

O ACESSO ADEQUADO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO JUSTO PROCESSO*

GUSTAVO DE MEDEIROS MELO

Mestre em Direito Processual Civil (PUC-SP). Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (FESMP-RN) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado no Escritório ERNESTO TZIRULNIK - ADVOCACIA.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O justo processo no direito comparado – 3. O direito fundamental de acesso adequado à Justiça – 4. A participação democrática no processo – 5. Vocação para uma tutela jurisdicional adequada – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

* Texto publicado na seguinte coletânea: LUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

1. INTRODUÇÃO

A moderna filosofia do Direito Constitucional estabeleceu um corte metodológico no estudo e na compreensão do processo civil contemporâneo. Não há mais espaço para uma visão hermética dos institutos processuais, como se fossem ferramentas que trabalham mecanicamente em função de sua própria engrenagem.

Como método de pensamento, a análise que se faça atualmente sobre qualquer assunto do Direito Processual Civil deve ser monitorada de perto pela garantia do acesso à Justiça, que tem hoje dimensão internacional no contexto dos direitos fundamentais.

O processo se tornou um instrumento ético de democratização das decisões do Estado, assumindo de vez a postura de veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema constitucional que institui o Estado democrático de Direito.

O objetivo do presente estudo é examinar a projeção tomada pelo acesso à Justiça na perspectiva do justo processo, aproveitando também para situar, nesse cenário, alguns pontos que foram desenvolvidos pelo Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a quem rendemos a nossa mais sincera homenagem.

2. O JUSTO PROCESSO NO DIREITO COMPARADO

A problemática do acesso à Justiça envolve atualmente um assunto que vem sendo investigado a todo vapor pelos estudiosos do Direito Constitucional e Processual. É a questão do *justo processo*.

O justo processo é a espinha dorsal que move a idéia mais moderna de acesso aos canais de jurisdição, congregando as condições mínimas e insuprimíveis sem as quais não será possível ao Estado aplicar o direito material com justiça no seio das relações em conflito.

Nessa perspectiva, o controle jurisdicional deve ser analisado em função do bloco de princípios e garantias fundamentais assegurados ao indivíduo e à coletividade, proclamados como desdobramento necessário para se obter uma justa composição da lide, um acesso adequado à Justiça. O justo processo é o que se compõe de garantias fundamentais de justiça.¹

Essa última roupagem não se confina nos estudos da processualística brasileira. Importa registrar que constitui hoje uma temática de repercussão intercontinental.

¹ LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Garanzie costituzionali e *giusto processo* (Modelli a confronto)”, *RePro*, 90/101-102; ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalizacion del derecho chileno*, Santiago: Juridica de Chile, 2003, pp. 257-258.

Em termos históricos, aponta-se o art. 39 da Magna Carta inglesa de 1215 como o berço dessa concepção de equidade no processo. Cogitava-se do julgamento legal feito pelos pares ou pela lei do país (*law of the land*), tendo sido aquele documento político modelo de inspiração para o conceito de justo processo.²

A configuração da tutela justa em moldes universais enfrenta tudo aquilo que um famoso estudo considera como barreiras *endógenas* e *exógenas* que impedem o franco acesso ao Poder Judiciário. Entre as barreiras internas ao processo, AUGUSTO MARIO MORELLO anota a necessidade de se preverem causas coletivas, como também o desafio pela superação do excesso de formalismo.³

Quanto aos fatores externos de estrangulamento, são arrolados os seguintes: o desconhecimento dos direitos por grande parte da população; a pobreza; a necessidade de efetiva assistência jurídica gratuita; e as discriminações, inclusive de ordem econômica, diante do alto custo da máquina judiciária.⁴

Para aquele processualista argentino, o justo processo significa um enérgico empreendimento econômico-social cuja meta é destruir barreiras e reduzir os obstáculos (internos e externos) que interferem na proximidade do

² LUIZ RODRIGUES WAMBIER, “Anotações sobre o princípio do devido processo legal”, *RT*, 646/33 e ss.

³ AUGUSTO MARIO MORELLO, “El proceso justo (De la teoría del débito proceso legal al acceso real a la jurisdicción)”, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994, Vol. Primo, p. 482.

⁴ AUGUSTO MARIO MORELLO, “El proceso justo”, cit., p. 486.

cidadão aos benefícios do processo, responsáveis pelo bloqueio de uma visão democrática da Justiça.⁵

A intenção é justificar o esforço doutrinário que propaga como condição do justo processo a observância não somente de garantias formais, mas também *substanciais*, de tal forma que o programa de acesso à Justiça constitui um empreendimento voltado à concretização de valores de solidariedade e igualdade, finalidades que serão atingidas a depender da visão unitária e harmônica do sistema constitucional.⁶

Exemplo mais alto veio logo após a Segunda Grande Guerra, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Ali ficou anunciado que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela” (art. 10).⁷

Foi nessa sintonia que autorizada fonte doutrinária se refere ao direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada, porque ligada à necessidade de haver instrumentos processuais capazes de realizar a efetividade do Direito. Feliz

⁵ “El proceso justo”, cit., p. 490.

⁶ AUGUSTO MARIO MORELLO, “El proceso justo”, cit., p. 476.

⁷ No depoimento de um dos mais destacados estudiosos do assunto: “Se si ripercorre la storia costituzionale moderna, sviluppatasi dopo la fine dell’ultimo conflitto mondiale, si perviene ad una chiara constatazione. Nelle principali Convenzioni internazionali e nelle Costituzioni degli Stati di democrazia classica, soprattutto in Europa, determinate *garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale ed al processo* – in particolare, quelle derivanti dai più significativi principi di *natural justice* (...) – si sono progressivamente imposte come *fondamentali ed inviolabili*, nel contesto generale dei diritti e delle libertà personali dell’individuo, in virtù di una contingente *necessità giuridico-politica*” (LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Garanzie costituzionali e *giusto processo* - Modelli a confronto”, *RePro*, 90/99).

titulação, hoje de todos conhecida, é a que julga constituir um direito de acesso à *ordem jurídica justa*.⁸

Nesse contexto do justo processo, o fator tempo sempre foi um fenômeno a ser administrado no processo. O contexto do acesso à Justiça em tempo razoável assumiu uma dimensão intercontinental, merecendo assim tratamento jurídico em equivalente perspectiva.

A idéia do processo sem dilações indevidas, além de ser um dos imperativos da Justiça moderna,⁹ tem sido proclamada no texto das principais constituições democráticas do mundo e das grandes convenções diplomáticas do período pós-Segunda Guerra.¹⁰⁻¹¹

⁸ No conceito de acesso à Justiça, ou acesso à ordem jurídica justa, o Prof. KAZUO WATANABE, da Universidade de São Paulo, inseriu o que ele chama de *dados elementares*: “(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características” (“Acesso à Justiça e a sociedade moderna”, in *Participação e processo*, coord. Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988, pp. 134-5).

⁹ ROGER PERROT, “La procédure civile française à la veille du XXIème siècle”, in *Cinquanta anni di studi sul processo civile – Incontro internazionale in occasione del cinquantenario dell’associazione*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 27.

¹⁰ Nesse sentido, ligados à temática do *justo processo*: NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001, p. 387; SERGIO CHIARLONI, “Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LV, n. 4, 2000, p. 1010; LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Il *giusto processo* civile nella dimensione comparatistica”, *RePro*, 108/133 e “Garanzie costituzionali e *giusto processo* (Modelli a confronto)”, *RePro*, 90/99; AUGUSTO MARIO MORELLO, “El proceso justo (De la teoría del débito proceso legal al acceso real a la jurisdicción)”, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994, Vol. Primo, p. 478; ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 251; ITALO AUGUSTO ANDOLINA, “Il *giusto processo* nell’esperienza italiana e comunitaria”, *RePro*, 126/95; LUCIO LANFRANCHI, *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino: G. Giappichelli, 1999.

¹¹ De acordo com MAURO CAPPELLETTI: “Un’altra dimensione fondamentale del diritto e della giustizia nel mondo contemporaneo è quella *transnazionale*. Come l’economia, le comunicazioni, gli scambi di persone e di cultura, e ancora fenomeni come le grandi migrazioni di lavoratori, il turismo, l’inquinamento, non conoscono le barriere dei confini artificiali fra gli Stati, così si rende sempre più necessaria anche un’espansione transnazionale

Um dos documentos internacionais mais importantes, aprovado em Roma (1950), que foi a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, proclama: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial constituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida” (art. 6º, n. 1).¹²

A fonte aqui apontada em alguns países, como a França (art. 55 da Carta de 1958), é fundamento de supra-legalidade para o direito nacional. A experiência ali registrada confirma casos de negativa de aplicação da legislação interna em prol de uma melhor interpretação do conflito à luz do art. 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Conta-se que o Conselho de Estado, órgão de cúpula do contencioso administrativo francês, negou por vários anos a prevalência do direito internacional, em divergência com a diretriz da Corte de Cassação. Mais tarde, em famoso aresto do final dos anos 80, deu-se uma reviravolta no entendimento daquele colegiado.¹³

del diritto; fenomeni naturalmente transnazionali necessitano di una disciplina giuridica anch'essa di livello transnazionale. Si spiegano così certi sviluppi che stanno cambiando la geografia politica del nostro pianeta: la crescente importanza di organismi come la Comunità Europea, il Consiglio d'Europa...” (“La dimensione sociale: l'accesso alla giustizia”, in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna: Il Mulino, 1994, p. 97).

