de um lado, não havendo previsão legal para a cláusula compromissória, transforma-se em promessa, inserida nos contratos, de solucionar as eventuais pendências através da decisão por árbitros, em letra morta, verdadeiro pacto sem maior efeito senão o de gerar perdas e danos (de difícil liquidação); por outro lado, a necessidade de fazer homologar, obrigatoriamente, todo e qualquer laudo arbitral pelo Poder Judiciário suprime duas das mais importantes vantagens deste meio alternativo de solução de controvérsias, a saber: o sigilo e a celeridade.

Tudo somado, a disciplina legal atual não acompanha as necessidades da sociedade moderna, que demanda formas alternativas de solução de controvérsias eficazes para coadjuvar a missão do Estado de distribuir justiça.

Uma legislação avançada sobre a arbitragem, extirpada de empecilhos e formalidades inúteis, e estribada no que há de mais moderno acerca dos princípios e garantia dos litigantes, trará sensível benefício à sociedade, pois colocará à sua disposição um meio ágil de fazer resolver controvérsias, com árbitros por aqueles próprios escolhidos, imparciais e independentes, especialmente em matéria técnica, tudo com sigilo, brevidade e com grande informalidade.

2 - Acesso à Justiça e a Arbitragem

[...]

Agora, é necessário criar um foro adequado às causas envolvendo questões de direito comercial, negócios internacionais ou matérias de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado. É nesse contexto que a arbitragem surge como excelente e insuperável alternativa para descongestionar os órgãos jurisdicionais estatais, excessivamente sobrecarregados, na esteira do que vem ocorrendo nos mais diversos países, especialmente europeus e sul americanos.

Ponderando sobre o insucesso do instituto da arbitragem no Brasil antes da Lei no. 9.307/96, Joel Dias Figueira Junior (1997, p. 43) aponta como principal justificativa da falta de utilização mais efetiva dessa modalidade extrajudicial de pacificação social “os entraves criados pelas respectivas legislações, sempre hábeis a desencorajar o pretense interessado em solucionar seus conflitos através da arbitragem,” o que findava por tornar a justiça estatal mais atrativa, apesar de burocrática, lenta e dispendiosa.

Dentre os aspectos negativos da arbitragem disciplinada pelo Código de Processo Civil de 1973, merece destaque a ineficácia obrigacional da cláusula compromissória decorrente da falta de mecanismos executórios eficientes ante a negativa de uma das partes contratantes em firmar o compromisso arbitral, via de regra resultando no ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário para o ressarcimento de perdas e danos e para a solução do próprio conflito que deveria ter sido resolvido por meio da arbitragem.

Outro ponto gerador do desprestígio da arbitragem anterior à Lei no. 9.307/96 era a necessidade de homologação judicial dos “laudos” arbitrais e, ainda, a possibilidade de ser interposto recurso de apelação da sentença homologatória.

Também a decisão arbitral estrangeira era negativamente afetada pelo sistema jurídico anterior à Lei no. 9.307/96. O Supremo Tribunal Federal, em descompasso como o procedimento adotado em vários outros Estados que já dispensavam a homologação da

decisão arbitral, exigia, para a aposição de seu *exequatur*, a prévia homologação no país de origem.

Em resposta a esses e outros entraves então detectados, as principais mudanças promovidas pela nova Lei da Arbitragem foram, em suma, o reconhecimento do árbitro como juiz de fato e de direito e a não sujeição da sentença arbitral à homologação judicial (art. 18); a definitividade da sentença arbitral, não podendo as partes rediscutirem judicialmente a mesma demanda após a instituição da arbitragem, restringindo-se a interferência do Poder Judiciário às hipóteses estabelecidas na Lei;³ bem como a atribuição à essa sentença dos mesmos efeitos da sentença proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário que, sendo condenatória, constitui título executivo judicial (art. 31, da Lei 9.307 e CPC, art. 475-N, inciso IV); e, ainda, o sigilo do processo arbitral.

Quanto ao reconhecimento e execução, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira, o artigo 35 da nova Lei de Arbitragem exige unicamente a homologação do Supremo Tribunal Federal.

A arbitragem tem hoje seus pilares fundados sobre o princípio da autonomia da vontade das partes,⁴ o que se manifesta a partir da voluntária aceitação em submeter à resolução do litígio à arbitragem, por meio da formalização da convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), renunciando ao direito de vê-lo decidido pelo Poder Judiciário.

³ Essas hipóteses são: resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória em instituir a arbitragem (art. 7º); ausência de consenso quanto à nomeação de árbitro (arts. 13, §2º, 16, §2º e 20 §2º), necessidade de medidas coercitivas ou cautelares (art. 22, §4º); o surgimento, no curso da arbitragem, de controvérsia a cerca de direitos indisponíveis essencial ao julgamento da demanda (art. 25); a interposição de pedido de decretação da nulidade da sentença arbitral (art. 33) e; no caso de sentença arbitral estrangeira, por necessária a homologação do Supremo Tribunal Federal para que a mesma possa ser reconhecida ou executada no Brasil. A teor do art. 475-N, inciso IV, do CPC e art. 33, §3º da Lei da Arbitragem, a sentença arbitral é título executivo judicial estando, portanto, sujeita ao cumprimento de sentença previsto no art. 475-J, do CPC, bem como à arguição de nulidade por meio de impugnação ao cumprimento de sentença, substituto dos antigos embargos à execução de título judicial, previstos no art. 741 do CPC, hoje alterado pela Lei 11.232/05.

⁴ Foi por reconhecer o primado da autonomia da vontade em relação a direitos patrimoniais disponíveis, que o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, em dezembro de 2001, a constitucionalidade da Lei 9.307/96 em face da garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Assim também ao atribuírem ao árbitro ou árbitros por elas escolhidos o poder de decidir definitivamente o litígio de natureza patrimonial disponível,⁵ indicando-lhe o critério de julgamento, se de Direito ou de equidade.

Importa a essa altura ressaltar que o árbitro não dispõe do poder coerção e, diante do não cumprimento voluntário da sentença arbitral, a parte vencedora deverá executá-la judicialmente com fulcro no artigo 475-N, inciso IV do Código de Processo Civil.

Quanto ao árbitro, a nova Lei além de declará-lo juiz de fato e de direito, exige que seja pessoa capaz e de confiança das partes, impondo-lhe agir com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, sendo-lhe aplicadas as mesmas hipóteses de suspeição e impedimento previstas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil para a pessoa do magistrado (Lei 9.307/96, arts. 13, 14 e 18). Essa mesma Lei não prevê como condição de indicação do árbitro qualquer qualificação técnica, sendo aconselhável, entretanto, que o mesmo detenha conhecimentos técnicos ou científicos sobre objeto do julgamento, o que conferirá maior segurança aos litigantes, haja vista a obrigatoriedade da sentença arbitral.

As partes poderão, ainda, optar por realizar a arbitragem através algum órgão arbitral institucional ou por entidade especializada (Lei no. 9.307, art. 5º) que indicará um ou mais árbitros que compõem o seu quadro para presidir o processo de arbitragem, conforme a área de conhecimento exigida no caso concreto.

Importante aspecto da arbitragem, enquanto meio alternativo de pacificação social, é a determinação de que o árbitro deverá tentar promover a conciliação das partes na audiência inaugural (art. 21, §4º) nada obstando, entretanto, que sejam realizadas novas tentativas de acordo a cada oportunidade que as partes compareçam ao juízo arbitral.

No tocante à natureza jurídica da arbitragem, a doutrina divide-se entre três teorias: teoria privatista, a teoria publicista e teoria mista.

⁵ Direito de natureza patrimonial é aquele suscetível de valor econômico; e disponível, o que pode ser livremente cedido, alienado, onerado, transacionado e renunciado. De regra, esses direitos são tutelados por norma de Direito Civil ou Comercial. Desta feita, encontram-se excluídas da arbitragem questões de natureza familiar, relativas à capacidade e ao estado das pessoas, as de ordem fiscal e tributária, e as de interesse das Fazendas Públicas, excepcionadas as hipóteses em que a própria lei permite a instituição da arbitragem para solução de demandas que envolvem a Administração Pública e, ainda, que as envolvam direitos difusos e coletivos, por serem indisponíveis. No que se refere a conflitos em que figuram como parte pessoas jurídicas de direito público, ressalta Joel Dias Figueira Junior (1997, p. 108) que, em princípio estão as mesmas excluídas do juízo arbitral em face da indisponibilidade dos bens e do interesse público inerente à lide, mas excepcionalmente podem fazê-lo quando se trate de relação de coordenação, ou seja, quando não estejam investidas de seu poder soberano, submetendo-se às normas de Direito Privado e em igualdade de condições com os particulares.

A teoria privatista defende a natureza contratual desse instituto, nela adequando-se o juízo arbitral existente antes da Lei no. 9.307/96, haja vista que a exigência de homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário desnaturava a arbitragem como atividade jurisdicional, considerada como característica essencial desta última a definitividade de suas decisões.

