

A SUBORDINAÇÃO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dalton Santos Morais¹

Sumário: 1. Introdução. 2. O novo marco filosófico do direito: a Constituição como centro dos sistemas jurídicos contemporâneos e a constitucionalização do direito. 3. Processo e Constituição. 4. Delimitação do estudo: direito processual constitucional? 5. O juiz contemporâneo e a Constituição como seu paradigma de atuação judicial. 6. Releitura de alguns parâmetros tradicionais da atuação judicial, agora à luz da Constituição. 6.1. A inércia jurisdicional. 6.2. Inafastabilidade de jurisdição. 6.3. Devido processo legal: ampla defesa, contraditório e liberdade das partes. 6.4. O dever de fundamentação das decisões jurisdicionais. 6.5. Imparcialidade judicial. 6.6. Segurança processual das partes. 7. Novos parâmetros processuais constitucionais de atuação judicial. 7.1. O dever judicial de cooperação com as partes. 7.2. Razoável duração processo. 8. Conclusão.

Resumo: A passagem da Constituição para o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, e a conseqüente constitucionalização do direito, impõe a análise do direito processual segundo os valores sociais normatizados pela Constituição vigente. Sob este contexto contemporâneo, mas

¹ Mestre em direito processual pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em direito do Estado pela UGF/RIO e graduado em direito pela UERJ. Professor de Direito Constitucional e Direito Processual Civil no Curso de Direito das Faculdades Espírito-Santenses – FAESA. Autor de livros e artigos jurídicos. Procurador federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: dalton.morais@hotmail.com.

afastando da análise aqui empreendida o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, de ver-se que a atuação do magistrado, ainda que *praeter legem* ou, até mesmo, *contra legem*, terá validade se consentânea à Constituição, pois esta influencia, axiológica e hierarquicamente, a atuação jurisdicional em busca da justiça do caso concreto exigida pela força normativa suprema de suas disposições.

Assim, procurou-se identificar, ainda que superficialmente, sob que parâmetros processuais estabelecidos pelo ordenamento constitucional vigente deva dar-se a atuação jurisdicional na sociedade brasileira contemporânea, pluralista e complexa, de modo a afastar a concepção do processo enquanto mera técnica, pois esta concepção do processo está em evidente contradição à própria evolução político-jurídica de nossa sociedade, segundo a qual não mais se pode negar ao juiz o papel político-jurídico que os novos tempos lhe exigem.

Palavras-Chave: Constituição. Processo. Direito processual. Juiz. Parâmetros. Função jurisdicional.

Abstract: The passage of the Constitution to the center of contemporary judicial systems, and the ensuing constitutionalization of law, demand the analysis of procedural law according to the social values ruled by the current Constitution. In this contemporary context, but moving away from the analysis here undertaken, the objective process of the direct lawsuits of constitutionality, considering the judge's acting, yet *praeter legem*, or even *contra legem*, will be valid if adequate to the Constitution, since it influences, axiologically and hierarchically, the judicial enterprise in pursuit of the justice in the concrete case, required by the supreme normative power of its dispositions.

Thus, we sought to identify, although superficially, under which procedural parameters established by the constitutional

order in force, the judicial acting in Brazilian contemporary society - a pluralist and complex one - works, in order to repel the definition of process as sheer technique, because this conception evidently contradicts our society's political-judicial evolution itself, according to which one cannot anymore deny the judge the political-judicial claimed by new times.

Keywords: Constitution. Process. Procedural Law. Judge. Parameters. Judicial role.



1. INTRODUÇÃO.

A temática a ser abordada no presente artigo mostra-se como de grande relevância para o direito processual civil contemporâneo, vez que a atual abordagem sobre a atuação do magistrado durante a prestação jurisdicional realizada no curso do processo impõe uma nova concepção daquele ramo do direito, o qual necessariamente deve ser realizada sob o influxo axiológico das premissas constitucionalmente estabelecidas para o exercício da função jurisdicional.

É sob este contexto de um processo civil interpretado sob a Constituição vigente que, não somente este estatuto normativo, mas o próprio juiz, enquanto guardião constitucional, passa a ocupar o centro do sistema jurídico, referendando ou não as posturas adotadas pelo demais Poderes, de acordo com a adequação daquelas à Constituição, caracterizando, assim, a Carta, e não a lei, como seu limite de atuação.

Este limite na Constituição, e não na lei, não raras vezes, tem tornado especialmente imprescindível uma atuação judicial

criativa na solução de casos onde não há resta alternativa ao magistrado senão atuar deste modo, seja para revelar o conteúdo da norma que, se aplicada em sua literalidade, revelar-se-á como injusta em hipóteses fáticas excepcionais, seja para decidir casos de conflitos entre direitos fundamentais, v.g. o conflito entre a segurança jurídica e a celeridade processual, hipótese em que, normalmente, não lhe é possível a aplicação das técnicas tradicionais de interpretação para a solução do *hard case* ².

Entretanto, o que já foi facilmente assimilado pela direito constitucional brasileiro, e conseqüentemente por sua doutrina, ainda pode ser considerado um obstáculo considerável para o processo civil brasileiro. Ou porque, este não se modificou na mesma velocidade com que se recebeu os novos influxos da ordem político-jurídica estabelecida pela Constituição da República de 1988 (CR/88), devido, em especial, ao “preconceito consistente em considerar o processo como mero instrumento técnico e o direito processual como ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado.” ³ Ou porque a doutrina processualista, e até mesmo famosos constitucionalistas, baseados em fundamentos inadequados para caracterizar a individualidade de um novo ramo do direito processual brasileiro, deixaram-se tombar vencidos pelo modismo de denominar como “direito processual constitucional”, e até tratar como tal, uma nova forma de compreender a teoria geral do processo.

Sob este estado de coisas, o presente artigo, ainda que superficialmente, pretende identificar a existência, sim, de um novo ramo do direito processual, com características que o individualizam frente aos demais ramos do direito processual brasileiro, e, diante da nova concepção de enxergar-se o

² Pelo menos, por ora, entenda-se a referida expressão sob sua tradução literal: “casos difíceis”.

³ DINARMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40

processo sob os valores normatizados pela Constituição, analisar alguns exemplos de parâmetros processuais constitucionais ao exercício da função jurisdicional, mesmo naqueles casos onde necessariamente o juiz precisará realizar escolhas valorativas para a correta decisão do caso concreto que lhe é submetido à jurisdição.

2. O NOVO MARCO FILOSÓFICO DO DIREITO: A CONSTITUIÇÃO COMO CENTRO DOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO.

Em seus primórdios, podia-se caracterizar uma Constituição como um conjunto de orientações políticas para um dado Estado, onde se encontrariam as diretrizes de sua estruturação – forma de Estado; de governo; formação, organização e atuação dos Poderes constituídos - , bem como sobre direitos mínimos dos indivíduos a impedir a agressão do Estado a preceitos econômicos liberais típicos da época.

Contemporaneamente, o constitucionalismo, sob forte influência dos horrores perpetrados durante a 2ª Guerra Mundial, passa a entender a Constituição como “lei fundamental” que, normalizando os valores mais importantes para a sociedade, torna-os oponíveis ao Estado e, no caso das cláusulas constitucionais definitivas, até mesmo às maiorias legislativas que venham a surgir durante a vigência do Texto Constitucional.⁴

Como a Constituição passa a, efetivamente, inaugurar uma nova ordem político-jurídica, caberá a ela servir como fundamento a toda e qualquer atuação do Estado, e da própria sociedade, vez que somente a atuação consoante à Carta encontrará legitimidade na ordem jurídica por ela inaugurada.

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. Revista de Direito Público. Ano III – nº 12. abril/junho/2006. p. 51.

Sob esta nova ótica de Constituição, através da qual se disporá sobre os temas de importância capital para a sociedade, aos direitos fundamentais, enquanto pressupostos básicos para a realização da liberdade e da dignidade da pessoa humana, atribuir-se-á uma nova abordagem, menos política, mais jurídica, vez que passam a ser considerados não como meros valores abstratos, mas sim com normas jurídicas dotadas de superioridade jurídica, às quais se deve dar efetividade através do cumprimento da Constituição.

Deixou-se, portanto, de considerar-se a Constituição como um mero ideário político ao dirigente da vez, para considerá-la como estatuto normativo dotado de superioridade jurídica, não só formal, mas material, sobre todo o restante do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Esta compreensão é denominada como força normativa suprema da Constituição, segundo a qual as disposições do Texto Constitucional devem ser observadas como normas jurídicas superiores, não só formal quanto materialmente, que, caso não sejam observadas espontaneamente, devem ser impostas pelo Estado-juiz.

Esta nova concepção de Constituição como estatuto normativo dotado de eficácia suprema, que passou a ser observada na Europa a partir da segunda metade do século XX e no Brasil a partir do final da década de 90 do mesmo século⁵, importou no reconhecimento de que a Carta passou ao centro do sistema jurídico⁶.

⁵ Importante realçar que após a CR/88, época em que se reconheceu, definitivamente, a natureza de norma superior das disposições constitucionais, o controle de constitucionalidade, no Brasil, obteve um incremento exponencial.

⁶ “De fato, não se pode negar que no transcorrer do século XX e em especial após a transição do Estado Liberal para o Estado Social e da mutação deste para o Estado Democrático de Direito, a Constituição assumiu papel de centro do sistema jurídico, interferindo diretamente nas relações privadas de modo a romper definitivamente com o individualismo em contra posição ao papel de outrora, que atinha-se a servir de receptáculo de normas programáticas visando tutelar o indivíduo e criar diretrizes que se propunham, desde que regulamentadas, a limitar a intervenção do Estado.”

Reconhecimento este que conduziu o direito para a sua constitucionalização⁷, segundo a qual o ordenamento jurídico vigente, positivado ou não, deve ser interpretado de acordo com a preponderância não só hierárquica, mas também axiológica da Constituição, de forma a concretizar os valores nela insertos⁸.

De ver-se, portanto, que sob a atual concepção de Constituição, esta deve ser vista como estatuto com natureza jurídica superior a ser observado não só pelo Estado, mas também por toda a sociedade - que tanto quanto aquele é responsável por sua interpretação⁹ e efetivação -, o que

CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. p. 75 Revista de Processo nº 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73/95.

⁷ Segundo Luis Roberto Barroso, a expressão “constitucionalização do direito” deve ser identificada com a irradiação axiológica dos valores constitucionais para todo o ordenamento vigente, segundo os quais passariam a “condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.”, não só em relação às três esferas de Poder, mas também aos particulares.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 15/08/2008.

⁸ “(...) a supremacia hierárquica formal e material da Constituição, fiscalizada e promovida por variados instrumentos de jurisdição constitucional, bem como o reconhecimento normativo de toda a Lei Maior, induzem à fecundação de todos os ramos do direito pelos valores, princípios e diretrizes hospedados em sede constitucional, [sendo que tal] fenômeno deve ser louvado e não lamentado, sobretudo no caso brasileiro, diante das bases democráticas, humanitárias e solidaristas do nosso texto magno.”

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. P.254 *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹ Sem se olvidar da competência da jurisdição constitucional dar a última palavra sobre a “interpretação” da Constituição, deve-se considerar o aprimoramento do regime democrático – dialético por ser pluralizante e individualizador ao mesmo tempo – e a evolução social decorrente da densificação de novos direitos – v.g., no Brasil, o reconhecimento de novos direitos pela CR/88 a grupos antes não reconhecidos pela Constituição, tais como crianças e adolescentes, consumidores,

necessariamente importa em um novo enfoque de abordagem do direito, vez que através deste se realizará a conformação da realidade social de forma apta a concretizar o projeto social estabelecido pela Constituição vigente.

3. PROCESSO E CONSTITUIÇÃO.

Sob este novo parâmetro de legitimidade do direito na Constituição, o pensamento jurídico, atualmente, busca refúgio no que denomina de pós-positivismo jurídico, “designação provisória e genérica de um ideário difuso”¹⁰ que, sem desconsiderar a necessidade da segurança jurídica propiciada pela norma positivada¹¹, pretende a reaproximação entre o

idosos, deficientes físicos, minorias políticas, índios, dentre outros - para que a Constituição seja interpretada não só pelo Poder Judiciário, mas por todo e qualquer indivíduo ou grupo social que a ela esteja sujeito, tais como partidos políticos, Igrejas, peritos, grupos de pressão e associações.

Neste sentido, o exposto posicionamento de Peter Haberle, segundo o qual “...no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”

HABERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes as Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. p. 12. In A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹¹ Sustenta François Ost que a situação de complexidade jurídica da sociedade contemporânea decorre do fato desta ter abandonado apenas parcialmente as concepções de Estado liberal e do bem-estar social e, conseqüentemente, de ainda remanescerem na sociedade contemporânea os resquícios dos sistemas jurídicos praticados naquelas concepções de Estado. Situação esta de complexidade demonstrada: a) pela multiplicidade de atores atuantes no sistema jurídico – Estado, através dos juízes, legisladores e administração; particulares; organizações comerciais, profissionais, dentre inúmeros outros atores que se constituem no que o autor chama de “usuários Del Derecho”; b) pela imbricação das funções jurídicas pelos diversos atores atuantes no sistema jurídico – administração adota em sua forma de atuar - processo administrativo – parâmetros típicos do procedimento judicial; a administração, e não raras vezes, o próprio Poder Judiciário participam da

direito, a ética e a moral.