¹² No original, art. 6, 1º: “Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e delle sue obbligazioni di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente”.

¹³ MAURO CAPPELLETTI, “La dimensione sociale: l'accesso alla giustizia”, in *Dimensioni della giustizia*, cit., p. 98.

A recomendação da Corte Européia aos países signatários é no sentido de serem cumpridas as normas de patrocínio da causa aos menos favorecidos, considerando que a função social do acesso à Justiça – alçado ao nível transnacional – passa obrigatoriamente pela eliminação das barreiras de índole financeira e cultural.¹⁴

Curioso saber, por exemplo, que a Irlanda sofreu condenação da Corte Européia pela falta de um adequado sistema de patrocínio jurídico aos menos aquinhoados, procurando a partir daí providenciar a concretização desse relevante mecanismo de acesso à Justiça.¹⁵

A Constituição espanhola de 1978 é paradigma de respeito às prescrições emanadas da Corte Européia de Direitos Humanos no que se refere à sua jurisprudência sobre direitos fundamentais.

Uma das proclamações de maior magnitude se vê inscrita na regra de que “todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpável e à presunção de inocência” (art. 24.2).

¹⁴ MAURO CAPPELLETTI, “La dimensione sociale: l’accesso alla giustizia”, in *Dimensioni della giustizia*, cit., pp. 98-99.

¹⁵ MAURO CAPPELLETTI, “Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia”, in *Dimensioni della giustizia*, cit., p. 62.

Ademais, um dispositivo constitucional na Espanha pontifica que as normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias, ratificados pelo país (art. 10, n. 2).

O Tribunal Constitucional espanhol certa vez destacou a aplicabilidade da jurisprudência da Corte aos casos internamente apreciados, forte no argumento de que as normas concernentes a direitos fundamentais e liberdades que a Constituição reconhece se interpretam em conformidade com a declaração universal de direitos humanos, tratados e acordos internacionais ratificados pela Espanha. A doutrina registra que o Tribunal realiza uma verdadeira transladação dos critérios eleitos pela Corte Européia.¹⁶

Outra mensagem de forte expressão se contém na Carta Magna da República portuguesa (1976), a qual proclama que “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo” (art. 20, n. 4).

A Constituição Política da República do Chile (1980), dentro do capítulo reservado aos direitos e deveres constitucionais assegurados a todas as pessoas, assinala que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador

¹⁶ IGNACIO DÍEZ-PICAZO, *Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid: La Ley, S.A., 1990, pp. 121-122.

establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” (art. 19, n. 3).¹⁷

O Chile, por sua vez, também foi alvo da jurisdição internacional quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos o responsabilizou por ofensa ao direito à tutela jurisdicional efetiva e à liberdade de expressão, ambos valores expressos no texto da Convenção Americana de Direitos.¹⁸

Igualmente emblemático nessa medida é o texto atual do art. 111 da Constituição da República Democrática da Itália de 1948, após a introdução da lei constitucional de 23 de novembro de 1999.¹⁹

O preceito encerra lapidar comando no sentido de que a jurisdição se exerce mediante o *justo processo* regulado pela lei, que se desenvolve em contraditório entre as partes, em condições de igualdade, perante juiz terceiro e imparcial, ao qual a lei assegura uma duração razoável (*ragionevole durata*).²⁰

¹⁷ ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 259; HUMBERTO NOGUEIRA A., “La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso”, in *La constitucionalización*, cit., p. 187.

¹⁸ HUMBERTO NOGUEIRA A., “La constitucionalización del proceso: el acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva o debido proceso”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 201.

¹⁹ Entrou em vigor em 7 de janeiro de 2000, sob a rubrica “inserimento dos princípios do justo processo no art. 111 da Constituição”.

²⁰ Art. 111, 1º: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. No art. 24 da Carta italiana: “Todos os cidadãos podem recorrer à justiça para a proteção dos seus direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em qualquer estado ou grau de jurisdição. São assegurados a quem não tenha posses, através de instituições apropriadas, os meios de recurso à justiça e de defesa perante qualquer jurisdição. A lei determina as condições e os modos da reparação dos erros judiciários”.

Diferentemente, ocorreu na doutrina e na jurisprudência italianas uma força de resistência à jurisdição internacional. Em crítica a esse movimento, GIUSEPPE TARZIA aponta a existência de uma concepção ainda oscilante a respeito da colocação da Convenção Européia entre as fontes do direito positivo, geralmente tida na conta de lei ordinária, de norma programática ou de aplicação simplesmente indireta.²¹

Propõe então uma análise prospectiva na direção de haver uma reciprocidade entre os enunciados da Corte Européia (de Estrasburgo), as cortes constitucionais nacionais e os parlamentos, em benefício da efetividade dos princípios sancionados pela Convenção.

Na verdade, consoante TARZIA, o conteúdo do citado art. 6º daquele documento supranacional deve ser encarado como elemento interpretativo capaz de absorver as especificações formuladas pela Corte Européia, de modo a vincular inclusive o legislador e a jurisprudência dos Estados aderentes.²²

²¹ GIUSEPPE TARZIA, “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *RePro*, 103/159 e 173-174.

²² GIUSEPPE TARZIA, “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *RePro*, 103/160-1. Na Ciência Política, a explicação vem de ser a seguinte: “A primeira dificuldade depende da própria natureza da comunidade internacional, ou, mais precisamente, do tipo de relações existentes entre os Estados singulares, e entre cada um em seu conjunto. Para retomar uma velha distinção, empregada outrora para descrever as relações entre Estado e Igreja, poder-se-ia dizer – com o grau de aproximação que é inevitável nas distinções muito nítidas – que os organismos internacionais possuem, em relação aos Estados que os compõem, uma *vis directiva* e não *coactiva*. (...) Limito-me à seguinte observação: para que a *vis directiva* alcance seu próprio fim, são necessárias, em geral, um ou outra destas duas conclusões, melhor sendo quando as duas ocorrem em conjunto: a) o que a exerce deve ter muita autoridade, ou seja, deve incutir, se não temor reverencial, pelo menos respeito; b) aquele sobre o qual ela se exerce deve ser muito razoável, ou seja, deve ter uma disposição genérica a considerar como válidos não só os argumentos da força, mas também os da razão. Ainda que toda generalização seja indébita e as relações entre os Estados e os organismos internacionais possam ser de natureza muito diversa, é preciso admitir que existem casos nos quais faltam uma ou outra das duas condições, quando não faltam ambas. E é precisamente nesses casos que se pode verificar mais facilmente a situação de insuficiente, e até mesmo de inexistente, proteção dos direitos do homem, situação que deveria ser remediada pela comunidade internacional” (NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 38).

Fala-se que a inserção do art. 111 na Constituição da Itália enraíza uma realidade supranacional que conclama operadores e instituições a não se isolarem no ambiente local. O impacto gerado pela Convenção deve repercutir na realização de um justo processo segundo as adaptações que lhe serão feitas a partir do contexto transnacional.²³⁻²⁴

No Chile, consta da Carta de 1980 que é dever dos órgãos do Estado respeitar e promover os direitos humanos garantidos na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pelo país e que se encontrem vigentes (art. 5º, inc. 2º).

No Brasil, exemplo típico é a disposição normativa trazida ao nosso ordenamento por decreto presidencial de novembro de 1992, quando o Estado brasileiro aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Nela se prescreve que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se

²³ ITALO AUGUSTO ANDOLINA, “Il giusto processo nell’esperienza italiana e comunitaria”, *RePro*, 126/106. Sobre o art. 111 da Carta italiana, NICOLÒ TROCKER convida à seguinte reflexão: “L’inserimento nel nuovo art. 111 cost. di un principio che affonda le sue radici (anche) in una realtà soprannazionale chiama istituzioni ed operatori a non isolarsi in un contesto nazionale, trascurando l’impatto delle Convenzioni internazionali che al giusto processo hanno dato formale spazio, delineandolo nei loro dettati con ulteriori puntualizzazioni. È questa una prospettiva che merita di essere brevemente illustrata” (“Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001, p. 387).

²⁴ No entanto, isso não tem sido aplicado no âmbito da Corte Constitucional da Itália, em cujos anais a temática tem sido uma constante (NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111”, cit., p. 388).

determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (art. 8º, 1).

Entre as funções principais da Convenção está a de estimular a consciência dos povos da América acerca dos direitos do homem, formular recomendações aos governos dos Estados-membros para que adotem medidas progressistas em seu benefício, preparar estudos e informes convenientes ao desempenho de seus misteres, e solicitar aos governos signatários que lhe proporcionem dados sobre as medidas tomadas na seara dos direitos humanos.²⁵

Ora, mais importante que a positivação na ordem jurídica é o espírito compenetrado de que a violação de certos direitos, porque inatos ao ser humano, não ofende apenas a vítima, mas toda a sociedade e, por consequência, a humanidade.²⁶

O que se busca implementar em nossa cultura jurídica é o alto sentimento de que faz parte da vontade constitucional a integração ao ordenamento jurídico, com aplicação imediata, das normas comunitárias definidoras de direitos e garantias fundamentais, as quais se somam a outras conquistas expressas no texto magno quando decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁵ HÉLIO BICUDO, “A comissão interamericana de direitos humanos: funções e atuação”, in *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, Brasília: STJ, 2000, pp. 71-72.

²⁶ MAURO CAPPELLETTI, “Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia”, in *Dimensioni della giustizia*, cit., p. 41.