A teoria publicista defende a natureza jurisdicional da arbitragem, posto que produtora de decisões definitivas exaradas em substituição à vontade das partes. Essa teoria considera que, apesar dos árbitros serem designados pelas partes, é da lei que advém seu poder de julgar

A terceira teoria é a que melhor se adequa à arbitragem instituída pela Lei no. 9.307/96, pois a reconhece como um instituto *sui generis*, originado da vontade comum das partes e, portanto, de caráter obrigacional, ao mesmo tempo em que se desenvolve por meio de uma relação jurídica de direito processual - de caráter público -, em que se observam os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (Lei no. 9.307/96, art. 21, §2º). Essa publicização decorre igualmente do fato da decisão arbitral não mais constituir um laudo, mas uma sentença definitiva com força de título executivo judicial obstando, de regra, nova discussão da matéria, inclusive perante o Poder Judiciário. Sobre a natureza jurídica da arbitragem, declina Audi Lâmmego Bulos (1998, p. 7):

[...] cinco elementos integram a essência do conceito de jurisdição: “a *nocio*, a *vocacio*, a *coercio*, o *iudicium* e a *executio*. A cognominada jurisdição arbitral, embora possua, apenas, os dois primeiros e o quarto elementos, não se desconfigura nem se descaracteriza. Se a decisão arbitral é condenatória, terá força executiva no sentido potencial [...] Daí a decisão arbitral possuir, além de força obrigatória, a força executiva.

Conclui-se, a partir da análise das características da arbitragem inaugurada pela Lei no. 9.307/96, que indubitavelmente se trata de exercício da atividade jurisdicional por juízes privados a quem as partes, mediante celebração de contrato, atribuem autoridade para solucionar definitivamente a lide, através de decisão cuja eficácia prescinde de homologação judicial, gerando todos os efeitos da coisa julgada material. Dessa característica eclética - privada e pública - decorre sua natureza de verdadeiro negócio jurídico processual.

A autoridade outorgada pelas partes ao árbitro para prestar a tutela jurisdicional defere-lhe também o poder de conceder, no curso do processo de arbitragem, medidas de urgência necessárias à tutela efetiva do direito. Caso haja necessidade da medida de urgência antes de instalado o juízo arbitral - tutela preparatória -, a postulação deverá ser dirigida ao órgão

jurisdicional do Estado originalmente competente para conhecer da ação caso não tivesse havido a opção pela arbitragem. Somente depois será firmado o compromisso arbitral.

As tutelas de urgência deferidas pelo árbitro, assim como a sentença por ele prolatada, são irrecorríveis, mas a interferência do Poder Judiciário se fará imprescindível no momento de dar cumprimento a essas decisões, já que o árbitro é destituído de poder coercitivo. O requerimento para que execute a tutela de urgência deverá ser dirigido ao órgão jurisdicional estatal que teria originalmente competência para conhecer da ação.

Joel Dias Figueira Junior (1997, p. 12 e 49-50) arrola oito das principais vantagens que, no seu entendimento, favoreceriam àqueles que optassem pela arbitragem como mecanismo para a resolução de seus conflitos: a) a arbitragem é mais simples e objetiva e os árbitros, além de imparciais, são técnicos especializados na área a qual se refere o conflito, fatores que ensejam um julgamento seguro e rápido, sobretudo quando confrontado com os atropelos da jurisdição pública, por essa razão sendo adequadamente indicados a questões de natureza comercial e internacional, “onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio, sendo visíveis as suas vantagens”; b) a irrecorribilidade das decisões arbitrais e a dispensa de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, imprimem maior celeridade à tutela jurisdicional privada; c) a possibilidade do procedimento ser indicado pelas partes ou pelo árbitro dá ensejo à melhor adequação do mesmo à tutela pretendida pelos litigantes primando-se, via de regra, pelos princípios da oralidade, imediação, concentração, simplicidade, informalidade e economia; d) as partes possuem o poder de optar pelo julgamento de Direito ou de equidade e, no primeiro caso, poderão indicar quais as regras a serem utilizadas; e) o poder das partes escolherem o(s) árbitro(s), o que permite a indicação de pessoas com profundo conhecimento na questão, além de ser possibilitada a escolha de instituição arbitral especializada (Lei no. 9.307/96, arts. 5º e 6º), detentora de um quadro de árbitros devidamente capacitados para o melhor desempenho de seu mister; f) a garantia de discricção e sigilo dos atos processuais praticados durante a arbitragem; g) a propensão à composição amigável do litígio ou, pelo menos, a convergência de esforços das partes pela rápida resolução do mesmo, sem descuidar dos valores de segurança e justiça.

Além dessas, outras vantagens podem ainda ser apontadas em relação à jurisdição estatal: os custos são em regra menores de que os do processo judicial; o processo é mais célere, já que menos formal e também porque, não existindo deliberação das partes, o prazo

estabelecido pela Lei para prolação da sentença arbitral é de 6 (seis) meses (art. 23); e, por fim, há maior grau de efetividade no cumprimento das sentenças arbitrais e na pacificação real do conflito, em razão da voluntariedade do meio escolhido.

Verifica-se, assim, que a Lei no. 9.307/96 busca implantar no Brasil uma arbitragem adequada às tendências não apenas nacionais, mas mundiais, de aprimoramento dos mecanismos alternativos de acesso à ordem jurídica efetiva e justa, contribuindo para a erradicação mais pacífica dos conflitos de natureza patrimonial disponível e, conseqüentemente, reduzindo o volume de demandas dirigidas ao Poder Judiciário, ao qual se pretende serem encaminhados apenas aqueles litígios de natureza indisponível.

A incrementação da arbitragem, entretanto, não pode ser atrelada ao desprestígio do Poder Judiciário, devendo sim ser compreendida como mais uma forma jurisdicional de pacificação colocada à disposição dos jurisdicionados para o exercício de sua cidadania, com características próprias que a torna mais adequada para determinadas espécies de demandas, para outras sendo mais apropriada a modalidade estatal de jurisdição.

A nova arbitragem, associada a outras medidas como a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais, contribui concretamente para a promoção de um ambiente mais promissor à diminuição da chamada “demanda contida”, que tantos males acarreta à estabilidade das relações sociais.

3.2 Reformas da execução civil

A experiência forense tem demonstrado que, dentre os processos de cognição, cautelar e de execução, este último é o que mais insatisfações tem gerado aos jurisdicionados, haja vista as dificuldades com que o exeqüente se depara no momento de concretizar o direito que já lhe foi reconhecido judicialmente (execução de título judicial).

A expectativa do jurisdicionado, após os percalços do processo de conhecimento, é a de que o Poder Judiciário disponha de meios eficientes para garantir o cumprimento de suas decisões.

Afinal, se o Poder Público impõe ao cidadão participar de um processo formal e dispendioso para ter reconhecido o seu direito subjetivo através de um provimento jurisdicional, o que se espera é que tenha plenas condições de impor o cumprimento de suas

decisões, somente assim garantindo o efetivo acesso à ordem jurídica justa a que se propõe por meio da jurisdição.

A partir da identificação dos ideais a serem realizados para a obtenção de um processo efetivo e, ciente das deficiências a serem sanadas, principalmente no processo de execução, o legislador pátrio deu início a um movimento reformista do Código de Processo Civil, motivado pela realização dos ideais de celeridade e adequação da tutela jurisdicional.

A doutrina identifica três fases desse movimento reformista, a saber: a primeira nos anos de 1994 e 1995; a segunda, em 2001 e 2002; e a terceira, em 2005 e 2006.

Face à impossibilidade de analisar todas as mudanças realizadas no Direito Processual Civil por ocasião das fases acima indicadas, tomam-se aqui como parâmetro dessas reformas algumas mudanças promovidas pelas Leis 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05, na execução das sentenças e das decisões de antecipação dos efeitos da tutela.

O primeiro grande avanço promovido pela atual reforma da legislação que disciplina a execução dos provimentos judiciais veio com a Lei no. 8.952, de 13/12/94, que alterou o artigo 461 do Código de Processo Civil.⁶ A ação regulada por esse dispositivo é a de conhecimento⁷ que tenha por objeto obrigação de fazer ou de não fazer,⁸ estando prevista naquela Lei 8.952/94⁹ a concessão de tutela específica e provisória do direito postulado pelo

⁶ "Art. 461 - Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. §1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). §3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial."

⁷ O art. 461 situa-se no Título VII, do Livro I, do CPC, que trata do processo de conhecimento.

⁸ O art. 461 do CPC aplica-se a obrigações de fazer e não fazer de natureza fungível ou infungível. Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 248-249) diferencia a infungibilidade jurídica da infungibilidade natural, esta última relativa à obrigação personalíssima. O autor assevera que a infungibilidade jurídica não é absolutamente intransponível, ilustrando-a com o exemplo da obrigação de não poluir, que "pode converter-se em colocar um filtro ou até chegar à interdição da fábrica poluente".

⁹ O Código de Defesa do Consumidor - Lei no. 8.078, de 11/09/1990 -, em seu artigo 84, já trazia a regra da tutela específica, inclusive concedida em sede de liminar, em relação às obrigações de fazer e não fazer, prevendo também amplos mecanismos para a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento e,

autor (CPC, art. 461, *caput*) ou, se procedente o pedido, a determinação de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação (CPC, art. 461, *caput in fine* c/c art. 475-I, este último acrescentado pela Lei no. 11.232/05). Rompe essa norma, dentro do possível, com a idéia de conversão do descumprimento da obrigação em perdas e danos (CPC, art. 461, §1º), idéia prevalecente no sistema tradicional - típico do Estado Liberal -, em que vigorava a regra de conferir-se conteúdo patrimonial às obrigações inadimplidas, não se admitindo a invasão da liberdade individual para forçar a pessoa ao cumprimento da prestação específica.