A norma não será analisada, portanto, somente sob a idéia kelseniana da validade decorrente do aspecto formal, mas também sob o contexto de sua legitimidade material em relação aos valores sociais adotados pela Constituição. Até porque o direito é um produto sócio-cultural da humanidade¹², pois consagrada empiricamente a percepção de que os ordenamentos jurídicos são influenciados pelos fatores sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos preponderantemente adotados pela sociedade ou pelos grupos de pressão predominantes e majoritários em dados períodos das sociedades.

E, por evidente, não só o direito material, mas também o direito processual será influenciado pelos valores socialmente mais relevantes, pois é igualmente produto cultural, não sendo mais possível admitir-se a caracterização iluminista do processo como produto meramente científico, sem qualquer inferência axiológica¹³.

elaboração das leis – poder de iniciativa dos Poderes Executivos e Judiciário; as disposições legais de conceitos indeterminados necessariamente precisam da complementação regulamentar (da Administração); a delegação de poderes típicos do Poder Judiciário a outros poderes (CPI's); e) pela multiplicação dos níveis de poder – perda do poder de direção pelo Estado, sendo necessário ao mesmo dialogar com os agentes sociais para a implementação de suas políticas, inclusive através da legislação.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. p. 184/185. Disponível

em www.cervantesvirtual.com/servlet/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf. Acesso em: 24/09/2008

¹² “(...) uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. *Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.*” (grifei)

Voto do Min. Carlos Velloso no julgamento do RE 442683. Segurança Jurídica e modulação temporal dos efeitos. Transcrições. Informativo STF 419. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 16/10/2008.

¹³ “(...) o processo será sempre um produto cultural que, como tal, submete-se às contingências históricas, devendo conviver com a natural insegurança, peculiar à

Nesse sentido, veja-se a informação de Osvaldo Alfredo Gozaíni de que o atual processo civil argentino “(...) *resulta claramente inspirado em la ideología del Estado mínimo. Al mismo tiempo, lleva visiblemente impresa la cifra genética de una época anterioren la cual el proceso tenía um propósito secundário de dar justicia y aquél principal de extraer rentas parasitarias a favor de los titulares de cargos judiciales venales e hereditarios.(...).*”¹⁴

Veja-se, portanto, que o processo característico das sociedades instrumentalizadas pelo Estado liberal não foi o mesmo processo típico dos Estados socialistas, nem foi o mesmo processo das sociedades sob influência dos Estados de bem estar social. E, conseqüentemente, não poderia ser o mesmo processo no qual se permitirá a resolução de problemas sociais tão complexos como os das atuais sociedades contemporâneas, plurais e globalizadas, instrumentalizadas pelos Estados democráticos constitucionais¹⁵.

Assim, se o processo, tanto como o direito material será influenciado pelos fatores sociais, históricos, culturais, políticos e econômicos preponderantes em uma dada sociedade, e estes são prescritos na Constituição enquanto “lei fundamental” normatizadora dos valores mais importantes para a sociedade, nada mais natural que o sistema processual

vida humana, administrando-a, como sua condição essencial.”

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em< <http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 11/09/2008.

¹⁴ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”*. In Revista de processo nº 151. São Paulo: RT, 2007. p. 59/71

¹⁵ “Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal.”

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em< www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/08/2008

procure representar o *microcosmo* democrático do sistema político-jurídico adotado pela Constituição¹⁶ e, conseqüentemente, procure realizar, efetivamente, aqueles valores adotados pela Carta¹⁷.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o processo visto sob esta concepção torna-o alvo de uma série de preceitos postos na Constituição, pois “(...) o sistema processual é tutelado por uma série de preceitos constitucionais ditados como padrões a serem atendidos pelo legislador ao estabelecer normas ordinárias sobre o processo e pelo intérprete (notadamente o juiz) encarregado de captar o significado de tais normas, interpretando os textos legais. Essa tutela reside nos chamados princípios e garantias constitucionais, de índole acentuadamente política e que correspondem a importantíssimas opções do moderno Estado de direito. Em última análise, a tutela constitucional do processo consiste na projeção de índole e características do próprio Estado sobre o sistema processual.”¹⁸

Inegável, portanto, a influência exercida pela Constituição sobre o processo contemporâneo, em especial a partir do entendimento de que sua finalidade deve olvidar os fins privados imediatos da relação processual para considerar

¹⁶ DINARMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* A instrumentalidade do processo. p. 27

¹⁷ “(...) a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. (...) Desse modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade.”

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*, 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74

¹⁸ DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Capítulo VII – Os fundamentos constitucionais: princípios e garantias do processo civil. p. 213

sua natureza de instrumento de direito público, através do qual se exercerá o poder estatal jurisdicional para a solução dos conflitos, que existentes em uma dada sociedade, não podem ser solucionados diretamente por seus próprios interessados.

4. DELIMITAÇÃO DO ESTUDO: DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL?

Diante dessa íntima relação entre Constituição e processo, e conseqüentemente entre os seus ramos do direito, há que se analisar a atual condensação dessa relação no que a doutrina, atualmente, denomina como direito processual constitucional.

Há várias definições na doutrina para o que se denomina como direito processual constitucional, todas relacionadas com a função de *judicial review*, normalmente, atribuída pelas Constituições contemporâneas ao Poder Judiciário, sendo exemplo cabal disto a definição proposta por J. J. Gomes Canotilho no sentido de definir aquele como “O conjunto de regras e princípios positivados na Constituição e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional.”¹⁹

Além de caracterizado por ter como objeto a função de controle de constitucionalidade atribuída ao Poder Judiciário, normalmente a doutrina também utiliza como fundamento da independência dogmática do direito processual constitucional a pretensão de que este, como decorrência lógica do *judicial review*, tenha por escopo a proteção dos direitos fundamentais. É o que se verifica do posicionamento de José Alfredo de Oliveira Baracho, segundo o qual “O processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional,

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes., *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 965.

protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.”²⁰

No mesmo sentido o entendimento de Paulo Hamilton Siqueira Jr. de que “O direito constitucional processual tem por finalidade traçar os limites do poder estatal. Esses limites encontram ressonância nos direitos fundamentais, que por sua vez trazem normas e princípios processuais.”²¹

Sob esta ótica, também se posiciona Cândido Rangel Dinarmarco, segundo o qual o direito processual constitucional “(...) é um método de exame do sistema processual à luz dos preceitos contidos na Constituição; b) ele inclui a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades; c) operam em dois sentidos as relações entre a Constituição e o processo: a Constituição cercando o sistema processual de princípios e garantias, o sistema processual servindo de instrumento de atuação dos preceitos contidos na Constituição.”²²

Entretanto, com toda a vênia que se possa prestar a nomes tão ilustres da doutrina brasileira²³, e até da estrangeira,

²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 45.

²¹ SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 42.

Também neste sentido: “O processo constitucional, conforme já salientamos, está intimamente ligado à proteção dos princípios constitucionais, e assumimos que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre relacionado ao mesmo. Portanto, o que se verifica é a busca da proteção dos direitos fundamentais.”

BETTINI, Lúcia Helena Polleti. O processo constitucional: a adequação da programação de rádio e TV e o princípio da dignidade da pessoa humana. p. 47. Revista de direito constitucional e internacional nº 55.

²² DINARMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* Instituições de direito processual civil... p. 210.

²³ Segundo Hermes Zaneti Jr., exatamente porque todo processo encontra fundamento na Constituição, todo processo seria constitucional, sem que isto importe no estabelecimento de uma disciplina própria ao chamado “direito processual constitucional”, pois “(...) não se pretende mesmo que (o direito processual constitucional) venha a constituí-la um dia porque o processo constitucional está mais afeiçoado ao âmbito da introdução ao estudo do processo (“teoria geral”), como norte e linha de conformação com os institutos processuais,

entender-se que este “novo” direito processual constitucional encontre independência dogmática em tais fundamentos – a função de *judicial review* e a proteção dos direitos fundamentais – representa sério erro de perspectiva, ainda mais em se considerando a tentativa de individualizar-se um novo ramo do direito processual, conforme veremos a seguir.

Primeiramente, o atrelamento puro e simples do *judicial review* à proteção dos direitos fundamentais como característica da independência dogmática do que se chama “direito processual constitucional” peca não só pela falta de uma análise histórica de um e de outro dos institutos, como pela ausência de uma análise mais profunda acerca da legitimidade contemporânea da jurisdição constitucional, pois somente na contemporânea história do direito, em especial após a crise dos sistemas jurídicos estritamente legalistas na primeira metade do século XX, a jurisdição constitucional relaciona-se de forma íntima com os direitos fundamentais.

Além disso, não raras vezes, a proteção absoluta dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, de forma contramajoritária ao decidido pelo Parlamento ou mesmo a uma política pública parcial de efetivação dos direitos fundamentais estabelecida pelo Poder Executivo, revelar-se-á evidentemente contrária a outros valores sociais constitucionalmente protegidos ²⁴, o que evidencia o desacerto em atrelar à

quer no processo civil, principal ramo do direito – em que, à falta de expedientes específicos, vêm beber, como fonte subsidiária, todos os demais – quer no processo penal, trabalhista e, até mesmo, naquilo que couber, nos processos extrajudiciais.” (*Op. Cit.* p. 171.)

Sob esta ótica, propugna o mestre gaúcho, radicado em terras capixabas, pela adoção do “(...) termo processo constitucional, a qual seria preciso o suficiente para abarcar os princípios constitucionais processuais, as ações constitucionais, a jurisdição constitucional *strictu sensu* e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição.” (p. 174.)

²⁴ “Mas deve-se admitir que a defesa de uma atuação intransigente, global e exclusiva da Justiça Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais é democraticamente repulsiva. Casos haverá nos quais a atuação de um Tribunal Constitucional seria não apenas desastrosa mas também tecnicamente indesejável.

jurisdição constitucional, de forma única e exclusiva, a proteção dos direitos fundamentais.

Exemplo cabal desta ausência de vinculação absoluta da jurisdição constitucional com a proteção dos direitos fundamentais – proteção esta, frise-se, marco caracterizador do chamado “direito processual constitucional” - evidencia-se, por exemplo, em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em que, apesar de evidentemente violado um direito fundamental do servidor público a receber seus vencimentos no prazo fixado pela Constituição gaúcha, manteve-se incólume ato normativo do Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul, o qual, apesar de violar o referido direito de alguns servidores, estava de acordo com a realidade fática excepcional de esgotamento dos recursos financeiros do referido Estado-membro²⁵.

Portanto, existem impedimentos que não podem ser afastados mesmo numa construção teórica acerca do papel da Justiça Constitucional ativa e substantiva.”

TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. p. 159 *In* Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. André Ramos Tavares (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 153/172

²⁵ “(...) desde essa perspectiva de análise, a interpretação das normas constitucionais em questão, no sentido de um pensamento jurídico de possibilidades, pode fornecer soluções adequadas ao problema em exame. O ato da Chefe do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul enquadra-se numa situação excepcional, em que as finanças públicas estaduais encontram-se em crise. As garantias constitucionais da irredutibilidade e do pagamento em dia da remuneração dos servidores públicos devem ser interpretadas, nesse contexto fático extraordinário, conforme o “pensamento do possível”. Neste juízo sumário de deliberação, portanto, entendo que a medida adotada pela Governadora do Estado do Rio Grande do Sul não desborda dos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a situação excepcional em que se encontram as contas públicas estaduais.(...) Ressalte-se, outrossim, que não há, no caso, redução de remuneração. Ademais, o Estado do Rio Grande do Sul não está se recusando a pagar a remuneração de seus servidores, mas apenas prorrogando parte desse pagamento até o dia 10 de abril do presente ano, por absoluta impossibilidade financeira. A medida é tópica, abrangendo apenas o pagamento da remuneração atinente ao mês de março de 2007, o que demonstra a sua adoção num quadro de força maior, de extrema e excepcional necessidade.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 3154/RS Decisão monocrática Min. Gilmar Mendes (exercício da Presidência) j. 28/03/2007 Disponível em

Ou ainda outra decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, baseada no voto vencedor do Min. Gilmar Ferreira Mendes ²⁶, em que se entendeu que o simples não pagamento de precatório, com natureza alimentar, por Estado da federação não permitiria a intervenção federal baseada no descumprimento de decisão judicial, pois “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado quanto ao cumprimento das ordens judiciais que fundamentam o presente pedido de intervenção.” ²⁷

<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 08/10/2008.