Esse relevante instrumento de auto-alimentação do ordenamento jurídico significa que o ingresso da norma estrangeira que amplifica o arsenal de direitos humanos deverá operar-se em patamar constitucional, pois constitui princípio das relações internacionais na República Federativa do Brasil a sua prevalência (CF, art. 4º, II).²⁷

Eis a razão de ser da válvula de abertura inserta no § 2º do art. 5º da vigente Carta Magna de 1988.²⁸ Ratificando o pacto, o Estado-membro se compromete tanto a observar as obrigações especificamente firmadas quanto a assumir uma obrigação geral de adequar sua ordem jurídica interna às prescrições supranacionais de proteção.²⁹

Nesse particular, a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, deu um grande passo ao determinar que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (CF, art. 5º, § 3º).

²⁷ Nesse sentido: MARCELO LIMA GUERRA, *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo: RT, 2003, pp. 109-110; FLÁVIA PIOVESAN, “A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro”, in *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coord. Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, São Paulo: RT, 2000, p. 159; CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, *Direito Constitucional Internacional – Uma Introdução*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 203; JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 195; CARLA PINHEIRO, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2001, pp. 55-56; SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER, *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p. 85; INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1998, pp. 89-90. Na doutrina portuguesa: JORGE MIRANDA, “A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – Um fenômeno de conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional”, *RDA*, 199/11-12.

²⁸ Em outras plagas se tem chamado semelhante preceito de *cláusula de salvaguarda*: LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Il giusto processo civile nella dimensione comparatistica”, *RePro*, 108/140.

²⁹ CARLA PINHEIRO, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, cit., p. 54.

Estudiosos da outra margem do Atlântico não poupam elogios à nossa declaração de direitos de 1988. Declara-se, na categoria de princípio das relações internacionais, que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (CF, art. 4º, § ún.), como também propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (ADCT/88, art. 7º).³⁰

Esses dispositivos renderam à Constituição brasileira de 1988 o título de modelo de *desenvolvimento constitucional mais moderno*, o que indica uma visão iluminada do futuro dos povos, a grande esperança no progresso do continente.³¹

Porém, uma constatação da teoria política, que a experiência do Direito Internacional demonstra ser procedente, reside na circunstância de que é tanto menor o interesse dos Estados em absorver os mecanismos de proteção dos

³⁰ Na aguda definição de NORBERTO BOBBIO, “do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem – cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembléias internacionais – pode ser interpretado como um ‘sinal premonitório’ (*signum prognosticum*) do progresso moral da humanidade” (*A era dos direitos*, cit., p. 52). Um pouco à frente complementa o mestre: “Apesar de minha incapacidade de oferecer uma explicação ou justificação convincente, sinto-me bastante tranquilo em afirmar que a parte obscura da história do homem (e, com maior razão, da natureza) é bem mais ampla do que a parte clara. Mas não posso negar que uma face clara apareceu de tempos em tempos, ainda que com breve duração. Mesmo hoje, quando o inteiro decurso histórico da humanidade parece ameaçado de morte, há zonas de luz que até o mais convicto dos pessimistas não pode ignorar: a abolição da escravidão, a supressão em muitos países dos suplícios que outrora acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte. É nessa zona de luz que coloco, em primeiro lugar, juntamente com os movimentos ecológicos e pacifistas, o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem” (*A era dos direitos*, cit., pp. 54-55).

³¹ O elogio vem de MAURO CAPPELLETTI, “La dimensione sociale: l’accesso alla giustizia”, in *Dimensioni della giustizia*, cit., pp. 99-100.

direitos humanos quanto maior é a necessidade de seus cidadãos de que isso seja realmente implantado.

Os Estados avessos ao Direito – segundo NORBERTO BOBBIO – são os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que advoga a proteção e o bom funcionamento dos direitos do homem. O mestre italiano sintetiza a conclusão de que atravessamos hoje uma fase em que, no tocante à tutela internacional dos direitos humanos, onde ela é possível talvez não seja necessária, ao passo que onde ela se faz necessária é bem menos provável que exista.³²

Historicamente, a preocupação dos países europeus em positivar no corpo da Constituição princípios fundamentais invioláveis atinentes ao indivíduo, à jurisdição e ao processo só veio mesmo depois da Segunda Grande Guerra. A partir dali, essas matérias ascenderam ao patamar de rigidez constitucional como proteção de seus valores cardeais, contra as investidas dos outros poderes do Estado.

Constata-se atualmente que o fenômeno descrito não se reduz a uma mera constitucionalização de princípios em sentido formal, mas é resultado de uma profunda reflexão filosófica sobre a utilidade de muitos institutos do direito material e processual.

NICOLÒ TROCKER, da Universidade de Firenze, assinala que o movimento cultural que veio a se alastrar pelos quatro cantos do continente

³² NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, cit., p. 41.

européu visa a consagrar de modo estável determinados princípios do processo que são destinados a condicionar no tempo a credibilidade e aceitabilidade da forma de tutela jurisdicional e de sua respectiva estrutura processual.

Parte-se do pressuposto metodológico de que o justo processo não é qualquer processo que se acomode na regularidade formal. Justo é o processo que se constitui em respeito aos parâmetros fixados pela norma constitucional e pelos valores partilhados pela coletividade, de sorte a se desenvolver perante um juiz imparcial, em contraditório com todos os interesses e em tempo razoável, na forma do novo art. 111 da Constituição italiana de 1948.³³

Assim, compreende-se por que a garantia do acesso à Justiça – condensada na cláusula do justo processo – é tida como direito humano, na medida em que é condicionada pelos valores elementares que dão sobrevivência ao Estado democrático de Direito.

Os direitos humanos, para serem bem tutelados nas situações de incerteza, dependem da forma como foi desencadeado, desenvolvido e concluído o processo de seu reconhecimento, fase em que outros valores fundamentais são imprescindíveis à plena confecção de um processo democrático, transparente e justo.³⁴

³³ NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001, p. 386. Aliás, é bom recordar que antes da reforma constitucional operada naquele texto magno, que findou em novembro de 1999 com a inclusão do dispositivo em referência, a doutrina não hesitava em disparar a tese de que a Constituição já garantia requisitos mínimos de um processo justo e equo. Na Itália: LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Garanzie costituzionali e *giusto processo* (Modelli a confronto)”, *RePro*, 90/110; ITALO AUGUSTO ANDOLINA, “Il *giusto processo* nell’esperienza italiana e comunitaria”, *RePro*, 126/96. No Chile: ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 257.

³⁴ “O processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem

A idéia é superar a concepção de processo neutro e puramente instrumental para que se possa investigar o valor do justo ou do injusto, adjetivação essa tradicionalmente relacionada com o produto da jurisdição, e não com o meio.³⁵

O cenário internacional do justo processo influenciou sobremaneira o sistema constitucional brasileiro, como se pode observar a seguir.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO ADEQUADO À JUSTIÇA

A moderna doutrina chegou ao consenso de que o direito de ação não se reduz ao direito de mero acesso ao processo. Em termos correlatos, o acesso ao processo, por sua vez, não se satisfaz com a simples obtenção da sentença de mérito.

A dimensão do acesso à Justiça é muito maior do que se imagina. A garantia constitucional impõe aos poderes públicos o compromisso com o fornecimento de uma tutela jurisdicional de qualidade, capaz de solucionar o

democracia e sem Estado Democrático de Direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais” (NELSON NERY JR., *Teoria geral dos recursos*, 6^a ed., São Paulo: RT, 2004, p. 509).

³⁵ NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001, p. 384. Cf. também: ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 252.

conflito de modo adequado e correspondente com os valores essenciais do Estado democrático de Direito.

A tarefa do legislador infraconstitucional está jugulada ao direito de *acesso adequado à Justiça*, tendo presente que a desnaturação episódica ou reiterada dessa garantia, com ofensa ao seu conteúdo nuclear, atenta contra a Constituição, maculando a atividade típica do Congresso Nacional com o vício de inconstitucionalidade.³⁶

A difícil tentativa de reunir e sistematizar os ingredientes mínimos do controle jurisdicional adequado é um movimento a que se dedicam alguns analistas de renome que enxergam o processo pela lente da Constituição, metodologia acadêmica que vem sendo adotada nos últimos vinte anos e conhecida como a fase do direito processual constitucional.³⁷

Os princípios que informam a tutela jurisdicional são básicos ao ser humano pela circunstância de serem vitais à sobrevivência do indivíduo na sociedade politicamente organizada. Conforme consignado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1969 (art. 14, § 3º),³⁸ e na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, de São José da Costa Rica

³⁶ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Primera edición, Madrid: Civitas, S.A., 1984, pp. 35-36.

³⁷ LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Garanzie costituzionali e *giusto processo* (Modelli a confronto)”, *RePro*, 90/103.

³⁸ Art. 14, § 3º: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes *garantias mínimas...*”.

(art. 8º, § 2º),³⁹ ambos ratificados pelo Brasil, são *garantias mínimas* sem as quais não haverá dignidade humana, cidadania, direito e democracia.

O primeiro princípio que governa o controle jurisdicional do Estado põe em destaque que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (CF, art. 5º, XXXV).

Como se não fossem suficientes os contornos daquela cláusula, um movimento político de reforma do Poder Judiciário fez aprovar no Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, o seguinte dispositivo que passou a constar do capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*” (CF, art. 5º, LXXVIII).

