

*Teoria Geral do Novo Processo Civil*  
© Cândido Rangel Dinamarco  
Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes

1<sup>ª</sup> ed., 01.2016.

*Direitos reservados desta edição por*  
MALHEIROS EDITORES LTDA.  
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171  
CEP 04531-940 – São Paulo – SP  
Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495  
URL: [www.malheiroseditores.com.br](http://www.malheiroseditores.com.br)  
e-mail: [malheiroseditores@terra.com.br](mailto:malheiroseditores@terra.com.br)

*Composição:* PC Editorial Ltda.  
*Capa:* Vânia Amato

Impresso no Brasil  
Printed in Brazil  
02.2017

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

D583t Dinamarco, Cândido Rangel.  
Teoria geral do novo processo civil / Cândido Rangel Dinamarco,  
Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. – 2. ed. – São Paulo : Malheiros, 2017.  
264 p. ; 21 cm.

Inclui índice e apêndice.  
ISBN 978-85-392-0359-8

1. Processo civil - Brasil. 2. Jurisdição. 3. Ação judicial. I. Lopes, Bruno  
Vasconcelos Carrilho. II. Título.

CDU 347.91/.95(81)  
CDD 347.8105

**Índice para catálogo sistemático:**

1. Processo civil : Brasil 347.91/.95(81)

(Bibliotecária responsável: Sábina Leal Araújo – CRB 10/1507)

*Aos nossos colegas  
do Departamento de Direito Processual  
da Academia do Largo de São Francisco  
e do Escritório de Advocacia  
Dinamarco, Rossi, Beraldo e Bedaque.  
Tudo que pensamos, queremos e fazemos  
em direito processual  
é fruto desses nossos centros de convivência  
e do diálogo mantido permanentemente com esses colegas.*

ao seu exercício. A defesa, como imposição da ordem constitucional destinada a oferecer aos litigantes uma *paridade em armas*. O processo, como um conjunto de meios operacionais indispensáveis ao exercício de todos esses poderes ou faculdades e, acima de tudo, como meio para que o exercício da jurisdição possa legitimamente produzir resultados úteis na vida exterior das partes em suas relações recíprocas ou com os bens da vida.

## CAPÍTULO II

### OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL

#### 27. processo e Constituição

##### — os princípios e o direito processual constitucional — colisão entre princípios e a regra da proporcionalidade

Direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela. Não é mais um entre os diversos ramos do direito processual, como o direito processual civil, o trabalhista, o penal etc. O método constitucionalista inclui o estudo das recíprocas influências existentes entre Constituição e processo — relações que se expressam na *tutela constitucional do processo*, representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele.

Ao se conceber e interpretar os institutos de direito processual, portanto, os princípios constitucionais devem sempre ser tomados como superiores premissas de todo o sistema, ponderando-se a importância concreta de cada um e buscando uma solução que, na medida do possível, confira a máxima efetividade a todos eles. Para os casos de eventuais *colisões entre princípios* o sistema constitucional impõe a regra da *proporcionalidade*, reafirmada nos arts. 8º e 489, § 2º, do novo Código de Processo Civil e responsável pela harmonização dos princípios e pelo *justo equilíbrio* entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. É a *proporcionalidade* que autoriza e legitima a concessão de *medidas urgentes* antes da citação do réu (medidas liminares concedidas *inaudita altera parte*) e portanto sem a prévia efetivação da garantia constitucional do *contraditório* (*infra*, n. 33) — sendo essa aparente violação um culto a um valor também elevadíssimo e de igual modo amparado pela Constituição Federal, que é o *acesso à justiça* mediante a efetividade e temporariedade da tutela jurisdicional (Const., art. 5º, inc. XXXV — *infra*, n. 28).

O novo Código de Processo Civil trata com muito zelo os princípios constitucionais do processo, contendo uma boa gama de disposições reafirmando esses princípios e impondo sua observância. Não só recomenda a sua observância logo a partir de seu art. 1º, como também, na disciplina dos institutos que o compõem, repete-se com bastante frequência na exigência dessa observância (notadamente com relação ao princípio do contraditório).

A Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como uma garantia-síntese e é o *acesso à justiça*, mediante a concessão, “em tempo razoável”, de uma “decisão de mérito justa e efetiva” (Const., art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII – CPC, art. 6º). Mediante esse conjunto de disposições a Constituição Federal quer afetar o processo a si mesma, de modo que ele reflita, em menor escala, o que em escala maior está à base do próprio Estado de direito (legalidade, devido processo legal, participação em contraditório). Ela quer um processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras, sem excessos etc. – porque assim ela mesma exige que seja o próprio Estado e assim é o modelo político da *democracia*.

## 28. inafastabilidade do controle jurisdicional – efetividade, tempestividade e adequação da tutela jurisdicional

Do princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (Const., art. 5º, inc. XXXV) era tradicionalmente extraído um mero direito de ingresso em juízo, um direito de demandar sem qualquer referência a predicados da tutela jurisdicional ou a eventuais óbices ilegítimos à sua concessão – ou, em outras palavras, nesse princípio costumavam os processualistas brasileiros identificar a garantia constitucional *da ação*. A consciência *instrumentalista*, a caracterização do processo como um instrumento ético e a necessidade de visualizar a atividade jurisdicional pela ótica dos consumidores dos serviços jurisdicionais (processo civil de resultados – *supra*, n. 5) etc. vieram porém a determinar uma substancial alteração na identificação do conteúdo e do modo de ser desse princípio.

Atualmente, além de uma garantia de mero ingresso no Poder Judiciário com suas pretensões em busca de reconhecimento e satisfação, aquele dispositivo constitucional representa a garantia de outorga,

a quem tiver razão, de uma tutela jurisdicional *efetiva, adequada e tempestiva* (Kazuo Watanabe), além de impedir a imposição de óbices ilegítimos à concessão da tutela eventualmente devida. Com serviços jurisdicionais de boa qualidade obtém-se uma *tutela adequada*, compatível e aderente aos interesses em jogo no processo e capaz de fazer justiça com observância dos valores presentes nas normas de direito material. A *tempestividade da tutela jurisdicional* decorre de sua prestação em um prazo razoável, compatível com a complexidade da causa, a urgência na obtenção da tutela e a conduta manifestada pelas partes no processo – sempre com a preocupação de obstar aos males corrosivos dos direitos representados pelo *tempo-inimigo*. A *efetividade* diz respeito à real satisfação do direito judicialmente reconhecido, ao seu implemento no mundo da vida.