Com a previsão do artigo 461, §1º do Código de Processo Civil, o legislador visa, ao máximo, a efetivação da tutela específica, ou seja, busca aproximar a situação concreta daquela que existiria no caso de observância voluntária do direito do autor. O magistrado somente deve proceder à conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos na hipótese de opção do próprio autor ou ante a impossibilidade de se obter o cumprimento da obrigação *in natura* ou, ainda, se não for possível a obtenção do resultado prático equivalente. Sobre essa seqüência de providências buscadas pelo magistrado para a realização da tutela amparada na norma material, declina Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 156):

Nesse quadro, é natural que a conversão em perdas-e-danos ocupe o último lugar na preferência do legislador. Ela se define como medida substitutiva do objeto da obrigação original e o direito moderno evolui no sentido de oferecer ao credor precisamente aquilo a que tem direito (sempre, Chiovenda). Por isso é que o §1º do art. 461 só autoriza que se imponha ao credor essa solução de *meia-justiça* quando foi impossível obter o resultado final desejado sequer mediante atuação das *providências* referidas no *caput*. Autoriza-se também, como não poderia deixar de ser, a conversão por opção pessoal do credor.

A reestruturação dos objetivos almejados pela jurisdição quanto à tutela das obrigações de fazer e não fazer, agora colocando em primeiro plano a busca pela realização prática do direito tutelado pela norma material, vem realizar, em sua verdadeira dimensão, a garantia do direito constitucional de ação, o direito fundamental à tutela jurisdicional suficiente e necessária ao restabelecimento do direito violado ou à inibição de sua violação, no caso de ameaça. Para que se possa compreender melhor a amplitude desse “giro” promovido pelas mudanças na tutela jurisdicional das obrigações de fazer e não fazer, é fundamental que se estabeleça a diferença entre o provimento jurisdicional (antecipação dos efeitos da tutela e sentença) e tutela do direito. Enfatizando essa diferença, Cândido Rangel Dinamarco (1996, p.

somente como último recurso, a conversão da obrigação em perdas e danos. Essa norma foi a fonte de inspiração para alteração do artigo 461 do Código de Processo Civil.

155) afirma que “toda tutela jurisdicional consiste em *satisfazer* uma pretensão e não simplesmente julgá-la.”

O provimento que antecipa os efeitos da tutela específica, como dito, é decisão provisória e precária, enquanto a sentença é o ato processual por meio do qual o órgão jurisdicional declara, positiva ou negativamente, o direito aduzido pelo autor. A sentença pode limitar-se a declarar (sentença meramente declaratória); pode criar, modificar ou extinguir relação jurídica (sentença constitutiva); ou, pode impor uma obrigação a ser cumprida (sentenças condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*). As sentenças meramente declaratórias¹⁰ e constitutivas não carecem de qualquer ato do promovido para realizar a tutela do direito amparado na norma material, mas aqueles provimentos de natureza condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, assim como as antecipações de tutela, nem sempre são suficientes à concretização da tutela do direito, fazendo-se necessária a prática de atos posteriores para a implementação daquele comando, sejam esses atos praticados pelo próprio demandado, por terceiro ou por ato de auxiliares do juízo. Diz-se, nesses casos, que o provimento jurisdicional não é satisfativo, ficando na dependência da realização de técnicas executivas capazes de realizá-lo de forma adequada. Conclui-se, portanto, que haverá execução todas as vezes em que se fizer necessária a prática de ato posterior à prolação da decisão.

Sentença mandamental é aquela em que o Estado utiliza-se da força para coagir o obrigado a adimplir a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa. Diz-se, então, que na sentença mandamental há uma ordem para que se cumpra a obrigação nela declarada, estando autorizada a *coerção indireta* como meio executório.

A sentença executiva *lato sensu*, também própria para as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa caracteriza-se por promover a *execução direta*, autorizando a prática dos meios necessários e adequados à realização direta do direito, independentemente da vontade do obrigado.

¹⁰ Humberto Theodoro Júnior (2007a, p. 167) chama a atenção para o fato do artigo 475-N, inciso I do CPC, alterado pela Lei no. 11.232/05, ter ampliado o conceito de sentença qualificável como título executivo incluindo, em alguns casos a sentença declaratória. A possibilidade de executar sentença declaratória já havia sido reconhecida pelo STJ nos casos em que a mesma declare a existência de relação obrigacional, cuja prestação já se mostrasse exigível (STJ, 1ª T., Resp. no. 588.202-PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, ac. de 10.02.2002, DJU de 25.02.2004, p. 123).

A sentença condenatória não ordena nem executa diretamente, apenas cria condições para a execução forçada da obrigação de pagar nela declarada, através de atos expropriatórios.

Assim, a verdadeira mudança promovida pelo *caput* e pelo §1º do novo artigo 461 do Código de Processo Civil diz respeito à flexibilização do conteúdo da tutela deferida para a efetivação da obrigação de fazer ou de não fazer, sem recorrer imediatamente à conversão da obrigação em dinheiro. É exatamente ao conteúdo da tutela deferida na antecipação da tutela e nas sentenças mandamental e executiva *lato sensu* que se refere às expressões *tutela específica* e *resultado prático equivalente*.

Para melhor esclarecer aquilo que constitui o conteúdo da tutela e que, portanto, poderá ser objeto de resultado prático equivalente deferido de ofício pelo magistrado, cita-se o exemplo apontado por Marinoni e Arnherth (2007, p. 175):

O resultado prático equivalente, por sua vez, é uma providência não solicitada, capaz de gerar resultado prático equivalente ao da tutela específica. É uma providência diversa, *em seu conteúdo*, da requerida, e não apenas um outro meio executivo necessário à realização da mesma providência pedida [...] Assim, por exemplo, ao se almejar tutela inibitória, mediante a cessação da atividade poluidora, é possível - em abstrato - requerer a interdição da empresa ou a instalação de filtro antipolvente. Nesse caso, pode haver concessão de providência com conteúdo diverso do solicitado, mas suficiente para prestar resultado prático equivalente ao da tutela específica - no caso, inibitória -, isto é, a cessação da atividade poluidora.

As tutelas postuladas e deferidas por meio dos provimentos jurisdicionais, portanto, deverão ser realizadas através de medidas executórias hoje disponíveis ao magistrado mesmo que não tenham sido previamente postuladas pelo autor, conforme previsto nos §§5º e 6º, do mesmo artigo 461 do Código de Processo Civil, ambos com a redação dada pela Lei no. 10.444, de 07/05/2002.

Tais dispositivos legais permitem ao magistrado a escolha da técnica processual mais adequada às particularidades de cada caso concreto, buscando a efetivação da tutela do direito reconhecido através da antecipação de tutela ou da sentença.¹¹ Essas medidas podem ser a fixação de multa para coagir promovido a efetivar a tutela específica determinada no provimento jurisdicional (medida coercitiva indireta), ou a determinação de outras medidas (de coerção direta ou sub-rogação) como busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas,

¹¹ Esses dispositivos legais aplicam-se à execução das sentenças que declaram obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, por força do artigo 475-I do CPC.

desfazimento de obra, etc, para a obtenção da mesma tutela específica ou de resultado prático equivalente¹² decorrente da determinação de uma obrigação de fazer ou não fazer.

A redação do §5º, do artigo 461 do Código de Processo Civil, ao prever que o juiz poderá determinar as “medidas necessárias, tais como [...]” não deixa qualquer dúvida quando a esse rol de medidas executivas ser apenas exemplificativo.

Essa norma corrobora com a idéia de que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pressupõe, inexoravelmente, a ampliação dos poderes do magistrado na condução do processo e a incrementação dos mecanismos¹³ postos a sua disposição para o cumprimento adequado de suas decisões, cabendo a ele fazer o melhor juízo de escolha levando em consideração as particularidades de cada caso concreto.

Nesse mesmo sentido, a alteração realizada pela Lei 8.952/94 permitiu ao magistrado fixar multa pecuniária,¹⁴ independentemente de pedido do autor, com o objetivo de influenciar o obrigado a cumprir a antecipação dos efeitos da tutela, concedida em situação de urgência em face do relevante fundamento da demanda e do justificado receio de ineficácia do provimento final - *fumus boni iuris e periculum in mora*, ambos os requisitos verificados em sede de cognição sumária e provisória. A multa, como já visto, também poderá ser fixada *ex officio* por ocasião da prolação da sentença para coagir o condenado ao cumprimento da obrigação específica contida no provimento judicial (CPC, art. 461, §§ 3º e 4º, respectivamente). Por fim, ainda que não fixada na sentença, abre-se a possibilidade da multa vir a ser fixada de ofício ou a requerimento do interessado, na fase de execução do julgado (CPC, art. 645 c/c art. 644).¹⁵

¹² Segundo Juvêncio Vanconcelos Viana (2003, p. 258), "o 'desfazimento de obras' e o 'impedimento de atividade nociva' podem ou não, ter caráter indireto, dependendo do bem da vida que esteja sendo pleiteado pelo demandante. Havendo a coincidência, estar-se-á tratando de típica antecipação de tutela".