Fala-se que o tempo é a dimensão fundamental da vida humana, desempenhando no processo idêntico papel. Sendo o processo uma entidade da vida social, a demora em sua conclusão corre em detrimento da própria eficácia do direito material que visa proteger.⁴⁰

Na verdade, a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é útil senão quando obtida em espaço razoavelmente rápido de tempo, sendo por isso indiscutível que a lentidão do aparelho judiciário provoca o que se tem

³⁹ Art. 8º, § 2º: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes *garantias mínimas*...”.

⁴⁰ DONALDO ARMELIN, “A tutela jurisdicional cautelar”, *RPGE*, 23/115.

chamado de *fenômeno de compressão dos direitos fundamentais do cidadão*. O fator tempo sobressai como elemento determinante para garantir e realizar o acesso à Justiça.⁴¹

Por conseqüência, a natureza dinâmica e extrínseca do processo como ordenação de atos tendentes à definição da lide insere, por inexorável, o tempo como obstáculo a ser adequadamente administrado.⁴²

A tutela adequada merece ser visualizada num panorama amplo, em função do cumprimento integral de todos os valores em jogo. O provimento jurisdicional se afigura adequado quando extraído do *devido processo constitucional*. Quer dizer, é a tutela constituída pela observância de todo o espectro de garantias e princípios previstos na Constituição de 1988 e aplicáveis ao processo.

É insatisfatória a metodologia, vez por outra encontrada na literatura, que reduz o ideal de adequação ao escopo de efetividade que o Estado deve imprimir no processo. Tal enfoque deve ser visto e analisado com grão de sal, sob pena de se perder a referência de que a tutela jurisdicional abriga outras magnitudes em seus propósitos maiores.

⁴¹ A propósito: FEDERICO CARPI, “La tutela d’urgenza fra cautela, *sentenza anticipata* e giudizio di mérito”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno XL, n. 4, 1985, p. 682. Outra passagem de CARPI é eloqüente nos seguintes termos: “Nel nostro ordinamento non esiste una norma costituzionale siffatta, ma ‘è impossibile negare che un giudizio lento e macchinoso come quello imposto all’attuale organizzazione processuale giudiziaria, dà luogo a fenomeni di *compressione dei diritti fondamentali del cittadino*’; donde l’acquisita coscienza che la rapidità del processo è uno strumento indispensabile non solo per l’effettiva e concreta attuazione del diritto d’azione e di difesa, previsti dall’art. 24 cost., ma anche per il perseguimento dei fini indicati dall’art. 3, comma 2°, cost.” (*La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano: Giuffrè, 1979, p. 12).

⁴² Nessa linha, cf. ITALO ANDOLINA & GIUSEPPE VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano – Corso di lezioni*, Torino: G. Giappichelli, 1990, p. 88.

Não basta ser efetiva. A prestação jurisdicional há de ser adequada à justa composição do litígio, o que exige também tenha sido prestada em tempo razoável, dentro do sistema jurídico e de forma universal, acessível a todas as pessoas e alcançando o maior número de situações conflituosas.

O direito à tutela jurisdicional adequada no sistema constitucional brasileiro, sobretudo após a Carta de 1988, deriva da garantia fundamental do acesso adequado à Justiça, cláusula hoje inserida nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º, ao lado de várias outras garantias e princípios do Estado democrático de Direito.⁴³

Nessa linha de raciocínio, o direito fundamental de acesso adequado à Justiça significa a garantia de uma tutela *legítima quanto ao seu comando (adequação à ordem jurídica), tempestiva quanto ao momento de sua prestação, universal quanto ao alcance social por ela proporcionado (acessível a todas as classes, com alcance de um contingente máximo de conflitos) e efetiva pelos resultados materiais atingidos.*⁴⁴

⁴³ JOÃO BATISTA LOPES, “Função Social e Efetividade do Processo Civil”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 13, p. 30; LUIZ GUILHERME MARINONI, *A antecipação da tutela*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 155. Enfocando o aspecto das liminares (função preventiva), assevera MARINONI: “É de se concluir, portanto, neste passo, que o homem tem direito constitucional à *adequada* tutela jurisdicional (aí incluídas as liminares), *como decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. O direito à *adequada* tutela jurisdicional é princípio imanente a qualquer Estado de Direito. Suprimir o Direito Constitucional à liminar, v.g., é o mesmo que legitimar a autotutela privada” (“O direito à adequada tutela jurisdicional – O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança”, *RT*, 663/245).

⁴⁴ Sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004 à luz do *justo processo*: GUSTAVO DE MEDEIROS MELO, “A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004”, *RePro*, 124/76. O assunto foi examinado ainda com mais profundidade: *O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência – Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada*, PUC-SP, Dissertação, 2004.

4. A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO PROCESSO

Conforme se tentou demonstrar, o controle jurisdicional envolve um conjunto heterogêneo de elementos mínimos e indispensáveis sem os quais a tutela do Estado não será adequada à justa solução do litígio.

Por enquanto, será focado aqui apenas um daqueles componentes da tutela adequada, qual seja, sua legitimidade. Essa dimensão realçada pelos estudiosos acena para a importância das garantias constitucionais vocacionadas ao processo, sobretudo a do contraditório, que exerce no procedimento uma espécie de *válvula de legitimação* dos poderes do Estado.

Em particular, o Poder Judiciário em nosso país é composto pelo regime constitucional de recrutamento de seus membros pelo concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados em todas as suas fases (CF, art. 93, I). Não é o povo quem elege os integrantes da magistratura pela forma direta do sufrágio universal.

Esse é um dado que tem sido posto em xeque quando analisada a questão da legitimidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Nesse momento, entra em cena o papel reservado à Constituição, perante cujos direitos fundamentais o juiz deve curvatura no cumprimento de sua função

e como requisito de permanência de sua própria legitimidade.⁴⁵ A legitimidade é uma qualidade dada ao processo pelo respeito aos ideais do sistema democrático se e enquanto o Estado promover, no microcosmo dos conflitos, a participação e guarnecer os contendores de oportunidades reais no desenvolvimento do discurso dialético.

As garantias constitucionais do processo criarão as condições mais favoráveis à obtenção da exegese verdadeiramente consentânea com o direito material. Parafraseando um teórico do Direito Constitucional alemão, sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o processo permanece uma *metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade*.⁴⁶

Por falar em discurso dialético, resulta claro nesse panorama o aspecto da legitimidade social proporcionada pela efetiva intercomunicação em juízo.

Não foi por acaso que se tem enxergado no procedimento um canal de legitimação das decisões do poder público, em especial pela postura ativa do juiz e pela presença atuante dos litigantes que representam parcela da sociedade, cujas razões devem ser levadas em consideração para influir relevantemente na confecção da norma jurídica individual.⁴⁷

⁴⁵ A propósito: JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *Teoria Geral da Cidadania: A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27.

⁴⁶ A paráfrase vem da Universidade de HEIDELBERG, no ponto em que o autor cuida da concepção de povo como instância global de atribuição de legitimidade (em regra, os cidadãos do respectivo país) (FRIEDRICH MÜLLER, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 63).

⁴⁷ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “Garantia do contraditório”, in *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, 1ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 137; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Embargos à execução*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91.

Registre-se a influência que devem exercer as partes no julgamento, mercê do direito de serem levadas em conta as razões apresentadas, as provas produzidas e os pronunciamentos registrados nos autos. O direito de influir no resultado do julgamento nasce com a perspectiva de que são os litigantes as pessoas que eventualmente poderão ser afetadas com a decisão judicial.⁴⁸

Em nada adiantaria oportunizar as razões de pretensão ou de defesa sem a contrapartida de que o órgão destinatário as cotejará com segurança.⁴⁹ O diálogo em juízo é a fonte vital para um processo social e democrático. A busca da solução justa é um empreendimento a que se somam esforços de todos os lados.⁵⁰

Nesse panorama, fala-se em processo como instrumento de comunicação entre poder público e sociedade, meio dinâmico de cooperação entre todos aqueles que dele participam para a melhor composição da controvérsia.⁵¹

O contraditório envolve um complexo *jogo de interações* que preparam o terreno para a emissão da tutela jurisdicional,⁵² ao mesmo tempo que sobressai a

⁴⁸ ALEX CAROCCA P., “Bases constitucionales del sistema procesal chileno”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 223.

⁴⁹ J. C. BARBOSA MOREIRA, “Arguição de prescrição. Sentença omissa. Devolução da questão ao conhecimento do tribunal”, in *Direito aplicado II (Pareceres)*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 343-4.

⁵⁰ WALTHER J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, deuxième éd., Genève: Librairie de l’université, 1981, § 56, p. 359.

⁵¹ O monólogo – ensina CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA – “apouca 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. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples *objeto* de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões” (“Garantia do contraditório”, cit., p. 139).

importância do juiz ativo na busca da verdade real, o juiz próximo das partes e acessível aos advogados, consciente dos deveres constitucionais que lhe tocam, sobretudo porque responsável pela exposição objetiva e inteligível dos motivos que o levaram a decidir, como expressamente impõe a vigente Carta da República (CF, art. 93, IX).

A tutela jurisdicional será legítima se o Estado-juiz proporcionar às partes verdadeira chance de ter ciência dos atos processuais, direito de alegar os fatos relevantes, contraditar os pontos adversos, provar a veracidade de suas alegações e influenciar no conteúdo da decisão.⁵³

O acesso adequado à Justiça compreende o direito à prova legitimamente obtida e produzida, razão por que autorizada fonte doutrinária vem sustentando o lastro constitucional dessa garantia, desdobramento que é do contraditório e da ampla defesa.⁵⁴

⁵² NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001, p. 394.