No mesmo sentido o julgamento dos EI-ADI 1.289-4/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes Tribunal Pleno j. 03/04/2003 DJ 27/02/2004), através do qual se evidencia a adoção da teoria pelo plenário da Corte e não só em julgamento monocrático de Gilmar Mendes.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pleno. IF 2926 / SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 08/10/2008.

²⁷ Tratava-se de requerimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, devido ao não cumprimento de precatórios de natureza alimentícia pelo referido ente federativo. Em suas razões de defesa, o Estado justificou que, deduzidas as despesas legais e constitucionais com pessoal (58% das receitas correntes líquidas), com o serviço da dívida junto à União (12%), com o custeio do aparato administrativo, que incluem saúde e educação (19%), com investimentos mínimos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos essenciais (9%), sobriariam apenas 2% das receitas correntes líquidas para o pagamento dos precatórios, receita esta que estava sendo efetivamente gasta com o pagamento de obrigações decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado.

Segundo o Min. Gilmar Mendes Ferreira, o exame de dados concretos como os expostos pelo ente federativo não pode deixar de ser realizado, sob pena de interpretar-se inadequadamente o ordenamento vigente, haja vista que “No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca do seu impacto.”

E, continuando o exame da questão sob o prisma da proporcionalidade de decretar-se a intervenção federal no referido caso, entendeu que não haveria proporcionalidade para a medida drástica, pois o ônus imposto ao Estado-membro, e à sociedade que lá vive, seria maior do que os benefícios decorrentes da intervenção, além do que, diante do quadro de impossibilidade financeira de pagamento integral e imediato dos precatórios de natureza alimentícia, tal como demonstrado pelo Estado-

Assim, diferentemente daquilo que entende a doutrina do chamado direito processual constitucional, nem sempre a jurisdição constitucional dar-se-á com a finalidade de proteger direitos fundamentais, o que demonstra a inadequação de utilizar-se tal relação sem uma análise histórica, e até mesmo contemporânea, dos institutos da jurisdição constitucional e dos direitos fundamentais como base de um “novo” ramo do direito processual.

Entrementes, se a Constituição se vale do processo como instrumento apto a permitir a proteção dos direitos fundamentais, caso não observados espontaneamente, mediante as ações instituídas constitucionalmente como garantias fundamentais ²⁸ - v.g., no processo civil, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública - isto não é fundamento para o estabelecimento de um direito processual constitucional, vez que, apesar das ações em epígrafe terem fundamento

membro, estaria o próprio interventor nomeado sujeito às mesmas disponibilidades financeiras que a Administração do ente federativo.

Invocando citação de Nelson Hungria - “*Onde não há, até rei perde.*” - e considerando a intrincada relação custo das atividades estatais *versus* limitação de recursos disponíveis, concluiu o ministro seu voto vencedor afirmando que, enquanto o Estado-membro mantiver-se “diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, não estarão presentes os pressupostos para a intervenção federal solicitada.”

No mesmo sentido: IF- 2772/ SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes. Tribunal Pleno; IF 164/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 13/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-01 PP-00010; IF 2127/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 08/05/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-01 PP-00044.

²⁸ Enquanto os direitos fundamentais são constituídos através de disposições constitucionais declaratórias, as garantias fundamentais referem-se às disposições de cunho assecuratório daqueles direitos. Ou seja, tratam-se as garantias fundamentais de instrumentos adequados à efetivação dos direitos que, em regra, representem a decisão político-jurídica central da sociedade em determinado período de sua história.

constitucional, seu processo não detém aspectos individualizantes fundados exclusivamente na proteção da Constituição, à igualdade do que ocorre nos demais processos subjetivos em que se exercita o controle difuso/concreto de constitucionalidade para a proteção constitucional de outros direitos que não os fundamentais e diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o processo objetivo típico do controle jurisdicional abstrato/concentrado de constitucionalidade, este sim com aspectos específicos fundados na proteção abstrata da Constituição, com evidente substancialidade para sua individualização, conforme será demonstrado posteriormente.

Tal situação evidencia a impossibilidade de utilizar-se a jurisdição constitucional como premissa desta “nova” categoria de direito processual, pois esta também se realiza em processos subjetivos sem especificidades que possam lhe individualizar em relação aos demais processos que servem de suporte ao exercício do controle difuso/concreto de constitucionalidade, controle este decorrente da necessária relação entre Constituição e processo, ambos considerados em via de influência mútua.

Influência mútua porque se um sistema jurídico adota, via Constituição, o *judicial review* como seu principal sistema de controle de constitucionalidade, o processo será o mecanismo através do qual o Estado-juiz realizará o controle de adequação dos atos normativos e concretos à Constituição vigente, não se restringindo o exercício de tal função ao que certa parcela da doutrina vem denominando como “direito processual constitucional”.

Parece-nos acertado, portanto, considerar a subordinação processual constitucional do juiz em ambos os sentidos vetoriais de análise do processo segundo a Constituição, quais sejam o sentido Constituição-processo, no qual a se analisa a tutela constitucional do processo, de acordo com os princípios

que devem regê-lo, vez que alçados a nível constitucional e o sentido processo-Constituição, no qual se propiciará, em todo e qualquer processo ²⁹, o controle de adequação à Constituição através da chamada “jurisdição constitucional”.

Sob estas condições, não se pode olvidar que, em todo e qualquer processo de natureza subjetiva, o juiz estará submetido à Constituição vez que o referido estatuto político-normativo, como fundamento jurídico dos valores mais importantes para a sociedade e oponíveis ao Estado, influenciará a realização do processo, enquanto único mecanismo constitucionalmente autorizado para comportar a prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva pelo Estado-juiz e este, conseqüentemente, atuará objetivando a efetivação da Constituição mediante sua própria atuação jurisdicional.

A possibilidade de qualquer indivíduo, de forma tão universal quanto o direito de ação constitucionalmente declarado na Constituição, apresentar ao Poder Judiciário, de forma difusa, a questão constitucional que influencia sua esfera jurídica permite ao magistrado brasileiro apreciar e decidir questões tão importantes quanto as que envolvem, por exemplo - mas não única e exclusivamente - direitos fundamentais ³⁰,

²⁹ O objeto de controle de constitucionalidade não se resume aos atos normativos em tese, os quais podem ser, em essência, impugnados por meio do ajuizamento das ações diretas previstas nos artigos 102, I, a) da CF/88 ou aos direitos fundamentais, que poderão ser protegidos por meios das chamadas garantias fundamentais, denominadas pela doutrina como “jurisdição constitucional das liberdades”.

É que todo e qualquer ato estatal – e até mesmo os que não tem esta natureza - , mesmo aqueles que não sejam de natureza normativa, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, pela via difusa. Por exemplo, quando o Ministério Público, pretendendo a proteção do direito constitucional difuso a um meio ambiente equilibrado, ajuíza uma ação civil pública contra órgão estadual que concede licenças ambientais, com base em lei flagrantemente inconstitucional, além da própria lei que fundamenta sua expedição, são os atos administrativos de concessão de licenciamento que estão sendo objeto de controle de constitucionalidade pela jurisdição ordinária, vez que são estes os atos que podem ser por ela revisados no seu exercício da jurisdição constitucional. Nessa hipótese, portanto, o principal objeto da jurisdição constitucional são os atos concretos do Poder Público.

³⁰ “(...) não há como se discutir direitos fundamentais sem que haja um sistema

sob a subjetividade dos dramas reais das partes da demanda.

Deste modo se constata que o posicionamento doutrinário quanto à existência de um direito processual constitucional, baseado na jurisdição constitucional e na finalidade desta em proteger os direitos fundamentais, com independência dogmática suficiente para a sua distinção, não encontra respaldo nos próprios institutos sobre os quais a doutrina o fundeia.

Sim, porque não será somente na chamada “jurisdição constitucional das liberdades” que se exercitará a jurisdição constitucional, mas sim em todo e qualquer processo com natureza subjetiva, onde aquela função de proteção à Constituição será realizada pelo juiz ordinário, mediante o controle concreto de constitucionalidade que a própria Carta lhe atribui na via difusa. Ou seja, é através do controle difuso de constitucionalidade que se efetiva a proteção de relações jurídicas subjetivas da incidência de atos em desconformidade da Constituição, pois é nesta via que o juiz ou Tribunal - em todo e qualquer processo efetivado pelo direito constitucional de ação - pode e deve realizar o controle concreto de constitucionalidade, incidentalmente, à decisão do mérito da demanda que lhe foi submetida.

Assim, novamente rogando expressa vênias aos doutrinadores aqui mencionados, parece-nos, portanto, restar evidente que não são o exercício da jurisdição constitucional ou a proteção dos direitos fundamentais as premissas

constitucional que admita correções da integridade constitucional via controle difuso. Cremos que, ao se reconhecer os direitos fundamentais como cerne básico do direito constitucional, há que se reconhecer também uma adequada processualização desta matéria e que, insista-se, só logrará resultados satisfatórios dentro de um arcabouço democrático e humano via implementação do controle difuso, até para que não se tenha a hipertrofia da jurisdição de modelo concentrado e monopolístico(...)”

SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI nº 59 São Paulo: RT, 2007. p. 131/145

adequadas para uma possível independência do chamado direito processual constitucional, pois se é possível o estabelecimento de uma premissa para esta individualização dogmática esta recai sobre a própria natureza de uma espécie de processo constitucional expressamente fixado pela Constituição para sua proteção objetiva.

Se, efetivamente, existe um direito processual constitucional, como sustenta parte da doutrina processualista brasileira, este seria o ramo do direito processual pertinente ao processo típico das ações diretas de constitucionalidade – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade -, processo este que tem como objeto atos normativos em tese e como finalidade a proteção abstrata da constitucionalidade daqueles atos, características estas que o individualizam sob a ótica do exercício da jurisdição constitucional, conforme será plenamente demonstrado a seguir.

A maior particularidade do processo das ações diretas de constitucionalidade recai sobre a sua própria natureza objetiva³¹, que o torna um processo sem partes e, exatamente por conta disto, não sujeito aos princípios constitucionais da ampla

³¹ E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (...) INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS: SITUAÇÃO INOCORRENTE NA ESPÉCIE. CONSEQÜENTE IDONEIDADE JURÍDICA DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. - O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. *O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º).* (grifei)
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI/MC-QO 2551/MG Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/2003 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em 27/06/2008

defesa e do contraditório, apesar de tão caros e inarredáveis em qualquer outro processo de natureza subjetiva.

O processo das ações diretas de constitucionalidade é também individualizado pelos efeitos que são típicos às decisões nele proferidas, quais sejam as eficácias *erga omnes*³², *ex tunc*³³ e vinculantes^{34 35} das decisões finais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ADIn's e ADC's.

Há inúmeras outras particularidades no processo objetivo típico das ações diretas de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, que a medida de urgência a ser concedida em uma ação direta de inconstitucionalidade não tem por finalidade assegurar um determinado direito subjetivo à efetividade do processo ou à antecipação dos efeitos de um direito discutido em juízo, mas sim a suspensão da eficácia – para alguns autores até mesmo da vigência³⁶ - do dispositivo normativo

³² Art. 28, parágrafo único Lei nº 9.868/99.

³³ Art. 27 da Lei 9868/99.

³⁴ Art. 28, parágrafo único Lei nº 9.868/99 e art. 102, § 2º da CR/88 incluído pela EC 03/93 e com nova redação pela EC 45/04.

³⁵ QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 28 DA LEI 9868/99: CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. 1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9868/99, artigo 28, parágrafo único). 2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. 3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. (...).”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl-AgR nº 1880/SP Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa j. 07/11/2002. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 18/01/2008.

³⁶ “(...) a possibilidade, admitida pelo Tribunal, de que conceda, ainda que em casos

impugnado, enquanto a Corte Constitucional discute a sua constitucionalidade.

Ainda no contexto da decisão liminar na ação direta de inconstitucionalidade, observe-se que, apesar de adotar os requisitos normalmente estabelecidos pela legislação vigente para a concessão das medidas de urgência, o Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de substituição da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação por um denominado “critério de conveniência”, vez que a manutenção da eficácia do ato normativo impugnado pode “(...) ensejar o exame sob o ângulo da conveniência da concessão da liminar, perquirindo-se os aspectos em questão para definir-se aquele que mais se aproxima do bem comum.”³⁷

Ainda no contexto das características específicas do processo de controle abstrato/concentrado de normas, veja-se a natureza dúplice das ações diretas de controle, que reconhecida não só pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas também pela própria legislação vigente³⁸, permite que qualquer que seja a ação empregada – ADIn ou ADC – a Corte possa tanto declarar a inconstitucionalidade de uma norma,

excepcionais, a cautelar com eficácia *ex tunc*, e a aceitação, pela Corte, da idéia segundo a qual, concedida a liminar, restaura-se a vigência do direito eventualmente revogado, revelam, em verdade, que já no juízo de liminar se cuida de uma questão de vigência da norma questionada. [...] Portanto, a medida cautelar deferida em processo de controle de normas opera não só no plano estrito da eficácia, mas também no plano da própria vigência da norma. (...) Não há dúvida, pois, de que a suspensão liminar da eficácia da lei ou do ato normativo equivale, portanto, à suspensão temporária de sua vigência.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto Min. Gilmar Ferreira Mendes Rcl 2256/RN Pleno. j. 11/09/2003 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 768/MC Pleno. Rel, Min. Marco Aurélio. j. 07/10/1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008

³⁸ Art. 24 da Lei nº 9.868/99 – “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

retirando-a do ordenamento jurídico, como tornar absoluta – *jure et jure* – a presunção relativa – *juris tantum* - de constitucionalidade da norma impugnada.