¹³ O magistrado deverá sempre optar pelo meio executivo mais adequado à tutela do direito e, ao mesmo tempo, menos gravoso à esfera jurídica do demandado.

¹⁴ No tocante à fixação da periodicidade da multa, assevera Juvêncio Vasconcelos Viana (2007, p. 33) que a expressão "multas diárias", utilizada pela lei, constitui expressão a ser futuramente revista, haja vista a possibilidade da mesma ser estabelecida em intervalos não necessariamente diários. Marinoni e Arenhart (2007, p. 47) ressaltam que a multa diária somente tem eficácia para cessar o ilícito continuado, já que quando se pretende impedir a prática ou repetição de um ilícito, o adequado é que seja estabelecida multa com valor fixo.

¹⁵ "Art. 644 - A sentença relativa à obrigação de fazer e não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo. Art. 645 - Na execução de obrigação de fazer e não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. [...]"

Em face da imiscuição de medidas executórias na fase de cognição, Nery Júnior e Rosa Maria Nery (2006, p. 586) identificam aqui o “regramento completo de um novo instituto, que é o da *ação de conhecimento* de execução de obrigação de fazer ou de não fazer.”

Ao priorizar a concessão de tutela específica de caráter liminar, bem como ao prever a fixação de multa para induzir o obrigado a cumpri-la, resta nítido o intuito primeiro do legislador em prover uma tutela preventiva de natureza inibitória da violação do direito, podendo ser positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), mas de maneira imediata, com a exarcação de provimento de natureza mandamental.

Desde que não se trate de obrigação personalíssima,¹⁶ a efetivação da tutela específica ou de providências que produzam resultado prático correspondente poderá ser atribuída a outrem, utilizando-se para isso de medidas substitutivas ou sub-rogatórias aptas a produzir, independentemente da vontade do obrigado, a situação correspondente ao adimplemento voluntário.

Em todas essas hipóteses, a ampliação dos poderes do magistrado, verificada com a possibilidade do mesmo fixar de ofício as *astreintes*, reflete a compreensão de que o processo constitui um instrumento público de efetivação de tutela de direitos, não podendo o magistrado quedar submisso à iniciativa das partes para a obtenção dos resultados que por meio dele o Estado pretende atingir.

Essa multa pecuniária não tem natureza de pena,¹⁷ mas caráter inibitório do descumprimento do comando judicial. Por isso, segundo defendem Nery Junior e Rosa Maria Nery (2006, p. 588), deve ser fixada em valor significativamente elevado “[...] para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.”

Sobre o parâmetro para a fixação do *quantum* da multa, enfatiza Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 256-257) que o Código de Processo Civil não estabelece o valor da

¹⁶ Se a utilização dos meios previstos em lei para o cumprimento da obrigação personalíssima não forem suficientes à sua realização, a obrigação findará convertendo-se em perdas e danos.

¹⁷ Segundo Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 252), a previsão de cumulatividade da indenização por perdas e danos e da multa acima referida (CPC, art. 461, §2) somente vem enfatizar a diferença existente entre ambas, haja vista que a primeira possui natureza jurídica reparatória, “chegando a substituir a falta daquela execução *in natura*”, e deve ser calculada de acordo com a extensão do dano; enquanto a segunda é medida processual

cominação, sendo certo que a mesma não tem o fim de reparar coisa alguma, por isso, o valor da obrigação não representa limite para o valor da *astreinte*, que não sofre a incidência do artigo 412 do Código Civil Brasileiro,¹⁸ devendo levar-se em conta para tal quantificação a capacidade econômica do devedor, já que a multa deve ser suficiente para convencê-lo a cumprir a obrigação.

A antecipação da tutela específica, por sua natureza urgente, deve ser cumprida imediatamente, não sendo exigida a prestação de caução por parte do autor, de forma que, no caso de improcedência da ação, os efeitos antecipados resolver-se-ão em perdas e danos a serem suportados pelo requerente. Quanto aos objetivos, a antecipação dos efeitos da tutela para obrigações de fazer e não fazer visa prevenir ou impedir, ante os sinais inequívocos de ameaça, que a lesão consume-se ou, não sendo isso possível, pelo menos fazê-la cessar o mais brevemente.

Já o art. 461, §6º do Código de Processo Civil permite ao magistrado, de ofício, alterar o valor ou a periodicidade da multa inibitória no caso de verificar que a mesma tornou-se insuficiente ou excessiva. Esse dispositivo representa verdadeira aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ao processo, permitindo a alteração posterior do *quantum* da multa pecuniária em decorrência de mudanças na situação fática, tudo como o propósito de manter a razoabilidade da *astreinte*.

Quanto à previsão de redução da multa fixada, Nery Junior e Rosa Maria Andrade (2006, p. 588) defendem ser injustificável tal providência, haja vista que aquilo que se visa não é seu pagamento, mas, como já se disse, o cumprimento da obrigação na forma específica e, conseqüentemente, seu não pagamento.

Todos esses dispositivos incrementadores do poder do magistrado na execução das obrigações de fazer e não fazer pretendem expandir os meios colocados a sua disposição para garantir maior eficiência e celeridade na consecução dos efeitos materiais do provimento jurisdicional de mérito.

Outras importantes mudanças na execução de provimento jurisdicional civil foram efetuadas pela Lei no. 10.444/02.

coercitiva ou inibitória do descumprimento da ordem judicial, devendo ser fixada de acordo com a fortuna do devedor, e desaparece quando do cumprimento da obrigação.

¹⁸ "Art. 412 - O valor da cominação imposta na cláusula penal não poder exceder o da obrigação principal."

Importa ressaltar que essa Lei acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 461-A¹⁹ o qual, a exemplo das alterações já realizadas quanto às obrigações de fazer e não fazer, estabeleceu a concessão de tutela específica, agora em relação à obrigação de entregar coisa diferente de dinheiro, prevendo, na hipótese de descumprimento tempestivo da obrigação (prazo estabelecido pelo juiz), a expedição de mandado de busca e apreensão, no caso de bem móvel, ou de imissão na posse, na hipótese de bem imóvel, em favor do credor.

Em razão da possibilidade do órgão jurisdicional obter a coisa para o credor independentemente da vontade do devedor, por medida de sub-rogação, não há qualquer sentido em prever a hipótese de providência que assegure o resultado prático equivalente.

Ainda no tocante à obrigação de entregar coisa o Código de Processo Civil, em seu artigo 461-A, §3º, prevê a aplicação de todos os parágrafos do artigo antecedente a essa espécie de execução.

Essa mesma Lei no. 10.444/02 alterou a legislação processual civil - art. 644 - no que tange a execução das obrigações de fazer e não fazer, pondo fim à dicotomia até então existente entre os processos de conhecimento e de execução, promovendo aquilo que a doutrina chama de *unidade lógica* entre as atividades cognitiva e executiva do magistrado e concebendo a execução como “fase” do processo de conhecimento, tudo com o intuito de obter maior celeridade e simplificação na efetivação do provimento jurisdicional condenatório. O sincretismo dos processos de conhecimento e de execução ratifica a idéia de que o processo tem por objetivo promover a tutela jurisdicional do direito, o que não se dá necessariamente com a simples prolatação da sentença.

Assim, a segunda fase da reforma pôs fim, no sistema processual civil brasileiro, à regra da *nulla executio sine titulo*, característica da teoria chiovendiana do século XIX e do Estado Liberal da época. Essa regra veda a possibilidade de execução sem o prévio esgotamento da cognição através de uma sentença com trânsito em julgado, ou seja, sem a existência de título executivo judicial ensejador da certeza jurídica e, por conseqüência, proíbe a tutela do direito com base em juízo de verossimilhança, pondo a garantia do exercício da ampla defesa como

¹⁹ “Art. 461- A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. §1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. §2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão de posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. §3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461”.

antecedente necessário da prestação da tutela jurisdicional. Sobre as peculiaridades da regra da *nulla executio sine titulo*, explicam Marinoni e Arenhart (2007, p. 25):

Imediatamente vinculada à questão da neutralidade, aparecia a garantia da ampla defesa, compreendida como um direito que deveria ser naturalmente exercido antes da prestação da tutela jurisdicional do direito. Em razão da desconfiança em relação aos juízes e do receio de decisões arbitrárias - que pudessem resultar da preferência pela parte autora em detrimento da ré -, proibia-se a tutela jurisdicional do direito ou qualquer prejuízo à esfera jurídica do réu no curso do processo, isto é, antes que ele pudesse ter feito as alegações e produzido as provas necessárias a sua defesa. Ou seja, a exigência da ampla defesa era uma garantia de liberdade contra a possibilidade do arbítrio judicial e, por isso, era reafirmada pela regra da *nulla executio sine titulo*.

Esses mesmos autores (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 56) esclarecem, entretanto, que a tutela antecipada e a tutela final são materialmente idênticas, prescindindo dos mesmos atos executivos materiais para serem concretizadas:

Se executar é tornar faticamente viável a tutela do direito material, ou melhor, se a execução é um componente indispensável da tutela do direito, é inegável que execução é imprescindível para a tutela antecipatória. Dar concretude a tutela antecipada é, tão somente, dar efetividade à tutela jurisdicional do direito no curso do processo.