⁵³ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova: CEDAM, 1970, p. 302. A propósito: “Entre as garantias que a Constituição assegura ao modelo processual brasileiro encontra-se a do contraditório. Trata-se de postulado destinado a proporcionar ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do provimento final. Sua observância constitui fator de legitimidade do ato estatal, pois representa a possibilidade que as pessoas diretamente envolvidas com o processo têm de influir em seu resultado” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, 1ª ed., São Paulo: RT, 1999, p. 170).

⁵⁴ Nesse sentido: ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Embargos à execução*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91; EDUARDO CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001, p. 108. Na Itália: LUIGI PAOLO COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova: CEDAM, 1970, p. 301; ITALO AUGUSTO ANDOLINA, “Il giusto processo nell’esperienza italiana e comunitaria”, *RePro*, 126/100. Na Espanha: FRANCISCO CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 125.

Convém remarcar que a Constituição de 1988 foi explícita quanto ao processo administrativo, quando aduz que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV).

Desse aspecto não passou despercebido o Congresso Nacional quando elaborou a norma que regulamenta o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Logo se vê em dispositivo dedicado aos princípios e critérios norteadores da atividade administrativa que são garantidos os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio (Lei 9.784/99, art. 2º, X).

Na seqüência, em disposição referente aos direitos do administrado, lê-se que a ele é dado formular alegações e apresentar documentos antes da citação, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente (Lei 9.784/99, art. 3º, III).⁵⁵

⁵⁵ Sobre a matéria, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: “O contraditório significa que a relação processual forma-se, legitimamente, com a convocação do acusado ao processo, a fim de que se estabeleça o elo entre o quanto alegado contra ele e o que ele venha sobre ponderar. Somente na dialética processual é que se afirma o Direito, de tal modo que uma assertiva e a sua contradita combinam os elementos donde o julgador extrai, sem vínculo prévio com qualquer das partes, a sua decisão jurídica. O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto apresente ela no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão sejam devidamente levados em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade da presença do interessado” (*Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 481).

As prescrições em foco representam elogiável consciência do legislador para com aquele que, outrora posicionado como *mero objeto* da acusação, passou a ser tratado como *sujeito* da relação processual em que pode alegar, contraditar, provar e influir no resultado do julgamento.

A doutrina registra que a igualdade de todos perante a lei, que é um direito fundamental por excelência, resulta do elevado grau de cultura que inspira o dever de respeito à dignidade humana pelo Estado, dentro da filosofia de que o cidadão não é objeto da decisão do tribunal, mas um sujeito do processo de que participa.⁵⁶

A concepção ampla de cidadania - não só o direito de votar e ser votado, mas também o dever de contribuir para os cofres públicos e o poder de exigir dos administradores o resultado da promessa firmada - se esgarça para o leito do processo, onde a atuação dos sujeitos, notadamente das partes, é de suma importância para os fins a que se propõe.

É a democracia participativa em todos os setores da vida pública e das instituições jurídicas, inclusive no exercício da jurisdição.⁵⁷

Outro demonstrativo de participação social nos rumos do processo se pode ver na jurisdição constitucional de controle da constitucionalidade. Na ação

⁵⁶ Sobre os direitos e deveres das partes, a doutrina genebrina registra: “Conséquence de l’égalité devant la loi (art. 4 CF), le droit d’être entendu est un droit fondamental, une conséquence nécessaire du respect de la dignité humaine par l’Etat. Le citoyen n’est pas l’objet d’une décision d’un tribunal mais bien plus un sujet de la procédure à laquelle il participe: il doit donc avoir l’opportunité d’agir devant le juge et de collaborer avec lui à la recherche d’une juste solution“ (WALTHER J. HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, deuxième éd., Genève: Librairie de l’université, 1981, § 56, p. 359).

⁵⁷ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, “Efetividade e processo de conhecimento”, *RF*, 348/73.

direta de inconstitucionalidade, o relator poderá, mediante despacho irrecorrível, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir num prazo de 30 dias a manifestação de outros órgãos ou entidades (Lei 9.868/99, art. 7º, § 2º).⁵⁸

Caso seja necessário o esclarecimento de matéria ou circunstância de fato, havendo notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator poderá requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (Lei 9.868/99, art. 9º, § 1º).

Tal disposição, na tendência da interpretação constitucional construtiva, recebeu aplausos da doutrina pelo exemplo de legitimidade democrática que se procurou imprimir nos pronunciamentos da Suprema Corte em matéria de controle abstrato da constitucionalidade.⁵⁹

⁵⁸ O mesmo procedimento foi estatuído para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, hoje regulamentada na Lei 9.882/99 (art. 6º).

⁵⁹ LUÍS ROBERTO BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 141; GILMAR FERREIRA MENDES, *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 244; LUÍS ANTÔNIO CUNHA RIBEIRO, “Democracia e Controle da Constitucionalidade”, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, org. Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 229; OSWALDO LUIZ PALU, *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 186; WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, “Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei 9.868/99”, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, org. Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 277; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 361. Versando sobre a figura do terceiro que comparece ao processo no direito norte-americano para esclarecer aspectos da causa ao tribunal, cf. MAURO CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Porto Alegre: safe, 1999, p. 103; ADHEMAR FERREIRA MACIEL, “*Amicus curiae*: um instituto democrático”, *RePro*, 106/281.

Processo consubstanciado na lei representa o Estado de Direito. Porém, carecerá de legitimidade se dissociado dos instrumentos democráticos de participação dos seus interessados, aqui sim o caminho fértil para o processo democrático de Direito.⁶⁰ Tutela prestada sob tal amplitude de contraditório considerar-se-á legítima e justa porque em seu processo de produção foi democrática, dialética e participativa.⁶¹

Não basta um processo legal. A legitimidade corresponde a fator de extrema importância na constituição do processo justo.⁶²

5. VOCAÇÃO PARA UMA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

O escopo clássico que governa a função jurisdicional é a justiça levada ao tecido social pela aplicação do sistema jurídico como solução de conflitos. A

⁶⁰ “O Estado de Direito, portanto, atende primordialmente às exigências de legalidade, enquanto a democracia é um *princípio de legitimidade*, tendo aquela um caráter formal, cujo conteúdo é preenchido por este último” (WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 132). De acordo com MIGUEL REALE: “A legitimidade de um modelo jurídico depende, na realidade, tanto da fonte de que resulta como do *conteúdo ético-social* de sua interpretação e aplicação ao longo do tempo, conteúdo esse valorado também tanto em função do fim visado pelo modelo como por sua ubicação na totalidade do ordenamento. Somente assim o que há de inevitavelmente positivo no mundo jurídico pode harmonizar-se com os valores que no seu todo compõem a intencionalidade do justo” (*Fontes e modelos do direito – Para um novo paradigma hermenêutico*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62).

⁶¹ O lema do processo social – na lição de BARBOSA MOREIRA – “não é o da *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele; apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras” (J. C. BARBOSA MOREIRA, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *RePro*, 37/149).

⁶² A propósito: “não basta, realmente, que o membro da coletividade tenha *direito ao processo*, tornando-se, pelo contrário, inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste, com a verificação de todos os corolários daquele, para o atingimento da referida meta colimada” (ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 17).

prova é que as hipóteses mais paradigmáticas com que se preocupam juristas e legisladores põem sempre em xeque a justiça da decisão no caso concreto.

O ponto relacionado com a participação do juiz é marca registrada pela experiência de que a natureza constitucional da tutela, exatamente porque se pretende adequada à composição do conflito, vem rompendo dogmas há muito arraigados na consciência dos cientistas do processo.

Discute-se a respeito do poder que tem o juiz para determinar de ofício a produção de prova.

Uma interpretação tradicional tem sido a de considerar prevalecente a regra do ônus *subjetivo* da prova, pela circunstância de que o ônus da prova compete ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor (CPC, art. 333).

Tal preceito realça uma aparente disponibilidade das partes sobre a prova dos fatos afirmados, o que demonstra um razoável grau de autonomia dos litigantes em relação ao resultado final da atividade judiciária. Por essa ótica, sendo a parte a senhora dos seus interesses, a sorte do resultado estaria a depender da sua iniciativa na produção da prova de suas alegações.

Em contrapartida, importa ter presente a influência que exerce nesse âmbito o art. 130 do Código de Processo Civil, de acordo com o qual compete ao

juiz, inclusive de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Sustenta-se que o expediente do art. 130 do Código continua sendo excepcional e supletivo, somente autorizado em situações de perplexidade do órgão julgador, hipótese em que, desincumbidas as partes de seus respectivos ônus, o juiz poderá determinar de ofício a produção da prova faltante como forma de atingir a verdade material do conflito.

Nessa linha, autores de peso argumentam que a regra geral ainda é o ônus *subjetivo* do art. 333 do Código de Processo Civil, ao passo que o art. 130 do mesmo estatuto, realçando um ônus de caráter *objetivo*, entraria como um *complemento posterior* quando a prova produzida pelas partes for insuficiente, subsistindo um fato incerto.⁶³⁻⁶⁴

O debate ainda gira em torno da velha concepção de inércia e neutralidade do julgador em relação à atividade de instrução da causa. A propósito, surge a seguinte interrogação: a condução ativa do processo na colheita da prova significa, por si só, inclinação pessoal do juiz em benefício de uma das partes?