Todo esse feixe de aberturas propiciado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sujeita-se porém às restrições legitimamente postas pelas regras técnicas do processo e mesmo pelo convívio com outras normas viventes no próprio plano constitucional. Isso explica por que certas pretensões em face do Estado encontram a barreira representada pelas fórmulas de independência dos Poderes e equilíbrio entre eles; explica também por que a propositura de uma demanda em juízo é sempre sujeita a uma série de requisitos técnico-processuais, inclusive de forma (*infra*, n. 132); e também explica por que as pretensões só poderão ser afinal julgadas se presentes os chamados *pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito etc.* (*infra*, n. 126). Tais são óbices legitimamente postos à plena *universalização da tutela jurisdicional*, de cuja presença no sistema se infere a *legítima relatividade* dessa garantia. Essa relatividade, todavia, não significa debilidade da garantia e não pode conotar-se por um nefasto *conformismo* diante de situações não jurisdicionalizáveis, sob pena de inutilidade da garantia. Dos óbices legítimos e intransponíveis é indispensável distinguir os óbices *perversos*, residentes às vezes na própria lei, em sua interpretação apegada a valores do passado e principalmente em certas realidades sociais, econômicas ou culturais estranhas à ordem processual – como a pobreza, a ignorância, o temor reverencial, as influências nefastas de poderosos, os desvios de conduta de certos juízes etc. Essas *barreiras internas e externas* são evidentemente ilegítimas e dificultam o acesso à justiça.

## 29. tempestividade da tutela jurisdicional

Um dos grandes desafios enfrentados pelos estudiosos e pelos operadores do processo tem sido ao longo de muitas décadas o da busca

de meios capazes de neutralizar os efeitos perversos do tempo sobre os direitos, mediante a oferta de meios aptos a proporcionar a *temppestividade* da tutela jurisdicional – ou seja, a acelerar o curso dos processos em sua caminhada rumo à oferta dessa tutela. Essa preocupação é tanto maior e mais grave quando se sabe que as longas demoras dos processos vêm constituindo o pior dos males de toda a ordem processual, não só neste país mas também naqueles de legislação e organização judiciária mais aprimoradas. O decurso do tempo é muitas vezes causador do perecimento de direitos ou de insuportáveis angústias pela espera de uma tutela jurisdicional, nascendo daí a imagem do *tempo-inimigo*, da qual se vale a doutrina há mais de meio século para ilustrar esses desgastes.

“É imenso e em grande parte desconhecido o valor que o tempo tem no processo. Não seria imprudente compará-lo a um *inimigo* contra o qual o juiz deve lutar sem tréguas” (Francesco Carnelutti, escrevendo nos anos *cinquentas*).

O Estado brasileiro tem sido sensível a essa realidade, tanto que já no ano de 1992 veio à luz um decreto incorporando à ordem jurídica deste país a Convenção Americana de Direitos Humanos (conhecida como Tratado de São José da Costa Rica), cujo art. 8º, n. 1, assim dispõe: “toda pessoa tem 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 (...)”. E depois, para cumprimento do compromisso então assumido, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, incluiu no capítulo da Constituição Federal referente às garantias de direitos mais essa disposição: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a *razoável duração do processo* e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, inc. LXXVIII). E agora, bem mais recentemente, o art. 4º do novo Código de Processo Civil dispõe que “as partes têm o direito de obter em *prazo razoável* a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Para a consecução desse desiderato, já na ordem constitucional são oferecidos valiosos instrumentos destinados a produzir resultados jurídicos em breve tempo, como é o *mandado de segurança* (Const., art. 5º, inc. LIX – *infra*, n. 91). Esse e outros meios de tutela jurisdicional *diferenciada (infra*, n. 78) são oferecidos também no plano do direito infraconstitucional, sendo de abrangência muito ampla as tutelas aceleratórias consistentes em *medidas provisórias* de natureza cautelar ou antecipatória de tutela (CPC, arts. 294 ss.) ou consistentes na *tutela da evidência* (art. 311 – *supra*, n. 9).

Nesse quadro de disposições voltadas à aceleração do processo é porém necessário que se considerem na determinação do *prazo razoável* todos os princípios constitucionais que regem o direito processual. Esses princípios devem ser ponderados em conjunto com o da *temppestividade da tutela jurisdicional* na busca de uma solução conciliadora, e a rapidez deve ser compatível com um grau de cognição suficiente para o alcance de uma decisão justa, correta perante o direito vigente.

### 30. *imparcialidade do juiz e a impessoalidade na condução dos processos e no julgamento das causas*

A Constituição não dedica palavras à garantia da imparcialidade do juiz mas contém uma série de dispositivos destinados a assegurar que todas as causas postas em juízo – civis, trabalhistas, criminais – sejam conduzidas e processadas por juízes imparciais. Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o *poder* sobre as partes, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente com o valor do *justo*. Os agentes estatais têm o dever de agir com *impessoalidade*, sem levar em conta esses sentimentos ou interesses e, portanto, com abstração de sua própria pessoa e de seus próprios interesses. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade.

Mas imparcialidade não se confunde com *neutralidade* nem importa um suposto dever de ser ética ou axiologicamente neutro. A doutrina processual moderna vem enfatizando que o juiz, embora *escravo da lei*, como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento *segundo os valores da sociedade*. O sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática de *parcialidades* a pretexto dessa liberdade interpretativa. No julgamento dos recursos, feito por outras pessoas (que são os juízes dos órgãos superiores da Magistratura), não se reproduzem necessariamente os mesmos possíveis sentimentos e interesses do juiz inferior, reconstruindo-se a indispensável *impessoalidade*.

Sem poder racionalmente oferecer uma formal *garantia* de que os juízes serão imparciais, procura a Constituição criar as melhores condições possíveis para a imparcialidade daqueles, minimizando-se quanto se possa os riscos de comportamentos parciais. Para tanto ela estabelece

a garantia do *juiz natural*, proibidos os chamados *tribunais de exceção* (*infra*, n. 31), além de se empenhar em oferecer condições máximas para a imparcialidade das pessoas que exercem a jurisdição estatal ao reiterar a tríplice e tradicional garantia endereçada aos juízes individualmente, ou seja, as garantias de *vitaliciedade, imovibilidade e irredutibilidade de vencimentos* (art. 95, *caput* – *infra*, n. 52).

A par disso, a lei processual infraconstitucional estabelece casos em que, segundo a experiência comum, o juiz se considera fragilizado em sua capacidade de ser firme e imparcial, com o risco de mostrar-se menos resistente a pressões e tentações a que, como ser humano, poderia estar sujeito: vêm daí os conceitos de *impedimento* e *suspeição do juiz* (CPC, arts. 144-148), integrados nas técnicas pelas quais o juiz se abstém de officiar em dado processo ou pode ser recusado pela parte (*infra*, n. 56). Também o *princípio da demanda*, que reduz o juiz à *inércia* até que haja a iniciativa de parte para a formação de um processo (CPC, arts. 2º e 141), figura entre os cuidados da ordem jurídica em prol do resguardo da imparcialidade judicial (*infra*, n. 119).