Há, considerando-se as tutela antecipada e final, execução de uma tutela substancialmente idêntica, mas que varia apenas em razão do grau de cognição (verossimilhança ou verdade) que funda a decisão. Como o grau de cognição não modifica a natureza da tutela do direito material, não há motivo para alterar a natureza da execução que lhe diz respeito apenas pelo fato de vir antes ou depois da declaração contida no final do processo. Atualmente há execução fundada em cognição sumária e execução fundada em sentença transitada em julgado ou em sentença provisoriamente executável na pendência de recurso.

Com a eliminação da ação de execução de sentença (art. 461, 461-A e 475-J, do CPC) e com a introdução da técnica antecipatória, o processo de conhecimento, concebido para o juiz exercer somente a atividade intelectual, sem “sujar as mãos” com aspectos práticos necessários à efetivação da sua decisão, transformou-se em local em que se misturam as atividades cognitiva e executiva.

Posteriormente, a Lei no. 11.232, de 22/12/2005 acrescentou o artigo 475-I²⁰ do Código de Processo Civil concluindo o sincretismo dos processos de execução e de cognição para títulos executivos judiciais. Ainda de acordo com esse dispositivo legal, a execução da sentença que impõe obrigações de fazer e não fazer deve observar o disposto no artigo 461; a obrigação de entregar coisa, o disposto no artigo 461-A; e, a obrigação de pagar deve seguir o procedimento estatuído no artigo 475-J,²¹ todos do Código Processual Civil brasileiro. Dessa

²⁰ "Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. §1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito suspensivo. §2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta."

²¹ "Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por

forma, nas obrigações de pagar, apesar da execução constituir apenas uma fase do processo cognitivo, permanece o sistema de expropriação de bens do devedor, enquanto para as outras espécies de obrigações, deve ser dada preferência à tutela específica do direito.

Tem-se, assim, que a execução das obrigações de fazer e não fazer, declaradas em sentença, dispõe para sua realização dos meios idôneos e necessários, exemplificativamente indicados nos §§ 4º e 5º, do artigo 461 do Código de Processo Civil, para sua realização; a obrigação de entregar coisa poderá ser efetivada mediante imissão na posse ou busca e apreensão ou, ainda, por outros meios necessários e adequados, inclusive pela fixação de multa (§3º, art. 461-A, CPC); já para a execução forçada do pagamento de quantia, o artigo 475-J do Código de Processo Civil prevê a utilização das técnicas de expropriação, mediante penhora, avaliação, expropriação e pagamento da quantia.²²

A Lei no. 11.232/05, que implantou o sistema de “cumprimento de sentença” para a efetivação das obrigações de pagar provenientes de condenação judicial, concluiu o ciclo de sincretização dos processos cognitivo e executivo substituindo a execução de título judicial por quantia certa contra devedor solvente, estando hoje regulado pelos artigos 475-I e seguintes do CPC, sendo-lhe aplicável subsidiariamente, naquilo em que não lhe for conflitante, as normas do Livro II do Código de Processo Civil, atinente a processo de execução de título extrajudicial (CPC, art. 475-R).

O processo de execução autônomo foi abolido por aquela Lei, com exceção dos casos de sentença proferida contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730) e da condenação em alimentos (CPC, art. 732), passando a execução a constituir apenas uma “fase” do processo de conhecimento, após a prolatação da sentença condenatória, sem a necessidade de nova citação²³ para a formação de nova relação jurídica processual. Nesse contexto, a sentença deixa de ser definida como ato que põe termo ao processo com ou sem julgamento do mérito,

cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. §1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (art. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. §2 Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo. §3 O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados. §4 Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput* deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. §5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.”

²² Em casos excepcionais, como o crédito de alimentos, poderão ser utilizadas outras técnicas como o desconto do valor em folha de pagamento e até prisão do devedor.

ou seja, deixa de ser concebida como provimento final,²⁴ já que o exercício da atividade jurisdicional continua mesmo após sua prolação, desta feita com a prática dos atos necessários à satisfação da obrigação declarada na sentença.

Quanto ao procedimento do cumprimento de sentença, verifica-se que a fixação do prazo de quinze dias para que o devedor pague o valor da condenação decorre da compreensão de que a decisão judicial é obrigatória e inevitável para as partes devendo, por princípio de boa fé, ser cumprida voluntariamente pelo devedor sem interposição de embargo de qualquer natureza.

Por questão de celeridade e economia processual, o magistrado deverá fazer determinar na própria sentença condenatória a intimação do devedor, através de seu advogado, para que efetue o pagamento do *quantum debeatur*, no prazo de até quinze dias após o trânsito em julgado daquela decisão, sob pena de pagamento da multa de 10% do valor da condenação devidamente atualizada (CPC, art. 475-J, *caput*), utilizando-se da coerção indireta para obter mais rapidamente a tutela do direito subjetivo violado ou ameaçado. Impõe ressaltar, entretanto, que para a expedição de mandado de penhora e avaliação em razão do não pagamento voluntário do débito, deverá haver o prévio. O requerimento de execução deverá, ainda, estar instruído com o demonstrativo atualizado do débito (CPC, art. 614, inciso II) sendo indicado, nessa oportunidade, os bens do executado que se sujeitarão à penhora (CPC, art. 475- J, §3º).

Ao atender o requerimento de expedição do mandado de penhora e avaliação, o juiz fixará os honorários advocatícios previstos no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil, os quais serão devidos cumulativamente com a multa de 10% do valor da condenação.

A Lei 11.232/02 também primou pela celeridade ao estabelecer que da penhora e avaliação será intimado o advogado do devedor ou a pessoa do próprio executado ou, ainda, seu representante, por mandado ou por correio para, querendo, no prazo de quinze dias, oferecer impugnação, e não mais embargos à execução, como era previsto antes da reforma.

²³ Para se iniciar a fase de execução não mais se faz necessária nova citação, apenas a intimação do executado, na pessoa de seu advogado.

²⁴ Antiga redação do art. 162, §1: "A sentença é ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Com a Lei 11.232/05, o mesmo artigo passou a apresentar a seguinte redação: "Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei". Por consequência também o *caput* do artigo 463 do CPC foi alterado. Antes da Lei 11.232/05, previa: "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la: [...]; depois da reforma passou a estabelecer: "Publica a sentença, o juiz só poderá alterá-la: [...]."

Após a realização da penhora e da avaliação, com a interposição de impugnação pelo executado, que se abre a oportunidade de exercício do contraditório quanto às matérias indicadas no artigo 475-L do CPC.

Apesar da lei silenciar a respeito do procedimento empregado na impugnação ao cumprimento de sentença, a exigência constitucional de observância à garantia do contraditório impõe ao magistrado a intimação do exequente para, querendo, apresentar contestação à impugnação enquanto, por aplicação do princípio da isonomia, esse prazo deverá ser de 15 (quinze) dias, a contar da intimação de seu advogado, o mesmo prazo concedido ao executado para a apresentação da impugnação. Em havendo necessidade, o juiz deverá abrir, ainda, oportunidade à dilação probatória.

A impugnação, de regra, não possui efeito suspensivo (CPC, art. 475-M²⁵), estando sua interposição restrita às hipóteses elencadas no artigo 475-L do CPC. Como a impugnação possui natureza jurídica de incidente processual e, não mais de processo autônomo, como ocorria com os embargos à execução, o recurso cabível da decisão interlocutória nela proferida é o agravo de instrumento²⁶ (CPC, art. 475-M, §3º), também, de regra, com efeito apenas devolutivo. Quando a decisão prolatada na impugnação extinguir a execução, terá natureza de sentença (CPC, arts. 267 e 269), sendo então cabível o recurso de apelação, e não mais de agravo de instrumento.

A não suspensividade do agravo de instrumento permite a continuidade da execução naqueles casos em que o magistrado verifique que não há fundado risco de grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado, caso contrário poderá conferir efeito suspensivo ao recurso (CPC, art. 475-M, *caput*). Com o intuito de possibilitar o prosseguimento da execução mesmo quando haja o risco de grave dano, mas resguardando igualmente os interesses do executado, o artigo 475-M, §1º do CPC permite ao exequente requerer a continuidade da execução quando o agravo de instrumento houver sido recebido com efetivo suspensivo, para isso prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.

²⁵ "Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil reparação. §1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos. §2º Deferido o efeito suspensivo, a impugnação será instruída e decidida nos próprios autos e, caso contrário, em autos apartados. §3º A decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação."

²⁶ Se a decisão foi pela extinção da execução, o recurso será de apelação, e não agravo de instrumento.

Essas, dentre outras alterações procedidas na legislação processual civil, voltaram-se a garantir o direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional em sua forma mais plena, aprimorando o procedimento e ampliando os instrumentos disponibilizados ao magistrado para realizar concretamente e da forma mais adequada os desígnios jurídicos, sociais e políticos da jurisdição.

No tocante especificamente às mudanças procedidas na execução dos provimentos judiciais, buscou-se fortalecer a posição do credor dentro do processo, o que acarretou, por consequência, a limitação das oportunidades e mecanismos até então disponibilizados ao executado para contrapor-se ao cumprimento das obrigações declaradas nas decisões judiciais. Essa nova realidade em que se encontram credor e devedor dentro da execução coaduna-se com a finalidade da própria execução, qual seja, a de promover a satisfação do direito anteriormente reconhecido por meio de uma decisão judicial, e não realizado voluntariamente pelo executado.