⁶³ Nessa linha: ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil – Processo de conhecimento*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, v. 2, p. 477; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2002, v. 1, p. 342; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989-1991, v. 2º, p. 350.

⁶⁴ O STJ proclamou que o julgador tem “iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de Estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes” (STJ, 4ª T., REsp 43.467/MG, Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, ac. de 12.12.1995, RT, 729/155). No mesmo teor: STJ, 4ª T., REsp 222.445/PR, ac. de 7.3.2002, DJ de 29.4.2002.

Desde logo, convém adiantar que tal relação, examinada mais a fundo, não corresponde a nexos necessários de antecedente e conseqüente. O compromisso da função que se confia ao órgão julgante com a verdade dos fatos e com a justiça da decisão não implica, por automático, o juiz transpor os limites do seu ofício e investir-se no papel de advogado de um dos contendores.

Os dois valores – tutela justa e imparcialidade – convivem saudavelmente no correr da batalha judicial sem que, em condições normais, um provoque o banimento do outro.

Nessa perspectiva, é moeda corrente na doutrina contemporânea a proposição de que o juiz dos tempos modernos, submetido a extenso leque de princípios e regras constitucionais ligados à jurisdição e ao processo, não deve manter-se neutro e passivo diante da disputa travada em Juízo.

Semelhante estado de acomodação é sinal de indiferença para com o resultado a ser extraído do processo, o que obviamente nem de longe passou pelos olhos do constituinte da República de 1988.⁶⁵ Postura de apatia do agente público é incompatível com uma Carta Política que proclama o devido processo garantidor do direito à adequada tutela jurisdicional.

⁶⁵ Considerando o duplo aspecto (objetivo e subjetivo) do ônus da prova abarcado pelo então Código de 39, ALFREDO BUZÁID concluía, ainda na sua vigência: “Esta orientação adotada pelo Código brasileiro está em perfeita harmonia com a evolução do direito processual civil contemporâneo, que substituiu o juiz *inerte* pelo juiz *ativo*, conferindo-lhe atividade instrutória, não para sanar as deficiências da prova que a parte deixou de produzir, mas para formar o seu convencimento, como órgão jurisdicional, a quem toca a direção do processo” (“Do ônus da prova”, in *Estudos de direito*, São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1, p. 78).

É verdade que essa evolução do papel do juiz na direção do processo não deve saltar de um extremo a outro, com desprezo das demais regras que disciplinam o processo de conhecimento, com especial atenção ao contraditório.⁶⁶

Contudo, o receio de comprometer a imparcialidade não mais subsiste diante de fundamentos hoje bem sedimentados. Há uma clara simpatia da ciência com a corrente que tem sido chamada de *ativismo judicial*.⁶⁷

No plano da tecnologia jurídica, o chamado *princípio dispositivo*, segundo essa corrente, merece ser reconduzido ao seu devido lugar. Fecunda crítica lhe endereçou o Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, dada a circunstância de que tal princípio, vez por outra, é invocado para justificar a impossibilidade de produção de prova *ex officio*.⁶⁸

Critérios objetivos mais seguros dão mostra de que a essência do princípio dispositivo não mais tem a ver com a atividade probatória do juiz. No fundo, a idéia de disposição está relacionada com a conveniência e oportunidade que tem

⁶⁶ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Causa de pedir e ônus de afirmar”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, T. II, pp. 932-933.

⁶⁷ No Brasil: J. C. BARBOSA MOREIRA, “Julgamento e ônus da prova”, in *Temas de direito processual (Segunda Série)*, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73 e ss; ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz”, in *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 403; LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, *O ônus da prova no direito processual civil*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 151-152; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 119; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Embargos à execução*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 92; No Chile: ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 270.

⁶⁸ J. C. BARBOSA MOREIRA, “O problema da *divisão do trabalho* entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, in *Temas de direito processual – Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 35 e ss; LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, *Manual do processo de conhecimento – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 60.

a parte de submeter aquilo e tão-somente aquilo que lhe interessa seja apreciado, ou deixe de sê-lo, pelo Poder Judiciário.⁶⁹

É o poder que possui o litigante de traçar os limites objetivos de sua ação, no que tange aos fatos e ao pedido de tutela jurídica material. O autor tem o poder de disponibilidade para submeter tão-somente aquela porção do litígio que lhe é conveniente seja posta à apreciação do Poder Judiciário (CPC, art. 128 e 460).

A disponibilidade liga-se ao objeto litigioso do processo, de que é exemplo o poder que tem a parte de renunciar ao direito sobre que se funda a ação, transacionar e reconhecer a procedência do pedido (CPC, art. 269, II, III e V).⁷⁰

A prova é o instrumento por meio do qual o juiz forma o seu convencimento acerca da verdade dos fatos alegados pelas partes.⁷¹ A natureza pública da relação processual e o escopo social que vincula o Estado conduzem

⁶⁹ BARBOSA MOREIRA considera possivelmente adequado o uso da expressão no caso “dos atos de disposição que as partes pratiquem no curso do processo. Com efeito, afigura-se lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível -, mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes” (“O problema da *divisão do trabalho* entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, in *Temas de direito processual – Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 42-43).

⁷⁰ JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, pp. 212-213.

⁷¹ CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Ottava edizione, Torino: G. Giappichelli, 1991, v. II, p. 123. Há quem defina ser uma representação histórica da realidade pregressa que pode ser feita pelos meios idôneos de prova (ELIO FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile – processo ordinario di cognizione*, Padova: CEDAM, 1995, v. I, p. 82).

ao entendimento de que a prova pertence ao processo (princípio da aquisição), e que o poder instrutório do juiz não se subordina às regras sobre ônus da prova.⁷²

A advertência da doutrina está na direção de que o pedido de tutela é de interesse privado do litigante, mas o *modo* pelo qual essa tutela será prestada é problema de *ordem pública*. Não é por outra razão que o sistema vigente dispõe que “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (CPC, art. 262). O litigante atua como colaborador, e não como *dominus litis*.⁷³

Nessa linha de pensamento, percebe-se a diferença que existe entre o objeto litigioso do processo e o processo como instrumento adequado à justa solução da controvérsia.

O objeto litigioso do processo, regulado pelo princípio dispositivo, é de natureza privada, ao passo que os meios de prova estão relacionados com o caráter público da relação processual, motivo por que são postos também à

⁷² LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO: “Amplamente reconhecida a partir da célebre obra de Oscar von Bülow, com a nítida distinção entre as relações jurídicas de direito material e processual, a emancipação da ciência processual possibilitou novo enfoque ao princípio dispositivo, com conseqüências proficuas ao reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz. O processo passou a ser visto como instrumento a serviço da jurisdição, ostentando *natureza eminentemente pública* e sendo inconfundível, portanto, com os direitos privados das partes nele discutidos. Após a instauração do processo, mediante o exercício do poder de ação – nos limites estabelecidos pelo *pedido* e pela *causa de pedir* -, embora privados os direitos, a aplicação e a justa aplicação da lei ao caso concreto importam ao próprio Estado. Dessa forma, ao princípio da demanda – que consagra em toda a sua plenitude a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo – contrapõe-se nitidamente o fenômeno pertinente à atribuição de poderes aos sujeitos do processo, especialmente dos poderes instrutórios. (...) Bem delineados e apartados, esses dois fenômenos – antes indiscriminadamente englobados nos domínios do princípio dispositivo -, e reconhecida autonomia ao processo, além de evidenciada a sua natureza pública, uma doutrina autorizada passou a estabelecer claramente o limite da influência exercida pelos interesses privados sobre o fenômeno processual (*O ônus da prova no direito processual civil*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 145-7).

⁷³ Nesse sentido: CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Ottava edizione, Torino: G. Giappichelli, 1991, v. I, p. 98; JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, p. 222.

iniciativa do juiz. Os litigantes são livres para dispor dos interesses em conflito, mas não para anular o compromisso do Estado com a prestação jurisdicional adequada.⁷⁴

O extremo a que chegou o princípio dispositivo é devido ao processo de feição clássica inspirado na filosofia liberal burguesa do século XVIII. Deve-se dizer que a idéia de autonomia dos litigantes era prestigiada em patamar máximo, ao lado de uma cultura passiva e mediadora do juiz na direção do feito.⁷⁵

Aquela época foi diferenciada com a declaração de direitos individuais no preâmbulo das constituições, com destaque para a garantia do *devido processo legal*, sumulada na concepção de *vida-liberdade-propriedade*.⁷⁶ Destacava-se também o princípio da legalidade, que a partir daí passou a reger a vida interna dos órgãos estatais.

A garantia de legalidade constituiu a pedra angular das instituições num período de transição, quando a necessidade de certeza e segurança hostilizou a cresça desgastada em poderes naturais e divinos.⁷⁷ A idéia de segurança sensibilizou de tal maneira o Direito Privado que implicou o seu desdobramento para o processo civil. A igualdade ali defendida não transpunha os limites do meramente formal.

⁷⁴ JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, pp. 219-220.

⁷⁵ CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

⁷⁶ A respeito do *devido processo legal* em sua versão substantiva e formal: NELSON NERY JR., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1997, pp. 27-38.

⁷⁷ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 193.

Afirmava-se que o juiz era a “*boca da lei*”. Na doutrinação de um dos mais influentes teóricos da época, o Poder Judiciário era reduzido a um mero órgão ao qual se confiava o encargo de julgar criminosos e resolver conflitos privados, qualificado como poder executivo das coisas que dependem do direito civil, e atrelado a uma exata e cega aplicação inanimada da lei.