Também o *arbitrio*, que tanto quanto o juiz é sujeito à impessoalidade no exercício da jurisdição, tem o dever de ser imparcial, severamente imposto pela Lei de Arbitragem, e ainda o chamado *dever de revelação*, que o obriga a declinar, antes de aceitar o encargo, eventuais fatores de possível suspeição ou impedimento (LA, arts. 13, § 6º, e 14, *caput* e par.).

### 31. *juiz natural*

A garantia do juiz natural consiste em exigir que os atos de exercício da função estatal *jurisdição* sejam realizados por juízes instituídos pela própria Constituição e competentes segundo a lei. Seu significado político-liberal associa-se mais de perto às garantias do processo penal que do processo civil, resolvendo-se na preocupação de preservar o *acrisolado* e sua liberdade de possíveis desmandos dos detentores do poder. Daí a ideia, sempre presente entre os estudiosos daquela matéria, de que a garantia do juiz natural impõe que o processo e o julgamento sejam feitos pelo órgão judiciário que já existisse e já fosse competente no momento em que praticado o ato imputado a uma pessoa. No processo civil, em que as pessoas comparecem com suas *pretensões* e estas são julgadas – não os fatos em si mesmos, ou a *pessoa* –, tal aspecto da garantia do juiz natural deixa de ter toda a grande importância que tem no processo penal.

Com esse desconto, prepondera a garantia conforme costuma ser apresentada, ou seja, caracterizada por esse trinômio: a) julgamentos por juiz e não por outras pessoas ou funcionários, sendo considerados juízes somente os integrantes dos órgãos enunciados pela Constituição Federal em *numerus clausus* (Const., art. 92 – *infra*, n. 50); b) *preexistência do órgão judiciário*, sendo vedados também para o processo civil eventuais *tribunais de exceção* instituídos depois de configurado o litígio (art. 5º, inc. XXXVII); c) *juiz competente* segundo a Constituição e a lei (art. 5º, inc. LIII).

No processo civil, mesmo quando já instaurado o processo, a competência passará para outro órgão judiciário nas hipóteses de extinção do órgão preventivo ou de superveniência de novas normas que lhe alterem a competência absoluta (CPC, art. 43 – *infra*, n. 71).

### 32. *igualdade processual*

Destinado a ser um *microcosmos* em relação ao Estado democrático, o processo civil moderno rege-se pelos grandes pilares da democracia, entre os quais destaca-se a igualdade como valor de primeira grandeza. O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5º, *caput*, c/c art. 3º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*. Da efetividade deste são encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a duplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. Tal é o significado da fórmula *tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades*. A leitura adequada dos arts. 7º e 139, inc. I, do Código de Processo Civil mostra que este inclui entre os deveres primários do juiz a *prática e preservação* da igualdade entre as partes, ou seja: não basta agir com isonomia em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades. Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – *fraquezas de toda ordem*, como pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. *Neutralizar desigualdades* significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal *igualdade* de tratamento, porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de *preservar* a isonomia consiste portanto nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala.

Exemplos vivos são a promessa constitucional e legal de assistência jurídica integral aos necessitados (Const., art. 5º, inc. LXXIV, e art. 24, inc. XIII – CPC, arts. 98 ss.), o zelo pelo interesse dos incapazes (CPC, arts. 71, 72, inc. I, 178, inc. II, 190 *etc.*) e o tratamento especial concedido às causas de interesses de idosos, as quais devem ser processadas e julgadas com prioridade (CPC, art. 1.048).

Na prática da isonomia pelo juiz esse dever inclui não só o oferecer oportunidades iguais de participação aos litigantes, mas também o de pô-los sempre em situação equilibrada, mediante decisões coerentes. O juiz pratica a isonomia dando oportunidades iguais, *v.g.*, quando concede prazos equivalentes a ambas as partes para apresentarem memoriais com alegações finais; ou quando, tendo diligenciado a obtenção de um meio de prova de interesse de uma das partes (p. ex., quebra do sigilo bancário do adversário), tem o dever isonômico de diligenciar análogo elemento probatório de interesse da outra parte *etc.*

Uma realidade preocupante no direito infraconstitucional brasileiro é em várias linhas da orientação constante dos tribunais são os privilégios de que gozam os entes estatais e seus agentes quando partes no processo civil. Às disposições legais que instituem situações de desequilibrada vantagem ao Estado e ao Ministério Público acrescem-se certas tendências dos juizes a privilegiá-los ainda mais, o que eles fazem ao conferir a essas entidades tratamentos incompatíveis com a garantia constitucional da isonomia processual. Compreende-se o zelo pelas coisas do Estado e do interesse público, sendo legítimas as medidas destinadas a evitar malversações ou omissões lesivas aos bens e interesses geridos pelos agentes do Estado; mas o que preocupa é o exagerado desequilíbrio anti-isonômico instituído em nome desse zelo e desse interesse geral, que vem conduzindo o sistema processual a deixar os adversários da Fazenda ou do Ministério Público em situação inferiorizada no processo.

Eis os mais destacados tratamentos diferenciados que o direito positivo e os tribunais vêm concedendo aos entes públicos: a) *prazos privilegiados à Fazenda Pública e ao Ministério Público*, ou seja, prazos em dobro para todas as manifestações processuais (CPC, arts. 180 e 183); b) *ciência dos atos judiciais mediante intimação pessoal* e não mediante publicação pela Imprensa Oficial, como se dá em relação aos litigantes comuns (CPC, arts. 180 e 183); c) *honorários da sucumbência arbitrados em níveis inferiores* (CPC, art. 85, § 3º); d) *duplo grau de jurisdição obrigatório* (art. 496).

Essas disposições infraconstitucionais não trariam maiores máculas ao sistema se houvesse da parte dos juizes e tribunais a disposição de confrontá-las severamente com a garantia constitucional da igualdade, impedindo que se impusessem ou confinando-as no menor espaço possível. Mas a realidade é oposta. Não apenas vem sendo quase invariavelmente afirmada a constitucionalidade de disposições dessa ordem, como também juizes existem que vão além e concedem à Fazenda Pública e ao Ministério Público *outros privilégios* que sequer na lei estão propostos, como ocorre quando excluem a incidência do *efeito da revelia* não tendo a Fazenda oferecido contestação (CPC, art. 344).

E também o Ministério Público, notadamente o Federal, quando atua no processo como mero *custos legis* (ou *fiscal da ordem jurídica* – CPC, art. 178), devendo pairar acima dos interesses dos sujeitos em conflito, vem manifestando uma grande tendência a zelar pelos interesses das pessoas jurídicas de direito público, opinando agueridamente, postulando a seu favor – e chegando ao ponto de interpor recursos contra decisões desfavoráveis a estas (o que inclusive é vedado pela Constituição Federal, art. 129, inc. IX).