Note-se ainda que, apesar de o Supremo Tribunal Federal posicionar-se pela natureza declaratória da decisão proferida em ADIn³⁹, com base no fundamento da nulidade absoluta da lei inconstitucional - decorrente da teoria clássica do *judicial review* de que o juiz não torna a lei inconstitucional, mas apenas declara uma inconstitucionalidade que já lhe existia e foi apresentada como objeto de decisão –, a Lei nº 9.868/99, regulamentadora do processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, em seu art. 27, normatizou este caráter

³⁹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - EFICÁCIA RETROATIVA - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO "LEGISLADOR NEGATIVO" - REVOGAÇÃO SUPERVENIENTE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO - PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO - AUSÊNCIA DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS - PREJUDICIALIDADE.

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de "menor" grau de positividade jurídica guardem, "necessariamente", relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao supremo tribunal federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria carta política - converte o supremo tribunal federal em verdadeiro legislador negativo.(...)” (grifei)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 652/MA Pleno. Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/1992 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008

declaratório das decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade, atribuindo-lhe eficácia retroativa - *ex tunc*, mas atenta à insuficiência da teoria da nulidade ⁴⁰ do ato inconstitucional para a complexidade dos problemas modernos permitiu a adoção de técnicas de decisão aptas a conferir efeitos *ex nunc*, *pro tempore* ou *pro futuro* em casos de excepcional interesse público e/ou razões para preservação da segurança jurídica, caso reconhecidas por, no mínimo, 2/3 dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Outro exemplo de especificidade do processo das ações diretas de constitucionalidade pode ser evidenciado no fato de a “Interpretação conforme a Constituição”, enquanto técnica de decisão em controle abstrato de normas similar à “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto” ⁴¹, ficar

⁴⁰ A insuficiência da teoria da nulidade do ato inconstitucional, que já era expressa na jurisprudência norte-americana, pode ser visualizada em julgamento recente do próprio Supremo Tribunal Federal. Após modificar radicalmente seu posicionamento para considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que vedava a progressão de regime em crimes hediondos (HC 82.959/SP Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/02/2006 DJ 01/09/2006 p. 18) – a nosso ver, fruto da considerável renovação de seus ministros em 2005 -, mesmo sendo fiel à teoria da nulidade do ato inconstitucional, a Corte aplicou eficácia *erga omnes* e *ex nunc* à mencionada decisão proferida em recurso extraordinário, em contradição às tradicionais eficácias *inter partes* e *ex tunc*, quanto a esta última para evitar que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, com os regulares efeitos pretéritos, invalidasse todas as vedações a progressões de regime em crimes hediondos, permitindo-se ao juiz de execução penal individualizar a questão da inconstitucionalidade na vedação da progressão pela natureza do crime. Ou seja, se o preso estivesse impedido de progredir de regime por outros óbices de natureza legal, a declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime pela natureza hedionda do crime, com efeitos *ex nunc*, não impediria ao juiz da execução penal em mantê-lo preso em regime mais grave por outras determinações legais que não o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

⁴¹ “Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim,

adstrita ao Supremo Tribunal Federal, vez que a jurisdição ordinária somente pode manejá-la como postulado de interpretação segundo o qual, em decorrência do princípio instrumental da presunção de constitucionalidade dos atos normativos⁴², existindo mais de uma interpretação possível ao ato normativo, deve-se buscar aquela que o compatibilize com a Constituição, ainda que não seja obviamente aquela que decorra do seu texto. É que, se utilizada como técnica de decisão, pela jurisdição ordinária, tal situação obrigaria que tais decisões fossem submetidas à cláusula de reserva de plenário⁴³, situação que inviabilizaria o controle difuso de constitucionalidade atribuído a todo e qualquer juiz pela Constituição vigente.

Também como exemplo evidente das especificidades do processo das ações diretas de constitucionalidade, de ressaltar-se a adoção da chamada “inconstitucionalidade por arrastamento”⁴⁴ – também denominada Inconstitucionalidade

se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).“

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 286

⁴² Ante a deferência política devida pelos Poderes uns aos outros, consubstanciado no princípio da separação dos poderes, este princípio funciona como fator de autolimitação da atuação judicial: um ato normativo somente deve ser declarado inconstitucional quando a sua invalidade for patente e não for possível decidir a lide com base em outro fundamento.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. p. 35/40.

⁴³ Art. 97 da CF/88 – “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

⁴⁴ “A inconstitucionalidade conseqüente opera em cascata, através da propagação da relação de desvalor de uma norma principal, para as normas dela dependentes.(...)”

seqüencial ou por atração – pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁵ nos casos em que será declarada, seqüencialmente, a inconstitucionalidade de outro dispositivo legal com estrita relação de dependência com o preceito legal declarado como inconstitucional, sem que haja requerimento neste sentido na petição inicial, o que, em processo subjetivo, representaria verdadeira heresia ao princípio da inércia jurisdicional, segundo o qual a Corte deveria limitar-se aos dispositivos normativos que, expressamente, constassem do pedido inicial.

De ver-se, portanto, que, diferentemente do que ocorre com todos os demais processos de natureza subjetiva, onde não é possível individualizar a jurisdição constitucional que será realizada pelo juiz ordinário, mediante o controle concreto de constitucionalidade pela via difusa, o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade possui especificidades aptas a individualizá-lo cientificamente, pois aqui a proteção objetiva da Constituição é o único e exclusivo objeto do

em casos em que uma norma principal tenha sido previamente julgada inconstitucional, e seja depois impugnada, por via principal, uma norma dela dependente, precisamente em razão da relação de instrumentalidade que guardaria com a primeira, o Tribunal tem procedido à declaração de inconstitucionalidade subsequente da segunda.”

MORAIS, Carlos Blanco. Justiça constitucional. *Apud* MENDONÇA, Andrey Borges de. Inconstitucionalidade por arrastamento ou por consequência. *In* Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. Marcelo Novelino (Org.) Salvador: Podivm, 2007. p. 162/163.

⁴⁵ “(...) No mérito, tendo em conta que os dispositivos possuíam teor análogo, que a causa de pedir era idêntica e, ainda, que a declaração de inconstitucionalidade dos artigos impugnados na inicial acabariam por atingir os acrescidos no parecer, tornando-os inaplicáveis, retificou-se o voto anteriormente proferido e declarou-se a inconstitucionalidade dos artigos 22 e 28 e, *por arrastamento, das expressões* "acrescida e calculada juntamente com a Taxa Judiciária e quotas para a Associação Cearense dos Magistrados, para a Associação Cearense do Ministério Público e para a Caixa de Assistência dos Advogados", constante do caput do art. 5º, e "outra para o recolhimento dos valores destinados aos órgãos de classe especificados no Art. 5º desta Lei", contida no parágrafo único do art. 25, todos da Lei 12.381/94

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADIn 2982 QO/CE Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17/06/2004 Informativo STF nº 352, de 14 a 18/06/2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008

processo constitucionalmente fixado.

Sob estas circunstâncias, a inovação propugnada pela doutrina no sentido da independência científica de um novo direito processual constitucional, no qual se inseriria o processo objetivo típico das ações diretas de constitucionalidade, não traz nenhum benefício ao presente trabalho.

Pelo contrário, o modismo doutrinário pela segregação dogmática de um dito “direito processual constitucional” representaria erro fatal na apreciação da subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo no processo civil de natureza subjetiva. Primeiro, porque é indevida a exclusão de todos os demais processos de natureza subjetiva não enquadrados na chamada “jurisdição constitucional das liberdades”, vez que naqueles, tanto quanto nestes, haverá o exercício da jurisdição em prol da supremacia concreta da Constituição, sem se olvidar da incidência dos princípios processuais constitucionalmente fixados. Segundo, porque a inclusão do processo típico das ações diretas no chamado “direito processual constitucional” impede a adequada análise processual constitucional da atuação jurisdicional, nos mesmos moldes da que seria realizada nos processos de natureza subjetiva, vez que aquela se encontra submetida a parâmetros processuais constitucionais específicos não passíveis de individualização em nenhum outro ramo do direito processual brasileiro.

Diante do posicionamento ora envidado, a análise da subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo que iremos posteriormente empreender será realizada não naquilo que a doutrina modernamente tem denominado como “direito processual constitucional”, mas sim sob a ótica do direito processual civil relacionado a processos de natureza subjetiva, ou, de forma ainda mais técnica, podemos delimitar nossa análise naquilo que Hermes Zaneti Jr. chama de “módulo

processual jurisdicional civil”, o qual “(...) no direito brasileiro (...) é o procedimento em contraditório exercido no âmbito da jurisdição.”⁴⁶ civil, pois assim restará excluído o processo pertinente às ações diretas de constitucionalidade, o qual não se dá sob a ótica do contraditório, e inclusos estariam todos os demais processos que não aqueles denominados pela doutrina como meios para o exercício da “jurisdição constitucional das liberdades”.

5. A SUBORDINAÇÃO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL DO JUIZ CONTEMPORÂNEO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Considerando-se o juiz como agente do Estado responsável pela solução dos conflitos sociais através da prestação da tutela jurisdicional e que, nesta condição, ele subordina-se a mesma Constituição que tem obrigação de proteger através de sua atuação, necessariamente estará o juiz sob condições que aparentemente impõem-se como contraditórias: deverá atuar mediante a prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, sem olvidar, entretanto, a necessidade de subordinar-se às formalidades processuais determinadas pela própria Constituição, dentre as quais a estrita observância à ampla defesa e ao contraditório.

Aparentemente contraditórias porque, tanto quanto várias outras condições de aparente conflito, aqui se evidenciam os valores dialéticos, que caracterizando as sociedades contemporâneas, plurais e complexas, encontram-se protegidos pela Constituição e, exatamente por isto, devem ser observados⁴⁷ pelo Estado-juiz.

⁴⁶ ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 198.

⁴⁷ “(...) a perspectiva constitucional do processo veio contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz

Sob esta ótica, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta para a própria dialética interna do processo contemporâneo, onde a efetividade e a segurança jurídica apresentam-se como valores essenciais à conformação do processo, cabendo, assim, ao juiz valer-se do emprego de técnicas hermenêuticas adequadas para equilibrar, na relação processual, valores em tese conflitantes⁴⁸, tais como segurança jurídica e formalismo do procedimento, de um lado, e celeridade e efetividade da prestação jurisdicional de outro, situação esta que caracteriza a perspectiva constitucional do processo contemporâneo.

Sob esta dialética interna do processo contemporâneo, decorrente da perspectiva de não mais considerar o processo como mera técnica científica, mas sim como instrumento dotado de finalidades outras que não a meramente jurídica – social⁴⁹ e, até mesmo, política⁵⁰ –, deverá o processo

respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre as duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.”

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo nº137 São Paulo: RT, 2007. p. 15/16.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 13

⁴⁹ “Se o processo, única e exclusivamente, não é elemento apto a transformar as deformidades sociais que marcam a realidade brasileira, por ordem do aparelho judicial, visto que tal tarefa precípua deve ser atribuída ao direito material, por outro lado entender que o direito processual em nada pode contribuir para a redução das iniquidades e mazelas brasileiras é posição só aparentemente progressista, visto que o processo será “socialmente efetivo” quando “apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar na órbita judicial.”

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. p. 16 *In* Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵⁰ “A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se difícil distinguir entre um ‘direito’ e um ‘interesse político’.”

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da

contemporâneo ser efetivo e eficaz no sentido de permitir a solução justa do conflito de interesses levado ao Poder Judiciário.

Assim, todo e qualquer intérprete, em especial o juiz, está obrigado a considerar o processo não só como método científico, mas como mecanismo apto a permitir a prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva, o que somente será possível através de “uma postura mais ativa dos operadores do direito e em especial do Poder Judiciário, o qual deve sempre que possível, buscar ser criativo e comprometido com a justiça social, especialmente porque uma sentença, como toda a atividade jurisdicional, não pode ser aceita como simples produto de um pensamento mecanicista, devendo ser sim, fruto de um juízo valorativo que representa uma função global e unitária em que os vários aspectos inerentes à sociedade se solidarizam; não mais se aceita uma decisão vinculada de modo inocente e autônomo “à ideologia inserida na lei”.”⁵¹

Mas, não nos enganemos que esta atuação do magistrado contemporâneo possa outorgar-lhe qualquer afastamento aos limites processuais que lhe são estabelecidos pela própria Constituição, pois seria, no mínimo, paradoxal - para não dizer inconcebível - que o juiz, sujeito ao cumprimento da Lei Magna, agisse com arbítrio no exercício de tal função⁵².