A supremacia do Legislativo era tamanha que o juiz – figura de poder nulo e que o racionalismo iluminista pregava ser privado de alma – somente podia aplicar o sentido exato do texto legal.⁷⁸ Problema referente à justiça ou à equidade da decisão não deveria fazer parte de suas preocupações, mas unicamente do legislador que editou a fórmula para a espécie.⁷⁹

Entre enciclopedistas e fisiocratas havia um clima de euforia a ponto de se dizer que a legislação é capaz de tudo transformar, o *habitat* e o coração humano, e que a lei havia descido do céu para a Terra etc. A Revolução Francesa foi no espírito das assembleias a tentativa de uma transformação geral da sociedade pela lei. A própria confiança nos textos legais era tanto mais firme quanto menor parecia a necessidade de pensar e criar.⁸⁰

⁷⁸ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois – Défense de l'Esprit des Lois*, Paris: Ernest Flammarion, s/d, t. I, p. 174, a propósito do que escreve no famoso capítulo VI do livro XI, sobre a Constituição da Inglaterra. Mas a justificativa disso tudo – lembra MAURO CAPPELLETTI – se apresenta sob dois aspectos: um *histórico* e outro *ideológico*. O primeiro é que a magistratura frustrou a esperança popular de modernização do antigo regime, época de privilégios hereditários, de que ela própria, chamada *nobreza da toga*, também gozou; quanto ao segundo, havia a concepção de que o juiz era o servo ou a boca da lei, o que traduzia nítida supremacia do legislativo, segundo as idéias de ROUSSEAU e MONTESQUIEU (“Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea”, *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB - Conselho Federal*, Brasília/DF, março/1991, pp. 297-208).

⁷⁹ CHAÏM PERELMAN, *Ética e direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 562.

⁸⁰ Na literatura clássica, célebre passagem de JEAN CRUET, retratando a bela época: “Lorsque le progrès social se présente sous l’aspect d’une opération logique, dont tous les termes sont d’avance connus, il est naturel que la

O processo era um negócio privado cuja finalidade se resumia na defesa dos interesses pessoais dos litigantes.⁸¹

Todavia, a erosão de dois séculos mudou aos poucos a fisionomia do sistema jurídico e a mentalidade de seus operadores. A influência do liberalismo na marcha do processo vem nos tempos atuais cedendo espaço ao controle do juiz sobre a colheita da prova, constituindo uma espécie de *liberdade vigiada* que melhor atende ao interesse público que reveste a relação jurídica processual.⁸²

Hoje, o processo representa uma relação jurídica de Direito Público movida pelo impulso oficial que investe o Estado-juiz do compromisso com a justa composição da lide, mercê do direito fundamental ao justo processo que compreende o acesso adequado à Justiça.

Os sujeitos parciais do processo traçam os limites da ação, enquanto o juiz se preocupa com os *meios de prova* que entende necessários à formação do seu convencimento sobre os fatos relevantes da causa.⁸³ Uma vez deduzida a

loi en apparaisse comme l'instrument prédestiné, car elle semble supprimer tout intervalle entre la pensée et l'action. Si la loi est toute-puissante, concevoir, n'est-ce pas créer?" (*La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris: Ernest Flammarion, 1920, p. 270).

⁸¹ JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, p. 235.

⁸² Expressivo comentário de WALTHER J. HABSCHEID: "La libre disposition des parties au procès quant à l'objet du litige, leur liberté en ce qui concerne l'apport des faits et des preuves peuvent être restreintes par le juge (*maxime inquisitoire et maxime d'office*) ou par la loi (*maxime éventuelle*). Cette opposition entre autonomie des parties et interventionnisme du juge n'est que le reflet d l'antinomie entre le caractère privé des droits objets du procès civil et les intérêts publics qui apparaissent néanmoins au cours de toute procédure. Conformément aux tendances actuelles, le libéralisme est de plus en plus battu en brèche et le rôle du juge va en s'accroissant" (*Droit judiciaire privé suisse*, deuxième éd., Genève: Librairie de l'université, 1981, § 55, p. 357).

⁸³ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 94.

demanda com fixação dos limites do pedido e das alegações de fato, o interesse na prestação da tutela adequada passa a ser do Estado.

Se a Constituição de 1988 estabeleceu os fins, por óbvio que uma especial atenção deverá ser dispensada aos meios postos ao alcance do juiz para mantê-lo bem informado no momento de julgar.⁸⁴ Acima do interesse direto que têm as partes na solução da contenda existe a garantia de que a tutela a ser prestada deve ser adequada.

Nessa linha, a técnica da *livre iniciativa probatória* do juiz constitui uma tendência dos ordenamentos modernos. A doutrina registra que em países onde se permite uma intervenção ativa do julgador na descoberta da verdade, sem prejuízo da iniciativa da parte, como Alemanha, Inglaterra, Itália, França, Bélgica, Suíça e Portugal, não se pode afirmar que haja desaparecido a imparcialidade do julgamento.⁸⁵

No Brasil, além da abertura cognitiva do art. 130 do Código de Processo Civil, o sistema dos Juizados Especiais Cíveis dispõe que “O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (Lei 9.099/95, art. 5º).

Há quem diga que essa concepção contrasta com o processo tipicamente medieval, quando o juiz não dispunha de espaço senão para fazer uma valoração

⁸⁴ Nesse sentido: J. C. BARBOSA MOREIRA, “O neoprivatismo no processo civil”, *RePro*, 122/16.

⁸⁵ JOAN PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996, p. 253; J. C. BARBOSA MOREIRA, “O neoprivatismo no processo civil”, *RePro*, 122/12.

automática da prova. A explicação para esse dado histórico vem do mestre CRISANTO MANDRIOLI. Segundo ele, o julgador não merecia muita confiança naquela época.⁸⁶

O processo do século XXI não pode ser considerado como uma espécie de duelo ou competição esportiva a que assiste um árbitro passivo e despreocupado, a não ser com o único encargo de assegurar a observância formal das regras do jogo para, ao final, proclamar o resultado.⁸⁷

Além disso, é necessário ter presente que o mal da parcialidade pode conviver com qualquer dos dois sistemas processuais. Tanto é que o interesse pessoal na vitória de *a* ou *b* pode manifestar-se pela iniciativa do juiz já movido por vantagens escusas, como também por sua simples omissão, imbuído por semelhante propósito de ocultar a verdade dos fatos.

Não vindo a lume o conhecimento do fato, o favorecimento virá em benefício daquele por cuja vitória o julgador torcia. Em condições normais, o que mais importa é ter a consciência de que, ao promover a instrução da causa, o

⁸⁶ CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Ottava edizione, Torino: G. Giappichelli, 1991, v. I, p. 102.

⁸⁷ J. C. BARBOSA MOREIRA, “Duelo e processo”, *RePro*, 112/177. Em outro texto mais recente e de grande penetração, o mestre carioca assinala: “Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade” (“O processo, as partes e a sociedade”, *RePro*, 125/288).

agente público ainda não sabe em que sentido virão as informações de que tomarão conhecimento ele e os demais sujeitos do processo.⁸⁸

A patologia não deve servir de parâmetro para avaliar a bondade ou o defeito de um instituto. Se algum abuso houver, os meios de controle judicial e correcional devem ser postos em ação.⁸⁹ No fundo, a posição a ser tomada em face da presente questão caminha ao sabor da linha ideológica que se tem a respeito da função jurisdicional do Estado.⁹⁰

A intenção de toda essa discussão é prestigiar a verdade do conflito, pelo que proscria se encontra a velha concepção de *verdade formal* no processo civil.⁹¹ A verdade é algo que não comporta cisão em duas ou mais modalidades e o Estado não pode compactuar com a postura do faz-de-conta, nem por simples comodidade a título de segurança jurídica.⁹²

⁸⁸ É o argumento insuperável de BARBOSA MOREIRA: “De mais a mais, no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, que tanto poderá sorrir a este litigante como àquele. E, se é exato que um dos dois se beneficiará com o esclarecimento do ponto antes obscuro, também o é que a subsistência da obscuridade logicamente beneficiaria o outro. Olhadas as coisas por semelhante prisma, teria de concluir-se que o juiz não é menos parcial quando deixa de tomá-la do que quando toma a iniciativa instrutória, pois, seja qual for a sua opção, acabará por favorecer uma das partes” (“Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”, in *Temas de direito processual - Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48).

⁸⁹ SANTIAGO SENTIS MELENDO, *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978, p. 209.

⁹⁰ ANDRÉS BORDALÍ S., “El debido proceso civil”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003, p. 269.

⁹¹ STJ: “Os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que dispõe o art. 130 do CPC. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas” (3ª T., REsp 345.436/SP, Min.^a NANCY ANDRIGHI, ac. de 7.3.2002, DJ de 13.5.2002).

⁹² HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in *Coisa Julgada Inconstitucional*, Coord. Carlos Valder do Nascimento, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 149.

A verdade formal significa oficializar a indiferença, um estado de acomodação perante aquilo que se encontra no papel, mas que não retrata necessariamente o fenômeno do mundo empírico.⁹³

Quando o legislador dispara o comando de que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, são hábeis para provar a *verdade* dos fatos (CPC, art. 332); que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da *verdade* (CPC, art. 339); que o Ministério Público, como fiscal da lei, poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da *verdade* (CPC, art. 83, II), tudo isso só pode ser considerado no sentido de máxima correspondência com a realidade dos fatos.