Apoiados no falso dogma da *indisponibilidade dos bens do Estado*, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a *litigiosidade irresponsável* que estes vêm praticando mediante a propositura de demandas temerárias, oposição de resistências que da parte de um litigante comum seriam sancionadas como litigância de má-fé (CPC, arts. 79-81 – *infra*, n. 117), a excessiva interposição de recursos *etc.* – tudo concorrendo ainda mais para o congestionamento dos órgãos judiciários e retardamento da tutela jurisdicional aos membros da população.

### 33. *contraditório – um direito das partes e um dever do juiz*

Contraditório é participação, e a sua garantia, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não jurisdicional (art. 5º, inc. LV) –, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, *exercendo ele próprio o contraditório*. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e em deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.

A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da ideia, plantada no mundo político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a *participação* dos sujeitos interessados. O juiz, inerte no início e sempre atuando por provocação de parte (CPC, arts. 2º e 141), é um institucionalizado ignorante dos fatos que interessarão para o julgamento, sendo-lhe vedado decidir segundo o conhecimento que eventualmente tenha deles fora dos autos (CPC, art. 371). As partes, conhecendo os fatos, até porque os vivenciarão na maior parte dos casos, sabem de quais pessoas poderão valer-se como *testemunhas*, conhecem realidades captáveis mediante *perícias* (contábeis, médicas, de engenharia etc.), têm *documentos* ou sabem onde estão etc. Dai o seu interesse em participar e a legitimidade da exigência constitucional de que se lhes dê oportunidade para isso.

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove*. O autor alega e pede na demanda inicial. Instituído o processo mediante o ajuizamento desta e citado o réu, este é admitido a *pedir e alegar* logo de início, podendo manejar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo. Ambas as partes são admitidas a *produzir provas* dos fatos alegados. A parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para *pedir* ao tribunal uma decisão favorável, mediante a interposição de recurso. Ao pedir, cada um dos litigantes *alega*, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e *alega* também, ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles etc.

Diante desses conceitos mostra-se redundante e inadequada a locução *contraditório participativo*, que se vê aqui e acolá na doutrina brasileira atual — porque, se contraditório é *participação*, jamais se poderá conceber um contraditório que não seja participativo.

Por outro lado, a efetividade das oportunidades para participar depende sempre do *conhecimento* que a parte tenha do ato a ser atacado. O sistema inclui portanto uma atividade posta em ação pelo juiz e seus auxiliares, consistente na *comunicação processual* e destinada a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo. O primeiro e mais importante entre os atos de comunicação processual é a *citação*, indicada como a *alma do processo* e que é o ato com que o demandado

fica ciente da demanda proposta, em todos os seus termos (CPC, art. 238), tornando-se *parte* desde então (*infra*, n. 98). Para o conhecimento dos atos que se realizam ao longo do procedimento, com o eventual chamamento a ter alguma conduta ou abster-se dela, existem as *intimações* (CPC, art. 269): o autor é intimado da defesa processual deduzida pelo réu, este é intimado quando o autor pede a antecipação da tutela, a parte que requereu uma perícia é intimada a adiantar os honorários do perito, ambos são intimados das decisões e sentenças proferidas etc.

Atenta a esse quadro de participação dos litigantes, a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório oferecido às partes no binômio *informação-reação*, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária, sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente *possível*. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da *liberdade* no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se, segundo sua escolha (*infra*, n. 34).

No processo ou fase de conhecimento o réu que não oferece contestação considera-se *revel* e a lei, legitimamente, endereça-lhe a pesada sanção consistente em mandar que o juiz em princípio tome por verdadeiras todas as alegações verossímeis feitas pelo autor em matéria de fato (CPC, art. 344). Nem por isso contido peca esse processo por falta de contraditório — dado que com a citação regularmente feita o demandado ficara ciente, e isso significa que decorrem de sua própria omissão as consequências que ele suportará.

Há casos em que a *reação* se impõe como absolutamente indispensável, falando a doutrina, com relação a eles, na necessidade de um *contraditório efetivo*. É o que se dá quando a citação tiver sido feita por meios precários, como a publicação de editais, vindo o réu a permanecer revel. A lei manda que o juiz dê curador a esse demandado (CPC, art. 72, inc. II), com o *minus* de oferecer obrigatoriamente a defesa, sob pena de nulidade de todos os atos processuais subsequentes. Assim sucede, fazendo-se necessária uma *reação* que em casos normais seria somente possível, justamente porque a *informação* não foi feita de modo confiável. Não se sabe se o réu não respondeu à inicial porque não quis ou porque não soube da sua propositura.

A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao *juiz*, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem *faculdades* no processo, senão deveres e poderes — *infra*, n. 55). Essa é uma das principais tônicas dos dispositivos do novo Código de Processo Civil que tratam do contraditório, ao disporem que

compete “ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º) e que, salvo algumas exceções muito específicas e justificadas pela necessidade de tutela a outros princípios, “não se profereirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” (art. 9º, *caput*).

A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de *direção*, de *prova* e de *diálogo*.

A *direção do processo* é feita em primeiro lugar mediante o impulso do procedimento, do qual a lei expressamente encarrega o juiz (*impulso oficial* – CPC, art. 2º). Não obstante seja das partes o interesse primário pela solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso se pode desconsiderar que o processo é o instrumento público de exercício de uma função pública, a jurisdição (*infra*, n. 39). Embora possam aquelas ter a disponibilidade das situações de direito material pelas quais litigam, não pode o Estado-juiz permanecer à disposição do que elas fizeram ou omitirem no processo, sem condições de cumprir adequadamente sua função. Por isso, em princípio as omissões dos litigantes não devem conduzir à paralisação do processo, sendo dever do juiz encaminhá-lo adiante segundo as regras do procedimento, para com isso poder realizar os objetivos da função jurisdicional mediante a prática do ato final de execução (decisão de mérito na fase de conhecimento, entrega do bem na participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz, quer que ele determine ou realize os atos necessários *independentemente de requerimento das partes*. Só em casos extraordinários, que a lei indica, a omissão das partes conduz à paralisação ou mesmo à extinção do processo.

O juiz exerce o poder-dever de *direção do processo*, também, mediante a atividade de *saneamento* (*infra*, n. 82), que é por definição *inquisitiva* e portanto independe de provocação das partes. *Sanear* significa depurar o processo de imperfeições, pondo-o em condições de prosseguir sem questões técnicas a resolver – e em princípio o juiz não depende de pedido do réu para extinguir o processo, em vez de saná-lo, quando deparar com certos fatores impeditivos do julgamento do mérito (CPC, art. 485).