Isto porque mesmo que todas as circunstâncias contemporâneas imponham ao juiz uma atuação criativa e compromissada com os valores sociais normatizados pela Constituição, tal situação não o afasta da sua subordinação ao formalismo processual⁵³, visto que este se trata de uma

política. Revista brasileira de ciências sociais nº 34 v. 12. junho/1997.

⁵¹ CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. Revista de Processo nº 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 79

⁵² “A questão, fundamental, está, portanto, em estabelecer, através de critérios confiáveis, o limite entre o exercício da discricionariedade, essencial ao ato jurisdicional, e o arbítrio, (...)”

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. Cit.*

⁵³ Como bem lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo processual,

imposição da própria Constituição a limitar a atuação do juiz e a evitar o arbítrio por parte do mesmo, pois contém “(...) a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento.”⁵⁴

O formalismo processual a que se sujeita o magistrado não tem por única finalidade ordenar o procedimento, mas disciplinar os poderes judiciais como forma de proteger as partes, e todos os demais interessados na relação processual, de eventuais arbítrios dos órgãos estatais responsáveis pela prestação da tutela jurisdicional, pois “(...) a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes. E dessa maneira poderia fazer até periclitara a igual realização do direito material, na medida em que a descrição do órgão judicial, quanto ao procedimento e o exercício da atividade jurisdicional, implicaria o risco de conduzir a decisões diversas sobre a mesma espécie de situação fática material, impedindo uma uniforme realização do direito.(...)”⁵⁵ (grifo nosso)

Confirmada a subordinação da função jurisdicional ao formalismo processual determinado pela própria Constituição⁵⁶, passaremos agora à análise estrita de alguns parâmetros

que nos é tão caro, não se confunde com a forma dos atos processuais individualmente considerados, mas sim com a totalidade formal do processo, onde se deve considerar “(...) a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.” (grifo nosso)

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. Cit.* O formalismo-valorativo ... p. 06/31.

⁵⁴ *Ibidem.* p. 08

⁵⁵ *Ibidem.* p. 08/09.

⁵⁶ Formalismo processual determinado pela Constituição, pois o formalismo processual limitador da função jurisdicional exercida pelo juiz é aquele que encontra substrato na própria Constituição, e não na lei infraconstitucional, pois “O que diferencia o juiz do administrador é justamente o caráter jurisdicional de seus atos;

processuais constitucionais que servem de diretrizes à atuação contemporânea deste “novo” juiz no processo civil brasileiro.

6. RELEITURA DE ALGUNS PARÂMETROS TRADICIONAIS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL, AGORA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO.

6.1. A INÉRCIA JURISDICIONAL.

Deverá o juiz observar o princípio processual da inércia judicial, vez que, tratando-se de atuação jurisdicional, há que se observar a necessidade de provocação do órgão judicial, exatamente por que é esta característica que diferencia o processo judicial dos processos legislativo e administrativo, pois tal como afirma Cappelletti para a atuação do juiz é imprescindível o manejo da ação, “*condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional*”.⁵⁷ (grifo nosso)

Em que pese, à primeira vista, a observância do princípio da inércia judicial parecer óbvia, há que se ressaltar que, em vista dos novos parâmetros de atuação judicial expostos anteriormente, recentemente, apesar do posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral, os presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, reunidos no 41º Encontro de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais do Brasil, divulgaram a Carta do Rio de Janeiro, na qual firmam consenso em levar em conta eventuais “fichas sujas” de candidatos durante a análise dos registros de candidaturas⁵⁸.

como seu poder advém da jurisdição, ele não está vinculado à lei, mas pode, frente à provocação das partes e preservada a simetria na formação da decisão, ir além da lei ou mesmo contra a lei para a realização da justiça (...).”

ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 156.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993. p. 76.

⁵⁸ MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Judicialização da política. Ficha suja: partidos políticos não cumprem o seu papel.* Disponível em <

Sem adentrar no mérito da questão, a qual, em tese, representa adequado posicionamento do Poder Judiciário aos reclamos da sociedade brasileira por idoneidade daqueles que se candidatam ao exercício de cargos públicos eletivos, fato é que os órgãos judiciais competentes para apreciar a referida matéria já estão pré-julgando as referidas questões e, o que é pior, fora do processo judicial onde deveriam ser provocados para apreciar as referidas questões, em evidente contradição ao princípio da inércia judicial consagrado no art. 2º do CPC.

A não observância deste limite processual à atuação judicial pode conduzir a episódios semelhantes aos ocorridos na Itália, nos idos da década de 1990, onde juízes, “com sentenças ideologicamente enviesadas e justificadas em nome da ‘depuração da classe política’ (...) *passaram a exorbitar de suas prerrogativas, tomando iniciativas que não lhes cabia tomar sem serem provocados para isso*, o que resultou em confusão institucional (...)”⁵⁹ (grifei)

6.2. INAFSTABILIDADE DE JURISDIÇÃO.

Interpretada sob sua natureza de disposição constitucional, vez que prevista no art. 5º, XXXV⁶⁰ da CF/88, a inafastabilidade de jurisdição foi – e ainda é - entendida como um direito absoluto através do qual qualquer indivíduo poderia apresentar uma ação ao Estado-juiz, pois toda e qualquer pretensão deveria ser aceita em juízo, processada e julgada, para que fosse oferecida a tutela jurisdicional àquele que manejou o referido direito de ação. Empreendendo este posicionamento de que o direito de ação seria um direito fundamental, e por conta disso um direito absoluto, boa parte da doutrina sustentou a indesejabilidade definitiva dos

<http://www.conjur.com.br/static/text/67745,1>> Acesso em: 01/08/2008.

⁵⁹ MACIEL NETO, Pedro Benedito. *Op. Cit.*

⁶⁰ “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

requisitos técnicos-processuais ao conhecimento do mérito da demanda pelo juiz.

Esta doutrina encontrou óbvios obstáculos ao critério de absolutismo do direito de ação, enquanto direito fundamental, pois, se, em vista da necessidade de reger a relação entre diversos setores sociais e o Estado, a Constituição é formada por disposições dialéticas (em princípio, conflitantes) entre si, não se poderá pretender efetivar um determinado direito fundamental em detrimento absoluto de outro direito fundamental ⁶¹, sob pena de esvaziamento da própria função constitucional de permitir a convivência das liberdades públicas. Exatamente por isto, a doutrina que sustentou a “legítima relatividade da garantia da inafastabilidade de jurisdição” ⁶² obteve melhor sorte, hipótese em que, apesar de mitigados, adequada a análise prévia - e corrente ao longo do processo - dos requisitos técnico-processuais ao conhecimento do mérito da demanda.

6.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E LIBERDADE DAS PARTES.

Evidentemente, os parâmetros de limitação da atuação jurisdicional objeto da presente exposição estão sendo tratados de forma eminentemente superficial, porque esta é a função de um artigo: apresentar idéias e instigar o debate, vez que o aprofundamento das idéias deve ser guardado para obra de

⁶¹ No atual contexto de nossa realidade social, apesar de não se desconsiderar os métodos e critérios da interpretação jurídica clássica, percebeu-se a necessidade de métodos próprios e específicos à interpretação das normas constitucionais, pelo simples fato de que tal espécie de norma não tem um sentido unívoco, objetivo, mas, antes de tudo, é dialética, representando a concretização de diversos valores que, tidos como antagonônicos, precisam viver em harmonia no mesmo sistema jurídico, tais como, por exemplo, o clássico exemplo dos princípios da liberdade de imprensa/informação e da privacidade do indivíduo, esculpidos como direitos fundamentais na CR/88.

⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* Instituições... p. 218

maior fôlego como uma monografia científica ou um livro.

Com natureza de direito fundamental, inscrito no art. 5º, LIV da Constituição, o “devido processo legal” estipula uma cláusula de reserva de jurisdição, através da qual – salvo raríssimas exceções - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ademais, o referido direito fundamental assegura a todos que as medidas adotadas pelo Estado para restringir bens e liberdades, mesmo no exercício da função jurisdicional, somente serão válidas, e legítimas, caso se submetam às demais limitações estipuladas pela Constituição à função jurisdicional.⁶³

E da característica da relatividade do “devido processo legal”, inerente à sua própria natureza de direito fundamental constitucional⁶⁴, decorrem as liberdades das partes a serem respeitadas pelo juiz no processo judicial, segundo as quais,

⁶³ “O poder estatal exercido pelo juiz sofre todas as limitações inerentes ao Estado-de-direito democrático, não podendo ele avançar sobre competências de outros juízes e não podendo, ainda quando eventualmente lho autorize a lei, exercer o poder de modo capaz de comprimir as esferas jurídicas dos jurisdicionados além do que a Constituição permite.”

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* Instituições... p. 265

⁶⁴ A relativização dos direitos fundamentais é característica imanente e necessária à integridade do próprio sistema constitucional que os institucionaliza, pois se, em vista da necessidade de reger a relação entre diversos setores sociais e o Estado, a Constituição é formada por disposições dialéticas (em princípio, conflitantes) entre si, não se poderá pretender efetivar um determinado direito fundamental em detrimento absoluto de outro direito fundamental, sob pena de esvaziamento da própria função constitucional de permitir a convivência das liberdades públicas.

Ademais, tal necessária relativização dos direitos fundamentais coaduna-se com dois dos principais adágios da chamada “interpretação constitucional”, quais sejam a unidade da Constituição e a concordância prática, segundo os quais, respectivamente, não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais existentes – o que há é mera prevalência axiológica de uma determinada norma sobre a outra em determinado caso concreto - e deve-se coordenar os bens constitucionais em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de um relação ao outro, realizando-se uma redução proporcional do alcance de determinado bem em busca da harmonia entre os referidos bens e/ou interesses e/ou valores previstos na Constituição.

salvo as medidas coercitivas e constritivas previstas no sistema processual vigente, as partes, e outros interessados com intervenção processual permitida, têm a faculdade, e não o dever, de produzir atos processuais, de acordo com seu próprio interesse no deslinde da demanda.

Ressalte-se que, tal como o próprio instituto de onde derivam, tais liberdades das partes são relativas, vez que podem ser devidamente restringidas pelo juiz de acordo com as exigências formais do sistema processual estabelecido. Exigências estas tais como prazos, lugar e, se for o caso, forma dos atos processuais; requisitos mínimos quanto ao modo de sua realização; as exigências éticas do processo e, conseqüentemente, as sanções cominadas aos infratores daquelas exigências⁶⁵.

Nesse mesmo contexto de realce ao “devido processo legal”, o contraditório reaparece como instituto de extrema importância no conjunto das limitações ao exercício da função jurisdicional, visto que imposto ao juiz pelo sistema processual constitucional como direito fundamental a todo e qualquer litigante ou acusado.

Apesar do antigo reconhecimento do instituto pelos diversos sistemas processuais, é certo que o instituto do contraditório teve sua importância devidamente reconhecida sob a ótica do direito contemporâneo. A título de exemplo, veja-se que no direito francês, antes da edição do Código de Processo Civil de 1975, foram editados decretos, onde figurava

⁶⁵ “Esse conjunto de garantias, restrições e sanções é responsável pelo desejado equilíbrio da situação das partes na relação processual, associando-se por isso à exigência de tratamento isonômico entre elas. Nenhum princípio é absoluto na Constituição e cada um deles recebe legítimas limitações decorrentes da convivência com outros, mas, nos limites da liberdade consentida pela Constituição ou pela lei, não podem as partes ser tolhidas em sua faculdade de escolher e atuar segundo suas próprias escolhas. Não tem o *juiz* o poder de limitar faculdades que a lei não limite, nem é o *legislador* autorizado a estabelecer limitações que comprometam o livre exercício da ação e da defesa, em contraditório e segundo o devido processo legal.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* Instituições... p. 252.

disposição segundo a qual o juiz poderia decidir o conflito de acordo com o direito aplicável, mas estava obrigado a ouvir as partes sobre questões examinadas de ofício pelo juízo.

Apesar da referida disposição, alguns juízes proferiram sentenças com fundamentos jurídicos, por eles suscitados de ofício, mas a que as partes não tiveram oportunidade de contraditar, tendo sido tais decisões anuladas pela Corte de Cassação francesa.