3.3 Tutelas de urgência

Como já restou amplamente demonstrado, a tutela jurisdicional será tanto mais efetiva quanto mais se aproximar da realização concreta do direito tutelado na norma material. Nesse contexto, as tutelas de urgência mostram-se essenciais à garantia de efetividade da tutela jurisdicional, posto que constituem medidas idôneas e adequadas à proteção do direito quando há fundado risco de que o decurso do tempo necessário à cognição plena venha comprometer ou inviabilizar a concretização do direito violado ou ameaçado.

José Roberto dos Santos Bedaque (2006, p. 26) classifica as tutelas de urgência como subespécies das *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, que englobam aquelas deferidas em procedimentos específicos, de cognição plena, e atendem a particularidades de determinadas relações jurídicas materiais; e as tutelas sumárias típicas, deferidas antes de concluída a cognição, com o intuito de evitar que o tempo comprometa o resultado do processo ou porque desnecessária a cognição plena.

As *tutelas de procedimentos especiais* são encontradas no Código de Processo Civil, no Livro IV - Dos Procedimentos Especiais, das quais são exemplos a consignação em pagamento, as ações possessórias, a nunciação de obra nova, dentre outras.

As *tutelas sumárias típicas* provêm de cognição não exauriente permitida por lei quando, em atenção às particularidades do caso concreto, a cognição parcial legitima a tutela do direito. É o que ocorre na hipótese de revelia - CPC, art. 330, inciso II -, em que a falta de contestação do réu e a disponibilidade do direito autorizam o julgamento antecipado da lide; e, no reconhecimento expresso do pedido por parte do promovido - CPC, art. 269, inciso II. Outro exemplo é a antecipação de tutela prevista no artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil, em que a tutela sumária tem o propósito de evitar dano injusto ao autor ou a inutilidade da tutela final, decorrente do retardamento causado pelo abuso de direito de defesa ou intuito protelatório do réu, característico da litigância de má-fé, prevista nos artigos 16 a 18 do Código Processual Civil.²⁷

Não se pode olvidar da hipótese de antecipação da tutela decorrente da ausência de impugnação de um ou mais pedidos acumulados, ou de parte deles (CPC, art. 273, §6º).²⁸ Esse fato torna o(s) pedido(s) incontroverso(s), nada obstando a antecipação.

Quando as tutelas sumárias são previstas com o intuito de evitar os males que o tempo pode causar, ou seja, para prevenir que o decurso do tempo despendido com a cognição plena comprometa a própria eficácia da tutela definitiva, tem-se as chamadas tutelas de urgência, que podem ser de dois tipos: cautelares e antecipatórias.

Segundo Bedaque (2006, p. 27), as duas espécies de tutelas de urgência, por serem espécies de tutelas sumárias, provêm de cognição não exauriente, portanto, pressupõem a inexistência de coisa julgada, e têm o escopo comum de “evitar que o decurso do tempo comprometa o resultado da tutela jurisdicional”, por isso são instrumentais, distinguindo-se em relação aos efeitos produzidos: as tutelas antecipatórias apresentam caráter satisfativo e as cautelares, caráter assecuratório.

As tutelas cautelares são manejadas para resguardar a eficácia de provável provimento jurisdicional favorável à pretensão do autor, exarado em processo cognitivo ou executivo, sem qualquer antecipação concreta da pretensão do autor. São tutelas instrumentais em relação ao

²⁷ Mesmo nessa hipótese de antecipação da tutela decorrente de abuso do direito de defesa ou propósito protelatório do réu, faz-se necessária a verificação da prova inequívoca exigida no *caput*, do Art. 273 do CPC, mas não se verifica o pressuposto do *periculum in mora*, por essa razão restando descaracterizada a medida como tutela de urgência.

²⁸ No caso do art. 273, §6º do CPC, a verossimilhança autorizadora da concessão de antecipação da tutela advém da própria incontrovérsia.

resultado da tutela final ulterior, visando apenas as medidas conservativas²⁹ do direito e garantindo sua realização prática, sem apresentar qualquer aptidão para julgar o litígio, mesmo que provisoriamente. Seu objetivo, portanto, não é satisfativo,³⁰ mas assecuratório.

As tutelas antecipatórias, por seu turno, têm o propósito de satisfazer provisoriamente o direito postulado pelo autor, podendo equivaler em conteúdo material à própria sentença, se a tutela provisória tiver antecipado na totalidade os efeitos da pretensão autoral, em garantia da efetividade da tutela jurisdicional.

Mesmo na hipótese da tutela antecipatória satisfazer totalmente os efeitos materiais da sentença, não se poderá negar seu caráter instrumental em relação a essa última, já que os efeitos jurídicos de decisão definitiva somente advirão da sentença, jamais da tutela que antecipou seus efeitos materiais.

Esse efeito jurídico consiste em fazer atuar definitivamente a norma material sobre o caso concreto, gerando a coisa julgada material. Pela clareza de idéias, convém transcrever a explicação dada por José Roberto Bedaque (2006, p. 318) sobre a diferença existente entre os efeitos da antecipação de tutela e da tutela definitiva:

Ainda que a medida provisória seja caracterizada como tutela antecipada, a eficácia prática pode ser a mesma daquela inerente à tutela definitiva, mas no plano jurídico não há identificação. Uma visa apenas a antecipar os efeitos, para garantir o resultado definitivo. A primeira produz, no plano material, eficácia puramente fática. A segunda, além dos efeitos de fato, passa a representar a vontade definitiva do legislador material para o caso concreto.

Apesar de a satisfatividade constituir efeito próprio da tutela antecipada, pode-se encontrar no Código de Processo Civil medidas cautelares ditas satisfativas, o que se justifica pela cronologia das normas. Antes da Lei no. 8.952/94 alterar o artigo 273 do Código de Processo Civil, possibilitando a concessão de antecipação de tutela no processo de conhecimento, as medidas de urgência tinham, de regra, que ser postuladas por meio de ação cautelar autônoma.

²⁹ Para José Roberto Bedaque (2006, p. 127) a característica essencial da tutela cautelar reside em sua inaptidão para solucionar definitivamente o litígio. Assim, seriam cautelares "não apenas as medidas conservativas, mas também as destinadas a regular provisoriamente o conflito, antecipando eventuais efeitos concretos da tutela final. As tutelas cautelares compreenderiam, portanto, as medidas conservativas e satisfativas.

³⁰ A despeito de constituírem exceção, existem tutelas cautelares que, amparadas na lei, têm caráter satisfativo, podendo citar-se como exemplo a entrega de bens de uso pessoal do cônjuge e dos filhos, a demolição de prédio para resguardar a saúde, segurança ou outro interesse público - CPC, art. 888, incisos II e VIII (BEDAQUE, 2006, p. 240).

Por essa razão, findou o legislador por atribuir a algumas ações cautelares o poder de produzir tutelas satisfativas para não quedar à inutilidade certos provimentos definitivos que necessitavam, para manterem-se úteis, ser antecipados em caráter de urgência. São exemplos de cautelares satisfativas a separação de corpos e a busca e apreensão dos filhos para entregá-los à mãe.

O sistema processual brasileiro prevê a existência de tutelas antecipatórias específicas, como as liminares em ações possessórias e em mandado de segurança e, ao lado delas, o *poder geral de antecipação dos efeitos da tutela* exercido no processo de conhecimento e previsto no artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil,³¹ com redação dada pela Lei no. 8.952/94. Também em relação às tutelas cautelares dispõe o juiz do poder geral de cautela, estatuído no artigo 798 do mesmo Diploma processual,³² que lhe possibilita a concessão de medidas cautelares inominadas, quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

O crescente aumento dos poderes conferidos ao magistrado, por meio dessas espécies de poder geral de cautela, tem o propósito de preservar a utilidade da tutela jurisdicional, garantindo assim o efetivo acesso à ordem jurídica justa, o que reflete a tendência cada vez maior de atribuir liberdade ao julgador para decidir qual a medida executiva mais adequada ao caso concreto. O legislador demonstra, por meio das últimas alterações realizadas na legislação processual, ter optado por confiar na aptidão do magistrado de buscar a solução que se lhe afigure ser a mais consentânea com o sistema jurídico pátrio e com o bem comum, afastando a pretensão de disciplinar todas as situações fáticas e suas variáveis através de normas jurídicas gerais e abstratas, que limitam a atuação do magistrado à de mera subsunção do caso concreto à lei.

³¹ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. §1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento. §2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. §3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§4º e 5º, e 461-A. §4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. §5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. §6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

³² “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave de difícil reparação.

As tutelas sumárias têm essa denominação porque são proferidas, de regra, levando-se em consideração unicamente os argumentos deduzidos pelo autor na exordial e as provas com ela carreadas. O exercício do contraditório e da ampla defesa é, desta forma, relegado para um momento posterior. Ademais, como o magistrado, até esse momento, exerceu uma cognição apenas superficial dos fatos, o juízo não será de certeza, mas de probabilidade.

Importante ressaltar que a antecipação dos efeitos materiais da sentença, com fulcro no artigo 273 do Código de Processo Civil, poderá ocorrer liminarmente ou após a citação do réu ou, ainda, após o julgamento da lide em primeira instância, já em segundo grau de jurisdição.

Estabelecido conceito de liminar como provimento jurisdicional exarado no início do processo, antes da citação do réu, não há que o confundir com a antecipação dos efeitos da tutela. Essa antecipação constituirá decisão liminar se proferida no início do procedimento, mas poderá não sê-lo, desde que deferida em outro momento processual, sempre voltada à preservação do resultado útil do processo.