A efetiva *direção do processo*, pelo impulso e saneamento, constitui fator importantíssimo para a celeridade da oferta de tutela jurisdicional, evitando atividades inúteis e retrocessos indesejáveis.

Outro dever do juiz moderno, ligado à garantia constitucional do contraditório, é o de tomar *iniciais probatórias* em certos casos. A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela ideia de um *jogo* em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava à crença de

que o juiz, ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a *imparcialidade* para julgar depois (*supra*, n. 30). Tal era o fundamento do *princípio dispositivo*, naquela visão clássica segundo a qual só as partes provariam e o juiz permaneceria sempre *ar-dessus de la mêlée*, simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. A vocação solidarista do Estado moderno, no entanto, que não permanece naquele *laissez faire, laissez passer*, da filosofia política liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes. Ele é uma instituição do Estado, não um *negócio combinado em família*, e daí o dever de exercer ativamente o contraditório, imposto pela Constituição Federal e pela lei ao juiz.

Por isso, o *princípio dispositivo* vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprimido deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso nem se torna parcial. Isso não significa que o juiz assumia paternalmente a *tutela da parte negligente*. O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova relevante e pertinente que as partes não hajam requerido, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que se produza. Exige-lhe também, para a efetividade da isonomia processual, que diligencie o que a parte pobre não sobre ou não pôde diligenciar (até porque muitas vezes patrocinada por advogados dativos, nem sempre empenhados em sua efetiva defesa). O processo civil moderno repudia a ideia do *juiz Pilatos*, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça, “lavando as mãos” e atribuindo a falha aos litigantes. O art. 370 do Código de Processo Civil dá expressamente ao juiz esse poder-dever de suprir deficiências probatórias de ofício, e o art. 95, afirmando que as partes rateiem os honorários do perito *quando a prova tiver sido determinada de ofício pelo juiz*, confirma a existência desse poder. Ainda existem vozes doutrinárias contra essa maneira de ver a figura do juiz no processo, mas o compromisso que todo juiz deve ter com o valor do justo não pode permitir solução diferente.

O juiz participa em contraditório também pelo *diálogo*. A moderna ciência do processo afastou o irracional preconceito segundo o qual o juiz que durante o processo expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa estaria *prejudicando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não per-

de a equidistância entre as partes quando tenta *conciliá-las*, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as *esclarece* sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as *adverte* da necessidade de provar melhor. Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão ou julgar com fundamento em ponto de fato ou de direito a respeito do qual as partes não debateram, antes as chama à manifestação sobre esse ponto (CPC, arts. 9º e 10º). O *juiz mudo* tem também algo de *Pilatós* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.

Esse dever de diálogo do juiz com as partes, com todas essas repercussões, foi haurido do que dispõe o art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês e erigido nas últimas décadas a uma verdadeira regra universal do processo, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição. O novo Código de Processo Civil reafirma de forma expressa esse dever ao dispor, no art. 10º, que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

### 34. *liberdade das partes*

A liberdade, como valor humano de primeiríssima grandeza, integra a essência da democracia e chega a constituir um verdadeiro polo atrativo em torno do qual gravita uma série de garantias constitucionais. Ela é formalmente assegurada no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, e para propiciar a efetiva liberdade dos particulares em face do próprio Estado a ordem constitucional institui garantias muito amplas, entre as quais avultam a do *devido processo legal* e a da *legalidade*. A primeira delas (art. 5º, inc. LIV), resolvendo-se em um sistema de limitações ao exercício do poder estatal, impede que a esfera de liberdade das pessoas seja invadida além do que for compatível com o regime democrático e com a própria Constituição (*infra*, n. 38). Pela garantia da *legalidade* resigna-se o Estado a só interferir nas escolhas das pessoas – e portanto em sua liberdade – mediante normas regularmente instituídas pelo Poder competente (“ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – art. 5º, inc. II).

Não existe norma constitucional específica portadora da garantia de liberdade das partes *no processo*. A liberdade processual é todavia óbvia projeção processual da própria garantia geral de liberdade (art. 5º,

*caput*). É também – e acima de tudo – uma intuitiva decorrência de várias outras garantias constitucionais do processo. O pleno e eficaz exercício das garantias de *ingresso em juízo* e *acesso à justiça* (art. 5º, inc. XXXV), do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, inc. LV) depende da liberdade que as partes tenham de atuar segundo suas próprias estratégias, suas escolhas, sua vontade e sua conveniência. O conteúdo dessa liberdade é representado pelo conjunto de *faculdades* de que as partes dispõem ao longo de todo o processo, qualquer que seja a espécie deste ou o tipo de procedimento. Sua medida é a medida das outras garantias constitucionais do processo, cuja efetivação depende da livre atuação dos litigantes – porque a *liberdade das partes* outra coisa não é senão a faculdade de desfrutar das oportunidades e dos benefícios oferecidos por aquelas. Respeitados os limites postos pela lei em harmonia com o sistema constitucional, cada uma das partes atuará como quiser e quando quiser, formulando pedidos e requerimentos na medida do que quiser e omitindo-se, se assim preferir, nos momentos em que entender de omitir-se. As manifestações da garantia constitucional da liberdade das partes transparecem ao longo de todo o processo, desde sua instauração e até que se extinga.

Pelo aspecto puramente técnico-formal a liberdade das partes é assegurada mediante a regra geral de *liberdade das formas*, segundo a qual os atos processuais revestir-se-ão, em princípio, da forma que seu produtor preferir (CPC, art. 188 – *infra*, n. 132). Mesmo nos casos em que a lei exija forma especial para o ato (petição inicial, interposição e razões de recurso *etc.* – arts. 319, 1.010 *etc.*) essa exigência é mitigada pela regra segundo a qual o puro erro de forma não terá consequências maiores do que a anulação do próprio ato, sem atingir necessariamente os demais atos do processo (arts. 281 e 283), e pelo *princípio da instrumentalidade das formas*, regra de *superdireito processual* destinada a salvar da anulação os atos cuja irregularidade não haja causado prejuízo e aqueles que, apesar da irregularidade, tenham atingido o objetivo (*supra*, n. 13 – *infra*, n. 135). Essas mitigações reforçam a liberdade formal das partes no processo.