Segundo Jonh Anthony Jolowicz, tais sentenças poderiam estar perfeitamente corretas, sob o critério da justiça substantiva, “mas a inobservância da justiça processual, como exigida por lei, significava que elas não podiam prevalecer.”⁶⁶

Com a edição daquele CPC francês de 1975, tal disposição foi removida, mas o Conselho de Estado entendeu pela nulidade da supressão da referida disposição normativa, pois “ao deixar de proporcionar às partes a oportunidade de discutir questões de direito suscitadas pelo juiz, colidia com o *príncipe du contradictoire* – um dos “princípios gerais de direito”⁶⁷, o qual tem sido descrito como “uma das mais perfeitas manifestações do direito de auto-proteção no processo e uma das regras de ouro do processo judicial.”⁶⁸, tendo sido a falha legislativa corrigida com a reinserção no Código da disposição de que “o juiz deve, em quaisquer circunstâncias, *faire observer et observer lui-même le principe de la contraction.*”⁶⁹

Em terras brasileiras, a Constituição de 1988 seguiu aquela direção de amplo deferimento e proteção ao direito de contraditório das partes no processo, vez que o Texto Constitucional fixou-o, expressamente, como direito

⁶⁶ JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo nº 135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 167.

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

⁶⁹ *Ibidem.*

fundamental⁷⁰.

Segundo a interpretação da expressão “acusados em geral” da referida norma constitucional por Jessé Torres Pereira Júnior, o contraditório “*não está associado ao processo e é referido de modo indeterminado*”, vez que a finalidade da referida determinação constitucional seria “*pôr o cidadão a recato também quando defrontado com o arbítrio de outras instâncias de poder, cujos atos sejam dotados de congência suficiente para submetê-los unilateralmente aos seus desígnios.*”⁷¹

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover entende que o contraditório não se limita ao direito processual, fazendo-se sentir em toda e qualquer esfera em que o indivíduo sofrerá constrações decorrentes do exercício do poder, seja de que natureza for este - ou estatal ou econômico ou social ou político⁷².

Ainda que tal posicionamento radical seja suscetível de ampla controvérsia, certo é que o contraditório, como direito fundamental de índole processual constitucional, impõe deveres ao juiz, inclusive o de participar ativamente do

⁷⁰ Art. 5º, LV da Constituição de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes;”.

⁷¹ PEREIRA JR., Jessé Torres. O direito à defesa na Constituição de 1988. p. 36/37. *Apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. Revista de processo nº 147. São Paulo: RT, 2007. p. 307/330.

⁷² “Se é verdade que as garantias do contraditório e da ampla defesa (integrantes do devido processo legal) aplicam-se a todas as formas de exercício do poder, da qual possam resultar decisões passíveis de interferir na esfera jurídica ou patrimonial de determinadas pessoas, então é certo que o impedimento a que se aludiu no item imediatamente precedente não deve se limitar à prova ilícitamente produzida no âmbito judicial. Vale dizer: no exercício do poder – no âmbito estatal e no dos demais pólos existentes na sociedade – há que se exigir, se não imparcialidade, quando menos o atributo da *impressoalidade*, para o que o resultado da atividade estatal não acabe resultando em desvio de poder e de finalidade.”

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. Revista de processo nº 147. São Paulo: RT, 2007. p. 323.

processo, enquanto no exercício da função de órgão de direção do processo. Assim, tal como o dever de cooperação judicial, o contraditório impõe ao juiz que, mesmo nas questões que possam por ele serem decididas de ofício, sejam as partes instadas a manifestarem-se sobre as referidas questões, de forma a permitir o seu pronunciamento a respeito e, conseqüentemente, o melhor embasamento da decisão a ser proferida pelo órgão judicial⁷³.

6.4. IMPARCIALIDADE JUDICIAL.

Sob um contexto em que o juiz representa o Estado responsável pela solução dos conflitos sociais que lhe são apresentados por uma sociedade complexa e pluralista, regidas por valores que, apesar de tão dialéticos, são protegidos pela mesma Constituição que o subordina, o juiz deve pautar sua atuação em uma conduta imparcial, impessoal e equidistante das partes⁷⁴, mas não da forma neutra que o direito processual

⁷³ “Não pode o juiz decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. (...) Trata-se de manifestação de garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.(...) Examinado com atenção o dispositivo do art. 296 do CPC, que autoriza a retratação do magistrado, tendo havido apelação contra sentença que indefere a petição inicial, será fácil constatar a aplicação do mencionado princípio: a permitir-se ao demandante tentar convencer o magistrado sobre a inexistência da questão de mérito conhecida *ex officio* e sobre a qual não teve oportunidade de manifestar-se.”

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. Revista de processo nº 127. São Paulo: RT, 2007. p. 77/78.

⁷⁴ “Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder, 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 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. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é naquele momento o próprio Estado, que ele consubstancia nessa atividade.”

do Estado liberal de outrora impunha, visto que aquele direito processual pretendia ser meramente técnico, sem qualquer influência axiológica dos valores socialmente mais importantes.

A imparcialidade do juiz contemporâneo não se confunde com neutralidade do juiz de outrora, nem importa em suposto dever de ser a atuação judicial ética ou axiologicamente neutra, vez que, sendo o processo influenciado pelos valores sociais protegidos pela Constituição, dentre eles a ordem jurídica justa, tem o juiz ampla liberdade para julgar o caso à luz da interpretação que faça do ordenamento vigente, segundo os valores sociais que, reinantes no momento de seu julgamento, estão albergados pela Constituição.

Assim sustenta Rui Portanova que a atuação criativa e justa na aplicação do direito, durante a prestação jurisdicional, “não transmuda o juiz em legislador nem lhe retira as condições de imparcialidade diante dos sujeitos litigantes, vez que a imparcialidade não se confunde com a neutralidade axiológica.”⁷⁵

Há, inclusive, que se ressaltar que esta discrepância, atualmente, bem definida pela nossa doutrina entre imparcialidade, sempre exigível do Estado-juiz, e neutralidade judicial, esta atualmente inadequada, pois decorrente da concepção do juiz como mero descobridor da norma no ordenamento positivado pelo legislador, tornou-se mais perceptível em vista dos fatores de complexidade valorativa que caracterizam o direito contemporâneo, especialmente nos sistemas jurídicos romano-germânicos, nos quais já havia uma maior tendência pela atuação valorativa do juiz, enquanto órgão estatal presidente do processo judicial, bem diferente da tradicional neutralidade do magistrado no direito processual

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 220.

⁷⁵ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto alegre: Livraria do advogado, 1997. p.136.

anglo-saxão⁷⁶.

6.5. SEGURANÇA PROCESSUAL DAS PARTES.

A proporcionalidade/razoabilidade, apesar de não expressamente prevista na atual Constituição, é reconhecida como princípio constitucional de valiosa relevância para a proteção dos direitos fundamentais⁷⁷, por permitir o controle dos atos do Poder Público, inclusive do Judiciário, na concretização dos valores constitucionais de racionalidade, justiça, senso comum e rejeição a todo e qualquer ato arbitrário⁷⁸.

Sob esta ótica, obviamente a celeridade processual não pode ser considerada como único valor a ser perseguido pelo juiz no curso do processo, pois “Certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança. A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível. Mas, deve respeitar também as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura. *Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização.*”⁷⁹

⁷⁶ “Tal é a perspectiva do *ativismo judicial*, que vem sendo objeto de ardorosos alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcados pela tônica da efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do *adversary system* prevalente no direito anglo-americano, onde o juiz participa muito menos (especialmente no tocante à colheita da prova) e desenvolve, como se diz, a *relatively passive role*.”

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* p. 240/241.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.* O Começo da História... p.302/303.

⁷⁸ A noção de proporcionalidade, considerada como sinônimo de razoabilidade por certos autores nacionais, decorre do sistema jurídico alemão, cujo sistema romano-germânico direcionava-se para um sistema ordenado, que se formava através de análises; este conceito desenvolveu-se através do direito administrativo, como um mecanismo de controle dos atos do Poder Executivo.

⁷⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. p. 102 Revista de Processo nº 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 99/117.

Sob essa dura missão de equilibrar, proporcionalmente, valores constitucionais, atualmente atribuída ao juiz, se a realização da justiça no caso concreto, necessariamente, importa na consideração do tempo de duração do processo pelo magistrado, isto não importa qualquer autorização a que se ilida direitos fundamentais, de ordem processual, tão arduamente conquistados pelos atuais Estados democráticos constitucionais e que, no Brasil, inscritos na Constituição de 1988, impõem a concretização da segurança processual às partes.

É o caso das atuais disposições constitucionais segundo as quais não se pode ilidir às partes garantias processuais, tais como a “(...) proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX). “⁸⁰

Para o alcance de um processo que vise à produção de decisões justas, considerando as peculiaridades do caso concreto sob exame do juiz, tal como exige a nova concepção material de direitos fundamentais, é necessário o equilíbrio entre os valores fundamentais da “segurança jurídica” e da “efetividade”, através da adequada proporcionalidade entre “garantismo” e “eficiência”, todas características imprescindíveis ao processo civil contemporâneo ⁸¹.

7. NOVOS PARÂMETROS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NO PROCESSO CIVIL.

⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. Cit.* O processo civil na perspectiva ...

⁸¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. Cit.* O processo civil na perspectiva ...

7.1. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS.

Outro limite processual constitucional à interpretação e aplicação criativa do direito pelo juiz contemporâneo decorre da indispensável motivação/fundamentação da decisão judicial, que expressamente fixada no art. 93, X da Constituição com redação dada pela EC 45/04, tem o fim de permitir às partes averiguar se a atuação jurisdicional detém racionalidade jurídica e se encontra suporte no ordenamento jurídico vigente.

Luís Roberto Barroso ensina que, apesar do truísmo que a necessidade de adequada fundamentação da decisão judicial possa parecer, nunca se “motivou tão pouco e tão mal” as sentenças no Brasil ⁸², inclusive ressaltando que a falta de motivação, em certos casos, chega a ser tautológica ⁸³.

Tal modo de atuação jurisdicional, inequivocamente, não

⁸² Informa o autor que tal situação deve-se a vários fatores, dentre os quais o excesso de trabalho dos magistrados e a chamada ‘motivação concisa’, que vem sendo autorizada pelas Cortes Superiores, e pelas recentes reformas do Código de Processo Civil, o qual vem admitindo fundamentação de determinadas decisões judiciais apenas com referência a enunciados das súmulas das Cortes Superiores.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. p. 29 *In* A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸³ “Sentença condenatória: o acórdão que improvê apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que – sem sequer transcrever a sentença – limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que ‘no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão’, somando-se ao vazio dessa afirmação a tautologia de que ‘a prova é tranqüila em desfavor dos réus’: a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial – que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular – é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale dizer não serve a nenhum.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 78013 Rel. Min. Sepúlveda Pertence 1ª Turma j. 24/11/1998 Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01/08/2008

mais se coaduna aos atuais paradigmas do direito processual como instrumento de pacificação social de uma sociedade pluralista e complexa, visto que, nesse estado de arte contemporâneo das ciências jurídicas, exige-se a revisão dos critérios atualmente utilizados para fundamentação das sentenças judiciais, pois, tal como sustenta Ovídio A. Baptista da Silva, o dever de fundamentar as decisões judiciais não será plenamente cumprido se o juiz ater-se a meros dispositivos legais ou ainda se não considerar as alegações e provas produzidas por uma das partes no processo, vez que tais alegações e provas compõe “os fatos e circunstâncias constantes dos autos” (art.131 do CPC)⁸⁴.

Segundo o referido autor, é evidente que se o juiz atém-se somente a dispositivos legais, sem considerar a realidade fática específica ao processo sob o qual se está resolvendo a lide, estar-se-á desconsiderando o dever de o juiz fundamentar sua decisão jurisdicional, até porque nosso momento contemporâneo evidencia a forte possibilidade de o texto normativo não poder ser empregado, isoladamente, pelo juiz, devido a alterações das circunstâncias sociais, econômicas e políticas vigentes.⁸⁵

O ordenamento jurídico processual brasileiro, constitucional e infraconstitucionalmente adequado à superação do dogmatismo normativo, impõe que o magistrado considere todas as especificidades da demanda que lhe foi submetida, evidenciando a necessidade de análise crítica de todo o conjunto probatório, inclusive o da parte sucumbente, como forma de propiciar a racionalidade exigida à interpretação do ordenamento jurídico utilizado como fundamentação do dispositivo judicial, vez que nosso ordenamento processual adota o sistema da persuasão racional

⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. Cit.*

⁸⁵ *Ibidem.*

da prova ⁸⁶.

Além disso, nos casos em que o juiz desconsidera os argumentos e provas produzidas pela parte sucumbente na fundamentação de sua decisão, se há a resolução da demanda subjetiva entre as partes, não há o alcance da finalidade contemporânea do processo, qual seja a pacificação social, que deve ser alcançada através da racionalidade com que aplica o direito na justa solução do conflito exposto no processo.

Racionalidade jurídica esta que não será alcançada se a sentença que põe fim ao ofício jurisdicional estiver fundamentada exclusivamente sobre as alegações e provas da parte vencedora, pois, nessa hipótese, não haverá o convencimento racional da parte sucumbente de que o direito está do lado da parte vencedora.