Com supedâneo nas características já apontadas, verifica-se a existência de três requisitos comuns a ambas as espécies de tutelas urgentes: a verossimilhança, o risco de dano e a provisoriedade.

A verossimilhança, embora presente em ambas as tutelas de urgência, apresenta graus distintos em cada uma. Na tutela antecipatória, a verossimilhança exige mais do que *fumus boni iuris*, carecendo de prova inequívoca, entenda-se, suficiente, dos argumentos fáticos (CPC, art. 273, *caput*). Portanto, o magistrado deverá averiguar sobre a probabilidade de existência do direito afirmado pelo autor levando em consideração a petição inicial e o conjunto probatório. Essa exigência justifica-se pelo fato de que através dessa espécie de tutela serão antecipados os efeitos do pedido do autor.³³

Sobre a exigência legal de prova inequívoca de verossimilhança, explica Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 145):

Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (*prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança*), chega-se ao conceito de *probabilidade*, portador de maior segurança do que a mera *verossimilhança*. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes [...] A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque

³³ José Roberto Bedaque (2006,p.361) entende que não apenas o autor pode postular tutela antecipada, mas também o promovido, quando em sua defesa - contestação ou reconvenção - aduz pretensão contra aquele.

lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou *verossimilhança*, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

.....
 [...] Decidirá à luz de documentos que estejam nos autos e, fazendo valer seus poderes instrutórios, de-ofício ou a requerimento determinará a realização das atividades probatórias que em cada caso sejam convenientes. Aplicam-se as regras ordinárias sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333), embora não precise o autor levar o juiz a níveis absolutos de convicção sobre os fatos constitutivos.

Na tutela cautelar, dado seu intento conservativo, a verificação da probabilidade recairá sobre a situação fático-jurídica descrita na inicial, da qual se poderá extrair a observância às condições da ação, mormente o interesse de agir - adequação e necessidade, não sendo necessária a formação do convencimento do julgador por meio de provas.

Diante do pedido de concessão de tutela cautelar, o magistrado deverá recorrer à relação jurídica material, tão-somente, para averiguar a respeito da plausibilidade da pretensão autoral - *fumus boni iuris* - e a real necessidade do provimento urgente para evitar o risco de perecimento do direito diante da demora da tutela definitiva, eventualmente satisfatória ao autor - *periculum in mora*. A tutela cautelar, como já frisado, em razão de sua natureza instrumental, não se destina a fazer atuar as normas que regulam a relação jurídica material entre os litigantes.

Quanto ao perigo de dano verificado na cautelar, o mesmo deve estar relacionado ao risco causado pela demora na entrega da tutela jurisdicional definitiva, tendo como intuito proteger determinada situação fática ou jurídica importante para a obtenção do resultado útil do processo, expresso por meio do provimento final.

Já o risco de dano justificador da antecipação de tutela motiva não a conservação, mas a inovação na situação fática existente entre as partes, possibilitando ao magistrado antecipar os efeitos da tutela final, regulando provisoriamente a própria relação jurídica material.

A provisoriedade advém do fato de que essas tutelas de urgência subsistirem até o advento de fato superveniente, qual seja, sua revogação ou a prolatação de provimento definitivo, sendo-lhe, portanto, intrínseca a reversibilidade. Ressalte-se, por oportuno, que a reversibilidade exigida pela norma é dos efeitos satisfativos da medida antecipatória, e não do próprio provimento jurisdicional, este sempre reversível, posto tratar-se de tutela provisória.

Em relação à antecipação de tutela, a exigência de reversibilidade encontra-se expressa nos artigos 273, §§ 2º e 4º do Código de Processo Civil; e, em relação às cautelares, no artigo

807 no mesmo Código. Em ambos os casos, o intuito é o de salvaguardar a segurança jurídica do promovido.

Em casos excepcionais, justificados pela prevalência de valores magnos como o direito à vida, o magistrado, exercendo juízo de ponderação em relação ao valor de segurança jurídica, poderá antecipar efeitos irreversíveis da tutela final. Nesses casos, mais intensa deve ser a busca pelo processo de resultados, sendo indispensável que o magistrado utilize sua sensibilidade e racionalidade para encontrar a solução mais adequada à compatibilização dos valores em colisão.

Cite-se como exemplo autorizador da concessão de tutela antecipada com efeitos em princípio irreversíveis, o pagamento de pensão alimentícia necessária à sobrevivência do alimentando.

A revogação da tutela provisória pelo próprio magistrado que a deferiu, até mesmo de ofício, justifica-se quando, no curso do processo, advenham elementos descaracterizadores dos requisitos da tutela de urgência deferida, o que poderá ocorrer quando da manifestação do promovido, no exercício do contraditório, ou por ocasião da dilação probatória, quando restarem afastados um ou ambos os requisitos anteriormente tratados: a plausibilidade do direito ou o risco de ineficácia do provimento jurisdicional final.

A entrega da prestação jurisdicional definitiva, seja favorável ou desfavorável à pretensão do autor, confirme ou casse a tutela de urgência, faz sempre cessar sua eficácia, haja vista que aquela constitui provimento de cognição plena, cuja eficácia era resguardada pela tutela sumária.

A Lei no. 10.444/02 acrescentou o §7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, consagrando expressamente a possibilidade do magistrado receber incidentalmente, no bojo do processo de conhecimento, pedido de natureza cautelar pleiteado a título de antecipação de tutela, providência em tudo harmônica com o princípio da instrumentalidade do processo.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier (2002, p. 59/60), a partir daquela norma, o autor da ação poderá postular no curso do processo cognitivo as duas espécies de tutelas de urgência, desde que destinadas a garantir a exigibilidade da tutela final. Essa possibilidade decorre do reconhecimento de que a tutela antecipada possui um conteúdo cautelar. Tem-se assim, que em alguns casos é necessário antecipar à parte, total ou parcialmente, os efeitos da tutela final, para garantir a possibilidade de eficácia plena da

sentença e, conseqüentemente assegurar o acesso à tutela jurisdicional efetiva, não podendo estar o magistrado, no seu ofício de realizar concretamente o direito material, limitado a questões meramente formais:

[...] a razão de ser das medidas cautelares liga-se ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isto significa que, estando as partes, como regra geral, impedidas de resolver seus conflitos pela autotutela, compromete-se o Estado a apreciar as pretensões que lhe são formuladas, devendo prestar a jurisdição. O direito à prestação jurisdicional há muito se entende não se confundir como o direito à obtenção de uma 'sentença transitada em julgado'. O jurisdicionado faz jus, isto sim, à tutela jurisdicional final, elas existem justamente para ensejar a aplicabilidade pela do princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional. Por isso, qualquer restrição à concessão de medidas dessa natureza esbarra na própria Constituição Federal, quando pode impedir que seja eficaz o provimento jurisdicional principal, comprometendo, por vias transversas, o próprio direito material em jogo.

.....
[...] às vezes exatamente para se garantir a possibilidade de eficácia plena da providência principal, é necessário que se adiante(m) à parte precisamente efeito ou efeitos *próprios do pronunciamento*, que se pleiteia(m) a final. E aí se terá a antecipação de efeitos da tutela - provimento, segundo alguns, 'satisfativo' - , já que o que se adianta é efeito (ou efeitos) que se pretende(m) obter a final - mas, nesse caso, com fortes traços de cautelaridade.

Conclui-se, portanto, que a fungibilidade das tutelas de urgência autorizada pelo artigo 273, §7º do Código de Processo Civil consagra a busca pelo ideal do processo de resultados, no qual o magistrado deve realizar a jurisdição em função de seus escopos jurídicos, sociais e políticos.

CONCLUSÃO

Jurisdição consiste na atividade de resolver definitivamente os conflitos intersubjetivos, em substituição às partes, fazendo atuar as normas jurídicas materiais no caso concreto, por meio do devido processo legal. Essa atividade, atualmente, não é monopólio do Estado, podendo também ser exercida por particulares denominados de árbitros, aos quais a Lei no. 9.307/96 reconhece a condição de juiz de fato e de direito, dotando suas decisões dos mesmos efeitos da sentença judicial, suprimindo, ainda, a antiga exigência de homologação judicial.

A arbitragem, como equivalente da justiça pública, apenas não autoriza o árbitro a fazer uso do poder de coação para impor o cumprimento de sua sentença. Para executar a decisão arbitral o interessado deverá buscar o Poder Judiciário.

No Estado, a jurisdição é preponderantemente exercida por órgãos do Poder Judiciário dotados de garantias de independência e imparcialidade asseguradas pela Constituição Federal.

A função jurisdicional estatal, nos moldes em que é hoje exercida, remonta ao movimento constitucionalista implantado com a Revolução Inglesa, de 1688, a Revolução Americana, de 1776 e a Revolução Francesa, de 1779. Essas Revoluções, muito mais de motivação ideológica burguesa do que verdadeiramente popular, levaram à derrocada do absolutismo monárquico, implantando o Estado Liberal de Direito, caracterizado pelo reconhecimento de limites materiais ao exercício do poder político consubstanciados na declaração de direitos individuais e políticos inerentes ao homem e anteriores ao próprio Estado, de natureza inalienável e imprescritível. O movimento constitucionalista eclodido no século XVIII sob a profunda influência dos filósofos jusnaturalistas resultou também na limitação dos Poderes do Estado através da separação das funções executiva, legislativa e judiciária; na implantação do Estado de Direito, caracterizado pela submissão dos indivíduos

e do próprio Poder Público às leis emanadas, em última instância, do povo, detentor da soberania; e, na supremacia da constituição escrita.