Como é natural ao próprio conceito de liberdade, a das partes não é *absoluta* nem o sujeito está imune às possíveis *consequências desfavoráveis* das opções ilegítimas que vier a fazer. A racionalidade e a funcionalidade do princípio liberal no processo expressam-se no equilíbrio entre normas que concedem faculdades e outras que as restringem legitimamente, relativizando o conceito de liberdade processual. Há uma série de construções inerentes ao sistema destinadas a promover o

equilíbrio entre a liberdade de cada um dos litigantes e a do outro, bem como a compatibilidade da liberdade de ambos com o interesse público pelo correto exercício da jurisdição, com segurança para todos. Existe também, mais especificamente, a necessidade de observar as exigências formais do sistema, respeitando-se *prazos*, realizando-se os atos no *lugar* adequado e revestindo-se cada um deles de um mínimo de requisitos quanto ao *modo* de sua feitura (*infra*, nn. 132 e 133). Devem também ser respeitadas as *exigências éticas* do sistema, assim como as *sanções* cominadas aos infratores (*infra*, n. 117).

### 35. publicidade dos atos processuais

A publicidade dos atos processuais constitui projeção da garantia constitucional do *direito à informação* (Const., art. 5º, inc. XIV) em sua específica manifestação referente ao processo. É também garantida no novo Código de Processo Civil ao impor a promoção e o resguardo da publicidade na aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º), ao declarar que “os atos processuais são públicos” (art. 189, *caput*) e ao determinar que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 11). Seus arts. 11, par., e 189 trazem uma justificável ressalva à publicidade, fundada na *tutela à intimidade* (Const., art. 5º, inc. X), ao ditarem casos em que deve ser decretado o *segredo de justiça* no processo e ao estabelecerem que nesses casos o acesso aos autos e o direito de pedir certidões ficarão restritos às partes e a seus patronos.

No que diz respeito ao conhecimento pelas *partes e seus patronos* a publicidade dos atos do processo constitui apoio operacional à *efetividade do contraditório*, dado que as *reações* das partes são condicionadas à *ciência* dos atos que lhes dizem respeito (*supra*, n. 33). Por isso, no tocante às partes e seus advogados tal garantia não sofre restrição alguma (CPC, art. 107, inc. I, c/c art. 189, § 1º). O *advogado como tal*, não estando no patrocínio de qualquer das partes do processo, tem a prerrogativa de examinar os autos em cartório, salvo nos casos de *segredo de justiça* (CPC, art. 107, inc. J).

Ao processo *arbitral* não se impõe a exigência constitucional da publicidade, dado o fato de não ser ele um meio de exercício do *poder estatal*, aliado a certas conveniências da opção por esse meio de solução de conflitos, inclusive a de preservação de intimidades ou segredos empresariais.

### 36. duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição é intimamente ligado à estruturação do Poder Judiciário em dois ou mais níveis ou *graus*, representados pelos juízes inferiores e pelos tribunais de várias posições na hierarquia judiciária. Tem-se no presente a convicção de que os juízes dos tribunais (desembargadores ou ministros) são pessoas de maior experiência que os de primeiro grau, reunindo condições para melhor julgar, seja por esse motivo, seja porque ordinariamente decidem em *órgãos colegiados* — onde eventuais erros de um podem ser neutralizados pela participação dos demais.

Existe ainda a conveniência psicológica de oferecer aos perdedores *mais uma oportunidade de êxito*, sabendo-se que confinar os julgamentos a um só grau de jurisdição teria o significado de *conter litigiosidades* e permitir que os estados de insatisfação e desconfiança se perpetuassem — provavelmente acrescidos de revoltas e possíveis agravamentos.

Diante dessas diversas ordens de conveniências, as legislações dos povos civilizados em geral atribuem aos tribunais a competência para redecidir sobre o que os juízes inferiores houverem decidido, com o poder de *revisão* inerente à relação de hierarquia funcional entre eles (*competência recursal*). Dão-lhes também em relação a certas causas ou a certas partes particularmente qualificadas a competência para conduzir o processo desde o início e decidir pela primeira vez sobre as pretensões, pontos ou questões nele contidas (*competência originária*). Nesses casos os órgãos inferiores não têm participação alguma e fora deles é proibido aos tribunais exercer a jurisdição sem que aqueles já a tenham exercido (*infra*, nn. 63 ss.).

A Constituição Federal expressa clara opção pela possibilidade de recursos contra as decisões judiciárias (a) ao estabelecer a competência dos *Tribunais de superposição* para o julgamento do recurso ordinário, do extraordinário e do especial (art. 102, incs. II-III, e art. 105, incs. II-III), (b) ao dispor sobre os recursos a serem endereçados aos tribunais integrantes da Justiça da União (Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunais Regionais Federais — art. 108, inc. II) e (c) ao prever órgãos inferiores e superiores nas Justiças Estaduais, justamente para que as causas principiadas perante aqueles possam em algum momento chegar a estes. Também as leis ordinárias, notadamente os Códigos de Processo, oferecem a via dos recursos postos à disposição da parte vencida, com minuciosa especificação da admissibilidade de cada um deles (CPC, arts. 994 ss.).

São casos de *competência originária* dos tribunais, p. ex., a do Supremo Tribunal Federal para as ações declaratórias da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais (Const., art. 102, inc. I, letra *a*), a do Superior Tribunal de Justiça para “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal” (art. 105, inc. I, letra *b*), a dos Tribunais de Justiça para os mandados de segurança impetrados contra atos do Governador ou do Prefeito da Capital (nos Estados cujas Constituições assim dispõem) etc.

Considerado esse quadro sistemático, o princípio do duplo grau de jurisdição tem dois significados distintos e desdobra-se em dois aspectos de especial relevância na disciplina do exercício da jurisdição, a saber, (a) na oferta de *recursos* a serem manejados pela parte vencedora, possibilitando-lhe o acesso aos tribunais com suas irrisignações em relação a decisões desfavoráveis, e (b) na imposição, salvo casos excepcionais de competência originária dos tribunais, do processamento inicial das causas por juízes inferiores, de primeiro grau, para só depois, se houver recurso, legitimar-se o exercício da jurisdição pelos tribunais. A infração a essa segunda regra, com eventual decisão do tribunal sobre a causa ou mesmo sobre algum incidente processual ainda não decidido por um juiz inferior, constitui o que se chama *supressão de um grau de jurisdição*.

O fato de o duplo grau de jurisdição ser um dos princípios integrantes da tutela constitucional do processo não significa que estejam os juízes e tribunais adstritos a observá-lo inelutavelmente. A Constituição e também as leis infraconstitucionais enunciam casos de *irrecorribilidade* de certas decisões, ou seja, casos em que a parte não terá direito a um novo julgamento por um órgão judiciário superior. Há portanto um *princípio* do duplo grau de jurisdição, presente em várias disposições constitucionais, que poderá ser afastado pelo legislador em um juízo de *proporcionalidade* quando em confronto com outros princípios de igual ou maior relevância, como o que impõe a prestação da tutela jurisdicional em um prazo razoável (*supra*, nn. 27 e 29). Não há uma *garantia* de intangibilidade total ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Poder-se-ia pensar nesse contexto em uma suposta compatibilidade constitucional de disposições legais que o excluíssem de modo absoluto ou quase, criando bolsões de irrecorribilidade. Casos assim extremos transgrediriam porém o essencial *fundamento político* do duplo grau, que em si mesmo é projeção de um dos pilares fundamentais do regime democrático, abrindo caminho ao arbítrio do juiz, não sujeito a controle

algum (Const., art. 5º, § 2º — “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” etc.). Além disso, uma disposição dessa ordem seria incompatível com os padrões do *devido processo legal* (*infra*, n. 38).