Esta situação, tal como sustenta Ovídio A. Baptista da Silva e como podem perceber oficiais mais experientes nos diversos foros do Poder Judiciário brasileiro, importa – obviamente, não como única e exclusiva causa - no manejo de recursos não para a reversão da decisão, mas para que a parte sucumbente tenha garantido o seu simples, mas fundamental, direito de ter seus argumentos considerados pelo órgão jurisdicional⁸⁷, vendo-se, assim, convencida de que a solução recorrida é a mais justa, mesmo se considerando todas as especificidades do caso concreto ⁸⁸.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ O dever de o juiz examinar e considerar em sua sentença a versão apresentada pela parte sucumbente decorre do direito fundamental da parte ao contraditório, modernamente não mais visto como o dual axioma de ação-reação, mas sim como fundamento do princípio da colaboração entre juiz e partes para a decisão justa da demanda judicial, do qual decorre o dever do juiz de instalar o debate entre as partes no processo e o direito das partes de terem suas alegações examinadas pelo juiz e obter respostas sobre as mesmas.

⁸⁸ “Se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente o contêm – mais de uma alternativa legítima, então a eliminação do arbítrio judicial (...), impõe a exigência de fundamentação adequada e coerente, que possa “convencer” não apenas os técnicos, mas as partes e a comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores. Das sentenças

Possível, portanto, concluir que se a adequada fundamentação das sentenças judiciais tem por finalidade garantir a efetivação do direito constitucional ao contraditório, ela também contribui para efetivar o fim contemporâneo do processo, qual seja efetivamente conduzir à pacificação o conflito social submetido ao Poder Judiciário, mediante o convencimento da parte sucumbente de que a decisão contra ela proferida é a mais justa.

Se possivelmente a parte sucumbente não interporá recurso contra sentença, que adequadamente fundamentada, racionalmente lhe convença de sua situação jurídica, de ver-se que, conforme ressalta Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar, o exercício do dever constitucional-processual do juiz de motivar/fundamentar sua sentença também contribui para a efetivação dos valores “segurança jurídica” e “celeridade processual”, ambos desejados pela Constituição e pelo ordenamento processual vigente, o que colabora por afastar eventual atuação judicial arbitrária na aplicação criativa do direito ⁸⁹.

insuficientemente motivadas, poderia o sucumbente dizer: “fui vencido, mas não convencido”, que é o sentimento hoje comum em nossa experiência jurídica.(...)

Entretanto, é correto dizer que o número de recursos aumenta na proporção em que aumente o número de provimentos judiciais carentes de fundamentação. O resultado inverso também é verdadeiro, quanto mais bem fundamentado o ato jurisdicional, tanto menor será o número dos recursos que o podem atacar.(...)

Uma das causas para o exagerado aumento do número de recursos está em que, ao exigir fundamentação, o sistema simplesmente deu-se por satisfeito que a fundamentação formalmente existisse, ainda que insuficiente, quando não falsa.”

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Op. Cit.*

⁸⁹ “O julgamento supedaneado nas peculiaridades do “caso deduzido em juízo”, dentro de um contexto que leve o intérprete a ver os entes em seu ser, inclusive ele próprio, jurista, “mais reforça o princípio da segurança jurídica e, ao invés de retardar o processo”, a adequação da fundamentação ao caso singular, “sem a exacerbação metafísica própria do generalismo”, pode ser apta a prevenir “marchas e contramarchas processuais, o que, a *contrario sensu*, atende os princípios da celeridade”, previsto hoje expressamente na Carta de 1988, “no ponto que assegura a todos a razoável duração do feito”.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. p. 66 Revista de processo 149. São Paulo: Revista dos

7.2. O DEVER JUDICIAL DE COOPERAÇÃO COM AS PARTES.

A releitura da inafastabilidade de jurisdição anteriormente exposta conduziu a doutrina à proposição de uma sensível mitigação jurisdicional dos tradicionais requisitos técnico-processuais de admissibilidade da ação - que, se analisados de forma absoluta, impediam a análise de mérito da demanda submetida a juízo -, chegando-se, inclusive, à edificação do que se passou a denominar como “princípio da cooperação judicial”, construção esta, em nosso entendimento, menos um princípio⁹⁰ e mais uma regra técnico-processual de observância obrigatória pelo magistrado, vez que decorrente daquele que efetivamente pode ser tido como o princípio em análise neste estudo, qual seja a inafastabilidade de jurisdição.

O referido dever de cooperação judicial, segundo Fredie Didier Jr., é prestigiado tanto no direito estrangeiro (§ 139 do ZPO alemão, alterado pela Lei de 27.07.2001; art. 16 do novo

Tribunais, 2007. p. 53/70.

⁹⁰ Para Cândido Rangel Dinamarco, aquilo que certos autores chamam de “princípios formativos ou informativos do processo” – princípios econômico, lógico, jurídico e político –, ainda que não se possa olvidar a sua responsabilidade pela boa ordem do processo e correto encaminhamento de suas soluções, são, na verdade, meras regras técnicas processuais desenvolvidas ao longo dos séculos e da experiência acumulada.

Não podem ser, portanto, caracterizadas como princípios do processo, vez que não estão situadas no interior do sistema processual, não atuando como princípios gerais e políticos do direito processual brasileiro, lugar este ocupado pelos princípios de índole político-constitucional, os quais se constituem em suas premissas externas e fundamentais ao sistema jurídico processual.

Nesse contexto, para o referido autor, apesar de regularmente denominados como princípios por enorme parcela da doutrina processualista brasileira, também são meras regras técnicas do processo o chamado “princípio da demanda” (CPC, art. 2º, 262); o da correlação entre provimento e demanda (CPC, art. 128, 560); o do livre convencimento (CPC, art. 131, 458, II); o da oralidade; o do dispositivo, o da lealdade; o da instrumentalidade das formas, dentre inúmeros outros.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* Instituições... p. 215.

CPC francês; art. 266 do CPC português), quanto na doutrina brasileira, neste último caso pela defesa intransigente do referido dever judicial por autores do porte de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, José Carlos Barbosa Moreira e José Roberto dos Santos Bedaque e Lúcio Grassi.⁹¹

Para aquele autor, não se limitando à ampliação dos poderes de instrução probatória pelo juiz ou de efetivação das decisões judiciais, tal como prevêm os artigos 131 e 461, § 5º do CPC, o dever de cooperação “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.”⁹², impondo que o processo seja visto como produto de atividade cooperativa, no qual, ainda que haja interesse contraposto entre as partes, devem todos os agentes do processo colaborar para o seu objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso)⁹³.

Nesse íterim, segundo o referido autor, o dever de cooperação impõe que o juiz esteja presente ao debate processual, como forma de qualificar o contraditório, prestigiando-se o diálogo e o equilíbrio das partes no processo, do que decorreriam três outros deveres judiciais, a saber os

⁹¹ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 75/76.

⁹² *Ibidem.* p. 76

⁹³ “Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. *Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.*” (grifei)

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório. In* Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999. P. 139.

deveres de esclarecimento, de consultar as partes e o de prevenção^{94 95}.

Em nosso entender, especialmente relacionado ao princípio da inafastabilidade de jurisdição encontra-se o dever de esclarecimento, segundo o qual o juiz tem o dever de elucidar, junto às partes, as dúvidas “que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”^{96 97}.

O dever em epígrafe impõe ao juiz que, em caso de “dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de

⁹⁴ “O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.”

DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 75/76.

⁹⁵ “No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC).(…) Um outro exemplo seria o inc. V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal. Nesses casos, deve sempre o magistrado intimar o demandante e indicar qual o procedimento aplicável, dando-lhe prazo para que tome as providências que reputar necessárias.”

DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 79

⁹⁶ GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *Revista dialética de direito processual*. Nº 06 São Paulo: Dialética, 2003. p. 50

⁹⁷ “Na verdade, nenhum sistema processual, por mais inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção. Qualquer discussão da matéria passa obrigatoriamente pela consideração dos poderes do órgão judicial na direção do processo. É patente a tendência ao incremento de tais poderes nas reformas recentes da legislação brasileira. E o fenômeno está longe de restringir-se ao nosso ordenamento. Agora mesmo, acha-se em curso no Parlamento alemão projeto de reforma da *Zivilprozessordnung*, que, entre outras coisas, mais acentua a responsabilidade do juiz pelo esclarecimento cabal dos fatos, previsto no § 139, reforçando-lhe o dever de incitar as partes a manifestar-se tempestivamente e completamente sobre todos os fatos relevantes, suprir deficiências dos dados, indicar provas e formular os pedidos cabíveis. É ocioso frisar a importância de disposições desse teor para um programa tendente a imprimir maior efetividade social ao processo.”

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.* p. 26

validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a conseqüência prevista em lei para esse ilícito processual”⁹⁸, tal como ocorreria na simples extinção do processo, sem julgamento do mérito, por incorreta indicação das condições da ação ou pressupostos processuais – v.g. a incorreta indicação da autoridade judiciária competente para o julgamento do feito -, sem antes solicitar esclarecimentos sobre a hipótese ao autor.

7.3. RAZOÁVEL DURAÇÃO PROCESSO.

Os fatores econômicos, especialmente os de natureza eminentemente financeira, culturais e políticos já eram considerados pelo direito interno de cada país, pois, como visto anteriormente, a normatização da vida em sociedade é fortemente influenciada pelos fatores culturais que são dela provenientes. Atualmente, esta conexão tornou-se ainda mais inexorável devido à notória influência que os fatores externos, imediatizados devido à incrível evolução das telecomunicações, impõem às sociedades capitalistas numa conjuntura mundial capitalista e globalizada.

É que as sociedades contemporâneas devem grande parte de sua complexidade ao impressionante desenvolvimento das telecomunicações no último quartel do século XX e nesta primeira década do século XXI, época em que capitais equivalentes a todo o PIB⁹⁹ de um país emergente são

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.* p. 77.

⁹⁹ “PIB significa o valor total da produção de bens e serviços verificada dentro das fronteiras do país, em determinado período de tempo, sem considerar a nacionalidade dos que se apropriaram dessas rendas, sem descontar rendas eventualmente remetidas ao exterior e sem considerar as rendas provenientes do exterior.”

HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. Jus navegandi. Teresina, ano 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28/12/2008.

movimentados, em questões de segundos pela *internet*¹⁰⁰, de um a outro “mercado” do planeta por um único investidor, com todas as inevitáveis conseqüências que isto importa em um mundo globalizado sob os auspícios de um único modelo econômico, o capitalismo.

E se a sociedade contemporânea é caracterizada pelo enorme volume de informações propiciadas pela *internet*, e pela facilidade e rapidez do acesso a estas informações decorrentes do extraordinário desenvolvimento da rede mundial de computadores a partir dos anos 80 do século XX, por evidente que os fatores econômicos, políticos, sociais e culturais do mundo globalizado contemporâneo influenciam e fundamentam os sistemas jurídicos estabelecidos por tais sociedades.

Diante de uma sociedade complexa e caracterizada pela maximização de toda e quaisquer espécies de relações entre os diversos agentes que a compõe, decorrente do impressionante estágio de evolução da tecnologia das telecomunicações, a nível planetário, evidentemente há que se normatizar a enorme preocupação contemporânea com a duração do processo, sob pena de o mecanismo designado para a solução dos conflitos sociais, o processo, situar-se em evidente contradição às necessidades da própria sociedade de ver seus conflitos, cada vez mais complexos e urgentes, solucionados em tempo hábil a permitir o restabelecimento da paz necessária à convivência social.

Assim, perfeito o posicionamento de Luis Guilherme Marinoni de que a duração adequada do processo deve “(...) tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou com aquele destinado a realizar concretamente os valores e os princípios

¹⁰⁰ Rede mundial de computadores.

contidos na Constituição da República.”¹⁰¹

Nessa direção do processo célere e justo caminhará a atuação judicial que afasta formalismos processuais que, apesar de estipulados pelo ordenamento positivado, não mais encontram consonância com uma realidade social sob o influxo da impressionante evolução das telecomunicações¹⁰². Assim, ao contrário do que se pensava há algum tempo atrás, o “devido processo legal” não deve ser interpretado como sustentáculo a formalidade tradicionais que não têm por finalidade assegurar a celeridade do processo e a eficácia da prestação jurisdicional, pois tal como ressalta renomado processualista argentino qual o sentido contemporâneo que teria a previsão do código de processo civil argentino que estipula a necessidade de impressão dos documentos judiciais em tinta preta ou azul, senão um formalismo inútil¹⁰³? Ou ainda que as notificações judiciais, na Argentina, baseiem-se, ainda, em exigências formais do século XVIII, época em sequer se conhecia tecnologias como o *fac-simile*, o qual, atualmente, já caminha para ver-se ultrapassado?