Esse Estado de ideologia liberal, garantidor de direitos meramente formais e individuais, mas que excluía o povo do exercício de sua cidadania, mostrou-se insuficiente à realização concreta dos ideais de liberdade e igualdade sociais, dando espaço ao surgimento do Estado Social de Direito de natureza intervencionista, garantidor e promotor de igualdade material e justiça social.

Nos Estados não socialistas, também esse regime foi incapaz de conciliar satisfatoriamente os valores democráticos e sociais, a liberdade e a igualdade, daí advindo o atual Estado Democrático de Direito que se encontra assentado, fundamentalmente, no reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões.

Concomitantemente à positivação desses direitos fundamentais reconhecidos a todas as pessoas individuais e institucionais, faz-se necessária a existência de um poder político reconhecidamente legítimo, exercido por meio de órgãos com competências constitucionalmente estabelecidas, que funcionam de forma interdependente e harmônica, tendo por finalidade síntese servir à causa da dignidade humana.

No Estado Democrático de Direito, a jurisdição exercida pelos órgãos do Poder Judiciário deve ser guiada pela pretensão de realizar concretamente fins não apenas jurídicos de fazer atuar concretamente os desígnios das normas substanciais. Deverá o magistrado ter igualmente consciência de que, na qualidade de agente público, é também responsável pela realização dos ideais políticos consubstanciados nos princípios e objetivos fundamentais enunciados na Carta Magna - escopo político; e, ainda, de sua função de pacificar com justiça os conflitos intersubjetivos, buscando a realização do bem-estar coletivo acima dos interesses individuais das partes - escopo social.

Dessa forma, não se cogita hoje de um juiz neutro diante dos conflitos que lhe são submetidos, mas sim de um agente promotor da cidadania, da dignidade humana e da justiça social.

A Constituição Federal ao declarar, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o direito de acesso ao Poder Judiciário em caso de violação ou ameaça a direito, está assegurando a todos o direito à tutela jurisdicional efetiva, assim definida aquela que satisfaz os fins do sistema jurídico, realizando a paz social por meio da adequada aplicação das normas postas.

A tutela prestada pela jurisdição é aceita pela sociedade como a mais legítima por resultar de um processo no qual são asseguradas as garantias constitucionais do juiz natural, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, da motivação das decisões judiciais, dentre outros princípios gerais do processo previstos na Lei Maior. Essas e outras garantias compreendidas no conceito de devido processo legal asseguram a participação equilibrada dos interessados na formação do convencimento do magistrado, possibilitam a fiscalização da atividade jurisdicional pelas partes e por toda a sociedade, além de um julgamento imparcial e independente.

A condução do processo em estrita observância às garantias do devido processo legal, do *processo justo*, associada à interpretação teleológica das normas materiais, através da qual o magistrado busque extrair das normas jurídicas os fins sociais a que se destinam e as exigências do bem comum - artigo 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil -, são atitudes aptas a conduzir a jurisdição à realização da pacificação social com justiça e segurança jurídica.

Tratando sobre as *três grandes ondas de acesso à justiça*, Mauro Cappelletti enfatiza que, depois do esforço para implantar e aperfeiçoar o sistema de assistência judiciária gratuita, assegurando aos hipossuficientes econômicos o acesso ao Poder Judiciário - *primeira onda* -; depois de instituir e incrementar mecanismos processuais adequados à tutela dos interesses supra-individuais- *segunda onda*; o grande desafio a ser vencido atualmente no âmbito da garantia de acesso à justiça está relacionado à aptidão das instituições e à eficiência dos mecanismos e procedimentos disponibilizados aos jurisdicionados para fazer atuar concretamente seus direitos.

Atento a essa tendência mundial o legislador pátrio tem promovido, desde os anos 90, significativas reformas na legislação processual, mormente no âmbito do processo civil, com vistas a criar ou aperfeiçoar institutos voltados à promoção da tutela jurisdicional mais

adequada, célere e justa, apta a garantir ao titular do direito violado ou ameaçado sua realização prática.

Em 08 de dezembro de 2004, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional no. 45, acrescentando à Carta Magna o inciso LXXVIII, do artigo 5º, assim elevando à categoria de direito fundamental a razoável duração dos processos judicial e administrativo, bem como os meios adequados à celeridade de sua tramitação.

A positivação do princípio da razoável duração do processo como norma constitucional vem ratificar a já consolidada idéia de que a tutela jurisdicional somente pode ser considerada efetiva quando tempestiva. Por essa razão o legislador e o magistrado devem unir esforços para assegurar aos jurisdicionados processos mais céleres e tutelas mais adequadas à realização prática dos direitos subjetivos reconhecidos pelos órgãos jurisdicionais, sem descuidar da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

Em resposta aos reclamos sociais e atendendo ao princípio da efetividade, várias normas processuais vem sendo alteradas e criadas com o objetivo de promover um processo vocacionado à excelência na prestação da tutela jurisdicional. Dentre essas mudanças podem ser destacadas a instituição do poder geral de antecipação dos efeitos da tutela no processo de conhecimento, previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil; o sincretismo dos processos de cognição e de execução para a satisfação das obrigações declaradas através de decisões judiciais; a prioridade da tutela específica e do resultado prático equivalente em relação à conversão em perdas e danos das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa; e a própria mudança da arbitragem pela Lei no. 9.307/96, responsável pela incrementação desse meio alternativo de pacificação social, no Brasil.

A análise de algumas características da nova arbitragem implantada pela Lei no. 9.307/96 conduz, inexoravelmente, à conclusão de ter sido inaugurada no Brasil uma modalidade privada de jurisdição, posto que restou incumbido a árbitros privados a resolução definitiva da lide que lhes é submetida voluntariamente pelas partes.

Na execução civil de títulos judiciais, as últimas alterações legislativas primaram pela efetividade do provimento jurisdicional de forma específica, mormente ao possibilitar ao

magistrado agir de ofício em relação a escolha da técnica processual mais adequada à efetivação da tutela do direito no caso concreto.

Também a previsão do poder geral de antecipação dos efeitos da tutela, pautado no artigo 273 do Código de Processo Civil, com o propósito de satisfazer provisoriamente o direito postulado pelo autor, bem como a fungibilidade das tutelas de urgência, demonstram que o legislador pátrio não vem furtando-se de ampliar os poderes do magistrado, confiando em sua aptidão de escolher a solução mais apropriada à consecução dos objetivos do sistema jurídico.

Por fim, importa ressaltar que apesar de importantes, as alterações na legislação, isoladamente, são incapazes promover todos os objetivos buscados pelos legisladores, magistrados e, mais ainda pelos jurisdicionados. A plena garantia de efetividade e justiça somente poderá ser assegurada pelo Estado mediante a modernização dos recursos materiais, capacitação e valorização dos recursos humanos e aumento do quadro de servidores e magistrados que compõem o Poder Judiciário Nacional. Antes disso, todas as outras medidas são apenas paliativas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Carreira José Eduardo. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução do estudo do Direito - os fundamentos e a visão histórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BRASIL. **Código Civil**. Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei no. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo - influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência - tentativa de sistematização**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis, 1988 (reimpresso em 2002).

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. de Paolo Capitanio e anot. de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. Campinas: Brokseller, 2002. v I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil** - Leis 8.455, de 24.8.92; 8.637, de 31.3.93; 8.710, de 24.9.93; 8.718, de 14.10.93; 8.898, de 29.6.94; 8.950, de 13.12.94; 8.951, de 13.12.94; 8.952, de 13.12.94; 8.953, de 13.12.94; 9.079, de 14.7.95; 9.139, de 30.11.95, e 9.245, de 26.12.95. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Luis Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

FILARDI LUIZ, Antônio. **Curso de Direito Romano**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FURTADO, Paulo; BULOS, Audi Lâmmego. **A lei da arbitragem comentada**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. bras. de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. bras. de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia hoje:** para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001.

MALUSCHKE, Günther. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos. **Themis**, Fortaleza, Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 2, n. 1, p. 81-94.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil:** execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1998. t. IV.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual** - sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** rev. atual. e ampl. com as novas Súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 21. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman).

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 06 out. 2007.

POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e refutações** - pensamento científico. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições Preliminares do Direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Teoria geral do processo.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROSS, Alf. **Direito e justiça.** São Paulo: EDIPRO, 2003.

ROSA, Eliézer. **Capítulos da história do Direito Processual Civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Rio, 1975.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A mediação e a composição de conflitos**: a experiência das casas de mediação comunitária do Estado do Ceará de 1999 a 2002 e o discurso da igualdade. Recife, UFPE, 2002, 321 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. Fortaleza: FA7, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil - Leis nos. 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II.b

_____. **O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Introdução ao Estudo do Direito: Primeiras Linhas**. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Nova execução civil**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2007.

_____. **A efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil - Lei 10.352, de 26.12.2001; Lei 10.358, de 27.12.2001; Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)