Situação peculiar é a das sentenças proferidas pelos *juizadores especiais cíveis*, que estão sujeitas somente a um recurso endereçado a um *colegiado* composto por juízes de primeiro grau (não integrantes de tribunal algum) e sediado nos próprios juizados. Essa construção, presente na primitiva Lei das Pequenas Causas (lei n. 7.244, de 7.1.84), foi elevada a nível constitucional (Const., art. 98, inc. I) e transparece agora na vigente Lei dos Juizados Especiais (lei n. 9.099, de 26.9.95, art. 41). A Constituição Federal nega a admissibilidade do *recurso especial* ao Superior Tribunal de Justiça nas causas decididas por aqueles colegiados (art. 105, inc. III) mas deixa o caminho aberto à do *recurso extraordinário* ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, inc. III). Somente nesse estreitíssimo limite pode ter efetividade o princípio do duplo grau jurisdicional em relação a essas causas.

Também a Lei de Execução Fiscal (lei n. 6.830, de 22.9.80) exclui o acesso aos órgãos recursais em causas abaixo de determinado valor econômico, cabendo recurso ao próprio juízo prolator da sentença (art. 34). Tal disposição é suspeita de inconstitucionalidade mas não foi dada por inconstitucional pelos tribunais competentes.

Com relação à outra vertente do princípio do duplo grau de jurisdição, ou seja, à vertente da proibição de *supressões de grau jurisdicional*, existem no novo Código de Processo Civil algumas disposições que vêm gerando suspeitas de inconstitucionalidade por transgressão a esse princípio. Elas estão no § 3º de seu art. 1.013, que manda o tribunal julgador da apelação decidir sobre o *meritum causae* em certas situações nas quais em primeiro grau de jurisdição o mérito não haja sido julgado ou seja *nula* a sentença que o julgou.

A de mais patente confronto com esse princípio é aquela pela qual, “se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando (...) constatar a *omissão no exame de um dos pedidos*, hipótese em que poderá julgá-lo” (art. 1.013, § 3º, inc. III). Sentenças assim, que a doutrina qualifica como *citra petita*, não contêm decisório algum quanto ao pedido omitido, mas o novo Código de Processo Civil autoriza que o tribunal decida sobre esse pedido pela primeira vez, ou seja, sem que o haja feito o juiz inferior.

O julgamento do mérito é também permitido ao tribunal “quando reformar sentença fundada no art. 485” (CPC, art. 1.013, § 3º, inc. I).

Na sistemática do Código, “sentença fundada no art. 485” é sentença *terminativa*, que extingue o processo sem julgamento do mérito – donde se vê que, ao julgar o mérito nessa situação, o tribunal estará a julgá-lo pela primeira vez.

E o art. 1.013, § 3º permite também que o tribunal decida o mérito “quando decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação” (inc. IV). Entre todas as hipóteses previstas naquele dispositivo é essa a que maior desafio faz à ordem constitucional, porque não se limita a colidir com o princípio do duplo grau de jurisdição. Reconhecer a nulidade por falta de fundamentação e logo no mesmo ato decidir o *meritum causae* é renegar a exigência de motivação de todas as decisões judiciais (*infra*, n. 37). Essa é uma garantia constitucional de fundamental relevância (Const., art. 93, inc. IX), que o Código de Processo Civil reitera (art. 11).

### 37. motivação das decisões

No Estado de direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel aos valores da nação e a certas regras procedimentais adequadas, é natural que à liberdade de formar livremente seu convencimento no processo corresponda para o juiz o dever de motivar suas decisões. Daí a regra do *live convencimento motivado*, inerente ao contexto de legalidade contido na cláusula *due process of law* (Const., art. 5º, inc. LIV) e manifestado na fórmula de equilíbrio fornecida pelo art. 371 do Código de Processo Civil – o juiz formará livremente seu convencimento mas necessariamente mediante apreciação da prova *constante dos autos*. A necessidade de explicitude dos motivos de decidir, que deve estar presente na motivação de todas as decisões judiciais, é uma imposição da própria Constituição Federal, que o Código de Processo Civil reitera (Const., art. 93, inc. IX – CPC, art. 11), e visa a conferir *transparência* ao exercício do poder pelo juiz, para conhecimento pelas partes e possível controle pelos órgãos superiores da Magistratura e pela própria opinião pública.

Ainda quando não houvesse essa explícita exigência constitucional e legal da motivação, mesmo assim a exigência ali estaria, como direito e claríssimo desdobramento da garantia do *devido processo legal* (*infra*, n. 38). Da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais decorre a exigência procedimental da triplice estrutura da sentença, a qual deve necessariamente incluir, em precedência ao seu núcleo dispositivo, o relatório e a motivação (CPC, art. 489, incs. I-II).

Com razão, todavia, os tribunais brasileiros não são radicalmente exigentes no tocante ao grau de pormenorizações a que deve chegar a motivação da sentença e das decisões judiciais em geral. Toleram-se eventuais omissões de fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litígio, pontos não essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa. O que não se tolera são as omissões no essencial, que violariam os princípios, fórmulas e regras de direito positivo atinentes à motivação da sentença, chocando-se de frente com a garantia político-democrática do devido processo legal.

É natural, portanto, que sempre se aprecie o cumprimento do dever de motivar, em cada caso concreto, em face das questões debatidas na instrução da causa e do grau de relevância de cada uma delas. Na prática, reputa-se não motivada a decisão judicial que se omite sobre pontos de fato ou de direito cujo exame pudesse conduzir a julgamento diferente daquele pelo qual houver optado o juiz. Tal é a regra e tal a dimensão da *integridade da motivação*.

Não obstante a impossibilidade de emitir critérios muito objetivos acerca dos limites entre a sentença mal motivada e a não motivada, algumas indicações são trazidas pelo art. 489, § 1º, do novo Código de Processo Civil ao dispor que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”, que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (inc. I), empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inc. II), invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inc. III), não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (inc. IV), se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inc. V), ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (inc. VI).