Necessário, portanto, suplantar o entendimento tecnicista de que o critério temporal de duração do processo não tem fundamento jurídico¹⁰⁴, pois se considerarmos a influência

¹⁰¹ MARINONI, Luis Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19

¹⁰² “Frente à sempre maior complexidade das relações sociais e econômicas e, portanto, das situações jurídicas carentes de tutela jurisdicional, o legislador processual está freqüentemente atrasado em decênios em relação ao surgimento dos problemas que deve enfrentar.”

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Valladolid: 1999, n. 22, p. 312. Disponível em <<www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 02/12/2008.

¹⁰³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”*. In Revista de processo nº 151. São Paulo: RT, 2007. p. 59/71

¹⁰⁴ Vincenzo Vigoriti posiciona-se neste sentido: “Uma análise profunda do custo e da duração dos processos impõe o estudo e o emprego de metodologia de pesquisa de natureza econômica e estatística bastante complexas e, portanto, estranha à cultura jurídica.”

Notas sobre o curso e a duração do processo civil na Itália. p. 142. *Apud* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil.

axiológica que os valores sociais, normatizados pela Constituição, exercem sobre o processo civil contemporâneo, não há como se olvidar a necessária consideração da celeridade. Ou seja, a consideração jurídica da definição da demanda em tempo hábil deve ser empreendida pelo direito processual civil contemporâneo, vez que a rápida solução judicial das relações jurídicas defeituosas ou não observadas espontaneamente – não só comerciais ou econômicas, mas de qualquer espécie em que a celeridade se faça necessária - nas sociedades sob o influxo da *internet*, certamente, é um dos valores sociais que caracteriza a sociedade brasileira contemporânea, tanto que a EC 45/04 acrescentou o inciso LXXVIII¹⁰⁵ ao art. 5º da Constituição de 1988, normatizando assim a celeridade processual como um direito fundamental.

Assim, considerando a nova forma de enxergar o processo civil aqui ressaltada, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que o direito processual, necessariamente influenciado pelos direitos fundamentais previstos na Constituição, deve considerar como finalidade do próprio processo a prestação jurisdicional efetiva e justa, a ser atingida através de “um processo sem dilações ou formalismos excessivos” e de um processo com razoável duração, onde permitidas medidas processuais de proteção imediata aos direitos - processual e material - das partes¹⁰⁶.

7. CONCLUSÃO.

Conforme visto anteriormente, segundo o movimento constitucionalista contemporâneo, a Lei Fundamental torna juridicamente superiores os valores escolhidos como

Revista de Processo nº 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁰⁵ “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Op. Cit.* O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.

representativos da nova ordem político-jurídica, ordenando, assim, a vida em sociedade, pois aqueles valores sociais, agora normas jurídicas supremas, passam a ser oponíveis a todos os feixes de atuação do Estado¹⁰⁷.

Esta passagem da Constituição para o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, nas sociedades instrumentalizadas sob o Estado democrático de direito constitucional, e a conseqüente constitucionalização do direito, impõe a análise do direito processual segundo os valores sociais normatizados pela Constituição vigente.

Assim, tanto a atuação do magistrado, quanto o procedimento, quanto qualquer ato processual praticado pelas partes ou por outros sujeitos envolvidos na relação processual somente terá validade se consentâneo à Constituição, pois esta influencia, axiológica e hierarquicamente, o processo através da força normativa suprema de suas disposições.

Ressalte-se, entretanto, que, na contramão do modismo do chamado “direito processual constitucional”, procuramos afastar da análise aqui empreendida o processo objetivo das ações diretas de constitucionalidade, vez que o mesmo possui evidentes especificidades aptas a individualizá-lo cientificamente, inclusive estando à parte da incidência de garantias processuais clássicas como o contraditório e a ampla defesa, pois a proteção objetiva da Constituição é o seu único e exclusivo objeto.

Sob este contexto, nesta análise superficial identificamos a necessidade de que a atuação jurisdicional nas sociedades contemporâneas, pluralistas e complexas, deva dar-se sob parâmetros processuais estabelecidos pelo ordenamento

¹⁰⁷ “A tutela constitucional do processo é feita mediante os princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele. Trata-se de imperativos cuja observância é penhor de fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país.”

DINARMARCO, Cândido Rangel. *Op. Cit.* Instituições de direito processual civil... p. 208

constitucional vigente ¹⁰⁸, hipótese em que o magistrado poderá até mesmo atuar *praeter legem* ou, até mesmo, *contra legem*, sempre em busca da justiça para o caso concreto que lhe foi submetido para pacificação social ¹⁰⁹, sem que isto, por evidente, importe em atuação arbitrária do agente estatal a que foi confiada a função jurisdicional, vez que o exercício desta está submetida a inúmeros parâmetros processuais constitucionais que lhe limitam e orientam a atuação.

Portanto, há que se superar, definitivamente, a utilização do processo enquanto mera técnica, pois esta concepção do processo está em evidente contradição à própria evolução político-jurídica de nossa sociedade, segundo a qual não mais se pode negar ao juiz o papel criativo que os novos tempos lhe exigem.

Correto é – e, por muito tempo, ainda continuará sendo – aprofundar-se o debate acerca da questão para a propositura de soluções aptas a tornar possível e legítima, sob o ponto de vista constitucional e processual, a atuação criativa do juiz na prestação da tutela jurisdicional ¹¹⁰, pois a sociedade brasileira

¹⁰⁸ “Hoy, la figura del Juez tiene y necesita evaluarse bajo estas consignas novedosas. La prevención estará em los limites que se quieren encontrar para esta aventura de la confianza. Porque um Juez que se extralimita espeligroso por el exceso discrecional o la arbitrariedad de sus decisiones; mientras um Juez desinteresado que potencia su neutralidad padece y hace sufrir a los demás la ineficácia de sus próprias aptitudes.”

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Op. Cit.*

¹⁰⁹ ZANETI JR., Hermes. *Op. Cit.* p. 162

¹¹⁰ “Se no Estado Liberal – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, no Estado democrático de Direito desaparece essa figura, que passa a apresentar outras características, com mais poderes e obrigação de usá-los na busca da concretização constitucional.

Evidentemente que neste quadro haverá um juiz com maior intervenção e os casos de ativismo judicial serão mais freqüentes. Daí que, em lugar de simplesmente negar esta possibilidade, o que se propõe é aceitá-la como natural no novo papel a ser exercido no estado democrático de direito com perfil social e, a partir daí, buscar formas de solução para os casos de atuação inadequada e que venham a violar o compromisso democrático que deve permear a atividade jurisdicional, sem esquecer, contudo, que esta atuação será sempre necessária, indispensável.” (grifo

contemporânea assim o exige.



8. BIBLIOGRAFIA.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O processo civil e os novos rumos do Judiciário: desafios e perspectivas. *In* Revista de processo nº 142. São Paulo: RT, 2007.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. Revista de processo nº 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Garantia do contraditório. *In* Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo valorativo. Revista de Processo nº137. São Paulo: RT, 2007.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 26/08/2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. *In* A nova interpretação

nosso)

RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Francisco José. A atuação do juiz no estado democrático de direito: em busca do ponto de equilíbrio. p. 107 *In* Estudos constitucionais. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 101/109

- constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luís Roberto. (Org.) Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *In* A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 15/08/2008.
- BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BETTINI, Lúcia Helena Polleti. O processo constitucional: a adequação da programação de rádio e TV e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de direito constitucional e internacional nº 55. São Paulo: RT, 2007.
- BRANDÃO, Cristina. Algumas considerações sobre a discricionariedade judicial. *In* Revista de direito constitucional e internacional nº 56. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 652/MA. Plenário. Rel. Min. Celso de Mello j. 02/04/1992 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 768/MC. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 07/10/1992. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 2982/CE. QO. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17/06/2004 Informativo STF nº 352, de 14 a 18/06/2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 05/11/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54/DF. QO. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 27/04/2005 Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 28/10/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EI-ADI 1.289-4/DF. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes Tribunal j. 03/04/2003 DJ 27/02/2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 08/10/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. IF 2926/SP. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 08/10/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Infidelidade partidária e vacância de mandato. Informativo STF nº 482, de 1º a 5 de outubro de 2007. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 31/08/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 78013. 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. j. 24/11/1998 Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 01/08/2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/SP. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. J. 23/02/2006 DJ 01/09/2006 p. 18 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em:

05/11/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl-AgR nº 1880/SP. Plenário. Rel. Min. Maurício Corrêa j. 07/11/2002. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 18/01/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ 2ª Turma Rel. Min. Ellen Gracie Rel. p/acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes j. 11/10/2005 Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 19/08/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 442683. Segurança Jurídica e modulação temporal dos efeitos. Transcrições. Informativo STF 419. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 16/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp 1.417-DF. Plenário. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 30/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3154/RS Decisão monocrática Min. Gilmar Mendes (exercício da Presidência) j. 28/03/2007 Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em 08/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto Min. Gilmar Ferreira Mendes Rcl 2256/RN Plenário. j. 11/09/2003 Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 06/11/2008.

CABRAL, Antonio. Imparcialidade e *imparcialidade*. Por um teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal. *In* Revista de processo nº 149. São Paulo: RT, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. Revista de processo nº 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e

- teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1993.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. Revista brasileira de ciências sociais nº 34 v. 12. junho/1997.
- CATALAN, Marcos José. O princípio da congruência e o acesso à ordem jurídica justa. Revista de Processo nº 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73/95.
- DIDIER JR., Fredie (org.). Ações Constitucionais. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. Revista de processo nº 127. São Paulo: RT, 2007.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. v. 1. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. Revista de processo nº 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FOLHA DE SÃO PAULO. “Entenda a evolução da crise que atinge a economia dos EUA Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u453003.shtml>>. Acesso em: 28/10/2008
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Reflexos do tempo no direito processual civil. Revista de Processo nº 153. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Los cambios de paradigmas en el derecho procesal el “neoprocesalismo”*. Revista de processo nº 151. São Paulo: RT, 2007.
- GRASSI, Lúcio. Cognição processual civil: atividade dialética

- e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. Revista dialética de direito processual nº 06. São Paulo: Dialética, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. Revista de processo nº 147. São Paulo: RT, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. Recepção e transmissão de institutos processuais civis. Revista de processo nº 140. São Paulo: RT, 2006.
- HABERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes as Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HARADA, Kiyoshi. Superávit primário. Trocando em miúdos. *Jus navegandi*. Teresina, ano 9, n. 733, 08/07/2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6987>>. Acesso em: 28/12/2008.
- JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo nº 135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- LEAL, Roger Stiefelmann. A judicialização da política. Cadernos de direito constitucional e ciência política. v. 29 São Paulo. 1999
- MACIEL NETO, Pedro Benedito. Judicialização da política. Ficha suja: partidos políticos não cumprem o seu papel. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/static/text/67745,1>> Acesso em: 01/08/2008.
- MARINONI, Luis Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o

- controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Inconstitucionalidade por arrastamento ou por consequência. *In* NOVELINO, Marcelo Novelino (Org.). Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade. Salvador: Podivm, 2007.
- MORAIS, Dalton Santos. A modificação da jurisprudência do STF sobre os efeitos do mandado de injunção no direito de greve dos servidores públicos. *In* Informativo de Direito Administrativo e LRF n° 82 – IDAF. Curitiba: Zênite. Maio/2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. *In* Temas de direito processual. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *In* Revista de processo n° 146. São Paulo: RT, 2007.
- OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz*. Disponível em <www.cervantesvirtual.com/servlet/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 24/09/2008
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 11/09/2008.
- PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto alegre: Livraria do advogado, 1997.
- RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Francisco José. A atuação do juiz no estado democrático de direito: em busca do ponto de equilíbrio. *In* Estudos constitucionais. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. (Org.) Rio de

- Janeiro: Renovar, 2007. p. 101/109
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. Há justiça no século XXI sem operadores do século XXI? Atualidades nacionais. Revista de processo nº 147. São Paulo: RT, 2007.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In* A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. BARROSO, Luiz Roberto. [Org.] Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder. Reflexo da judicialização no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em <<http://www.baptistadasilva.com.br>>. Acesso em 11/09/2008
- SILVA NETO, Francisco da Cunha e. O controle difuso: uma forma de humanização do controle de constitucionalidade das leis. Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCI nº 59 São Paulo: RT, 2007.
- SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Direito processual constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesual*. Valladolid: 1999, n. 22. p. 312. Disponível em <<www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em: 02/12/2008.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power: The judicialization of politics*. New York: New York University press, 1995.
- TAVARES, André Ramos. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. *In* Justiça Constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas. André Ramos Tavares (Coord.) Belo

- Horizonte: Fórum, 2007.
- TAVARES, André Ramos. O modelo brasileiro de controle difuso-concreto da constitucionalidade das leis e a função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais* nº 819. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEIXEIRA, Ariosto. Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil. Brasília: Plano, 2001.
- THEODORO JR., Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *In* Revista de processo nº 150. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TRIBE, Laurence; DORF, Michael C.. *On reading the constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal após 1988: em direção a uma Corte Constitucional. *In* 15 anos de Constituição. SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.