O § 2º do art. 489 integra essa disciplina ao dispor que, “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

A falta ou insuficiência de motivação constitui vício formal, reputando-se *inválida* a decisão judicial que nesse vício houver incidido

(*infra*, n. 135). Essa invalidade, ou imperfeição do ato, é tratada pela ordem jurídico-processual como *nullidade absoluta*, justamente porque, além de comprometer a segurança das partes em relação à idoneidade do julgamento (e especialmente da parte vencida), diz respeito diretamente à própria estrutura do sistema e à ordem pública: uma sentença não motivada ou insuficientemente motivada constitui fator de desgaste da confiabilidade do próprio Poder Judiciário, que a emitiu, e da idoneidade das instituições processuais do país. Nisso consiste o caráter absoluto das nulidades em geral. E, por ser absoluta, essa nulidade das decisões judiciais comporta exame por iniciativa da parte interessada ou mesmo de ofício pelos tribunais (CPC, art. 485, § 3º), na medida da devolução operada pelos recursos a eles endereçados (art. 1.013 – *infra*, n. 142).

Apesar de a decisão não motivada ser *nula* e de essa ser uma nulidade *absoluta*, em nome da tempestividade na oferta da tutela jurisdicional, e para evitar idas e vindas na marcha processual, o novo Código de Processo Civil trata essa nulidade de uma forma muito peculiar. De acordo com seu art. 1.013, § 3º, inc. IV, “se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando (...) decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação”. Ou seja: se a causa estiver madura para julgamento o reconhecimento da nulidade da decisão pelo tribunal não terá efeito algum, pois lhe cabe prosseguir no julgamento, enfrentando o mérito do litígio (*supra*, n. 36). A ser aplicada essa sistemática de duvidosa constitucionalidade, é de se perguntar se vale a pena exigir do tribunal a análise da alegação de nulidade, pois seu pronunciamento a esse respeito será totalmente inócuo.

Ainda quando viciada a decisão por falta ou deficiência de motivação, a partir de quando sobrevier a coisa julgada a invalidade do ato deixa de ser causa para a anulação porque a *res judicata* é a sanatória geral das nulidades do processo. Decorrido o biênio decadencial para a propositura da ação rescisória, a sanação da sentença se consolida e perpetua-se a *eficácia preclusiva da coisa julgada*, responsável pela estabilização da sentença, ainda quando portadora de vícios como esse (CPC, arts. 505 e 508 – *infra*, nn. 140 e 166).

### 38. devido processo legal

O devido processual legal, assegurado constitucionalmente (Const., art. 5º, inc. LIV), é um sistema de *limitações ao poder*, imposto pelo próprio Estado de direito para a preservação de seus valores democráticos. Ele tem na ordem constitucional o significado sistemático de fechar o

círculo das garantias e exigências relativas ao exercício do poder, mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas elas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como *norma de encerramento* portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à ideia democrática que deve presidir a ordem processual (Const., art. 5º, § 2º).

A doutrina tem muita dificuldade em conceituar o *devido processo legal* e precisar os contornos dessa garantia – justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude indeterminada e que não interessa determinar. A jurisprudência norte-americana, empenhada em expressar o que *sente* por *the process of law*, diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos (Juiz Frankfurter, da Corte Suprema norte-americana).

A essa cláusula atribui-se uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal *substancial* que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*).

Ao proclamar genericamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inc. LIV) quis a Constituição brasileira pôr esses valores sob a guarda dos juízes, não podendo ser atingidos por atos não jurisdicionais do Estado. Quis também proclamar a *autolimitação* do Estado-juiz no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a *promessa* de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira. O poder estatal exercido pelo juiz sofre todas as limitações inerentes ao Estado de direito democrático, não podendo avançar sobre competências de outros juízes e não podendo, ainda quando eventualmente lhe autorize a lei, exercer o poder de modo capaz de comprimir as esferas jurídicas dos jurisdicionados além do que a Constituição permite.

É óbvio que nenhuma das garantias constitucionais teria necessidade de realfirmção ou suporte mediante a cláusula genérica do *devido processo legal*. Ela tem, contudo, uma *função organizatória*, responsável pelo traçado do *perfil democrático* do processo e por atrair à órbita das medidas de tutela constitucional certas garantias não caracterizadas como verdadeiros princípios ou lançadas de modo genérico em outros

dispositivos constitucionais, mas que com ele guardem pertinência. Diante disso, consideram-se incluídas no quadro do devido processo legal as garantias do *direito à prova*, da inadmissibilidade da *prova obtida por meios ilícitos* (art. 5º, inc. XVI), da *inviolabilidade do domicílio* (art. 5º, inc. XI), do *sigilo das comunicações e dados* (art. 5º, inc. XIII), do dever de *motivação* dos atos judiciais (art. 93, inc. IX) *etc.* — e se alguma disposição infraconstitucional for emitida ou alguma decisão judiciária proferida sem infração específica a qualquer dessas garantias assim tipificadas mas violando as premissas do Estado liberal democrático ela será violadora da garantia ampla e vaga do *due process of law*, e por isso carecerá de legitimidade constitucional.

### CAPÍTULO III JURISDIÇÃO

#### 39. a jurisdição no quadro do poder estatal

A jurisdição costuma ser conceituada com a triplíce qualificação como *poder*, como *função* e como *atividade*, mas essa assertiva merece uma retificação. Ela não é propriamente *um poder*, mas uma *expressão do poder estatal*, o qual é uno e não comporta qualquer ramificação em uma pluralidade de poderes diversificados — o Estado não tem mais de uma *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*. Essa capacidade é uma só, e o que diferencia seu exercício em variados setores da atuação do Estado é a *função* exercida em cada um deles. A função exercida na atividade *legislativa* é a de instituir normas de caráter geral e abstrato destinadas a reger no futuro a vida dos integrantes da sociedade (legislação). A função exercida na atividade *administrativa* é a de promover o bem comum mediante a oferta de serviços e segurança à população (administração). E a função exercida na atividade *jurisdicional* consiste na busca da pacificação de sujeitos ou grupos em conflito. É mais correto, portanto, qualificar a jurisdição como uma *expressão do poder estatal*, exercida com a *função* de pacificar e mediante as *atividades* disciplinadas pela Constituição e pela lei.

Com essas características a jurisdição estatal situa-se, juntamente com a legislação, entre as atividades *jurídicas* do Estado. É uma atividade ligada essencialmente à *atuação jurídica*, enquanto a legislação se destina à *produção jurídica*. A jurisdição identifica-se pela presença de dois elementos essenciais, quais sejam: o *caráter substitutivo* e os *escopos a realizar*.

Ora, assumido que o sistema processual é impulsionado por uma série de escopos e que o Estado chama a si a atribuição de propiciar a consecução destes (*supra*, n. 5), uma das *funções estatais* é a de realizar