Com essa filosofia da verdade está comprometido o Estado jurisdição. Do contrário, não haveria os escopos político, social e jurídico a lhe moldar os fins e lhe traçar os meios como base principiológica de uma Constituição que institui o Estado democrático de Direito fundado na cidadania, na dignidade humana e jungido ao controle jurisdicional inafastável.

O processo de reciclagem científica que vem atravessando décadas (até séculos) e pondo em reflexão algumas entidades jurídicas tradicionais se deve, em essência, ao desígnio de alcançar um estágio de adequação para a tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário.

⁹³ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 16; EDUARDO CAMBI, *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001, pp. 72-73.

A temática referente à *flexibilização da coisa julgada* é problema dos mais delicados e, ao que parece, ainda carente de exploração sistemática pela ciência jurídica, motivo por que não será objeto aqui de análise mais ampla.

Quem se disponha a sondar a doutrina de três décadas atrás haverá de compreender o porquê de se haver chamado a atenção do público leitor para a *função prática* desempenhada pelo instituto da coisa julgada nos sistemas contemporâneos.⁹⁴

Com efeito, a coisa julgada existe com o papel de atender às necessidades práticas da vida social enquanto for intolerável à sociedade a pendência indefinida de litígios ou a existência de duas ou mais decisões contraditórias em situações idênticas no que tange às pessoas, aos fatos e à pretensão deduzida.⁹⁵

⁹⁴ Entre nossos tratadistas, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO é da opinião de que “O trânsito em julgado, pois, nada mais é do que técnica de estabilização, mais atenta a necessidades práticas do convívio social do que a imperativos de ordem estritamente jurídica ou de preservação do valor justiça. Não é por outro motivo que se mostram tão insatisfatórias todas as tentativas de justificar a coisa julgada em bases rigorosamente jurídicas, sem apelo a considerações de ordem política” (“Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”, in *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 257). Conforme ponderação do mestre DINAMARCO, “A função social do processo não estaria cumprida de modo satisfatório, se as declarações, constituições ou condenações emitidas em sentença ficassem indefinidamente sujeitas a novos e repetidos ataques” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Liticonsórcio*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 292).

⁹⁵ A propósito, expressivo comentário de DANIEL TOMASIN: “L’*autorité de la chose jugée* est une construction née de la satisfaction des besoins purement pratiques. Que ces derniers disparaissent et la règle n’a plus aucune utilité. L’interdiction du renouvellement du procès ne peut en aucune façon être la conséquence d’une règle unique et, en quelque sorte ‘totalitaire’ dont le contenu monolithique serait révélé par l’article 1351 C. civ. Au contraire l’*autorité de la chose jugée* assure l’immutabilité de la vérification juridictionnelle en respectant les nécessités et les institutions du milieu dans lequel va se développer son efficacité. Que les besoins à satisfaire varient et les effets de la règle pourront varier en conséquence” (*Essai sur l’*autorité de la chose jugée* en matière civile*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, n. 343, p. 252).

Nessa perspectiva, a coisa julgada tem uma importância capital para a segurança jurídica no Estado democrático de Direito.⁹⁶

Por outro lado, os dados da vida real põem à reflexão o seguinte dilema: qual é a função social da coisa julgada? Para que serve o instituto de que cogita o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição de 1988? Até que ponto é ele necessário à sociedade? Existe outro valor que, em confronto com essa garantia de segurança, possa sobrepujá-la?

O núcleo do debate gira em torno do binômio segurança *versus* justiça da decisão. Esse é o pano de fundo que inspira a tese de que não se devem eternizar injustiças ou incertezas a pretexto de se estabilizarem os conflitos.⁹⁷

Pois bem, uma premissa inicial está no fato de que a pluralidade axiológica do sistema constitucional impõe limites ao instituto da coisa julgada. Não há valor absoluto no contexto de uma Constituição pluralista e democrática que estampa um leque de garantias e princípios de natureza fundamental, não raro em constante rota de colisão.

A unidade da Constituição é aferida em face da pluralidade de valores que ela contém e no propósito de convergência dessa pluralidade para um mesmo

⁹⁶ NELSON NERY JÚNIOR, *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 500.

⁹⁷ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Relativizar a coisa julgada material”, *RePro*, 109/13; DONALDO ARMELIN, “Flexibilização da Coisa Julgada”, in *Linhas Mestras do Processo Civil: Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*, coord. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa *et al*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 142; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, *RePro*, 103/21.

fim.⁹⁸ Em nível abstrato, os objetivos eleitos pela assembléia constituinte são harmônicos, mesmo que isso não se verifique na esfera concreta dos choques de interesse.⁹⁹

A segunda premissa consiste em saber que o sistema infraconstitucional trata a coisa julgada como instituto de incidência *relativa*, motivo pelo qual o próprio ordenamento oferece um arcabouço para o seu limite e devido controle. A ação rescisória, por exemplo, é o instrumento mais adequado para desconstituir decisão de mérito (sentença ou acórdão) transitada em julgado (CPC, art. 485).¹⁰⁰

Além disso, o jurisdicionado dispõe de outros meios de defesa, como os embargos à execução (CPC, art. 741, com redação da Lei 11.232/2005), a ação declaratória de inexistência do processo (CPC, art. 4º, I), a ação declaratória de nulidade insanável (*querela nullitatis insanabilis*) e a chamada objeção de pré-executividade.

⁹⁸ FRIEDRICH MÜLLER anota que a unidade da Constituição é um princípio que “ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A unidade da Constituição enquanto visão orientadora [Leitbild] da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um *arcabouço de normas*. Este, por um lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si [in sich ruhend], mas forma, por outro lado, provavelmente um todo integrado com sentido. No quadro do que pode ser argumentativamente defendido e fundamentado em termos de método, o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições que apareçam como resultados parciais no processo da concretização de modo a harmonizá-las umas com as outras no resultado” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 84).

⁹⁹ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 157.

¹⁰⁰ É com base nesse fundamento que alguns autores mantêm reservas à idéia de “relativização”: J. C. BARBOSA MOREIRA, “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, p. 91; OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “Coisa julgada relativa?”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 13, p. 102; NELSON NERY JÚNIOR, *Teoria geral dos recursos*, 6ª ed., São Paulo: RT, 2004, p. 512; SÉRGIO GILBERTO PORTO, “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”, *RePro*, 112/23; LUIZ GUILHERME MARINONI, “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, in *Relativização da coisa julgada – Enfoque Crítico*, org. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPODIVM, 2004, p. 159.

Importa registrar, de passagem, que recente reforma no Código de Processo Civil estabeleceu uma espécie de *impugnação ao cumprimento da sentença* em obrigação de fazer, não fazer e para entrega de coisa, como também contra a execução de condenação a pagamento de quantia certa (art. 475-L, com redação da Lei 11.232/2005).

Em algumas situações específicas, dada a natureza e as características da jurisdição coletiva, o sistema infraconstitucional disciplina o processo com o regime diferenciado da coisa julgada segundo o eventual resultado da lide (*secundum eventum litis*). É o que se verifica na ação popular (Lei 4.717/65, art. 18) e na ação civil pública (Lei 7.347/85, art. 16), tendo esta última abrangência suficiente para tutelar as pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.853/89, art. 4º) e o consumidor (Lei 8.078/90, art. 103).¹⁰¹

Na medida do possível, a solução para alguns casos paradigmáticos deve ser extraída do próprio sistema, mas sem que isso provoque, é importante ressaltar, um banimento definitivo da segurança jurídica.¹⁰² O problema do DNA na ação de investigação de paternidade é emblemático nessa discussão.

O Superior Tribunal de Justiça tem anunciado que “A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca

¹⁰¹ DONALDO ARMELIN, “Flexibilização da Coisa Julgada”, cit., pp. 145-146.

¹⁰² DONALDO ARMELIN, “Flexibilização da Coisa Julgada”, cit., p. 173.

sobretudo da realização do processo justo, a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão”.¹⁰³

A solução criativa encontrada foi no sentido de desconsiderar a coisa julgada material da sentença que julga improcedente o pedido de declaração de paternidade por *falta* ou *insuficiência* de prova. Essa exegese tem o propósito de facilitar o acesso ao justo processo para a parte que posteriormente obtém um exame positivo de DNA e resolve mover a mesma ação com base na prova pericial conclusiva.

Um outro aspecto que tem sido reavaliado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz respeito ao conceito de *documento novo* para fins de ajuizamento da ação rescisória.

Aqui, o conceito de documento novo sofreu uma mudança de rota bastante significativa. Até então, o documento novo era aquele que existia ao tempo da sentença, mas a parte ou ignorava a sua existência ou dele não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável (CPC, art. 485, VII).

A interpretação que se convencionou na doutrina – e que teve em BARBOSA MOREIRA a sua autoridade maior – foi no sentido de considerar, em princípio, novo não o *documento* em si (que já existia), mas o *conhecimento*

¹⁰³ STJ, 4ª T., REsp 226.436/PR, Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, ac. de 28.06.2001, *RSTJ*, 154/403; REsp 427.117/MS, Min. CASTRO FILHO, ac. de 04.11.2003, *RSTJ*, 179/294.

que se teve dele depois do último momento em que era lícito à parte utilizá-lo no processo de origem.¹⁰⁴⁻¹⁰⁵

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, fugindo da literalidade do texto, passou a entender que “O laudo do exame de DNA, mesmo posterior ao exercício da ação de investigação de paternidade, considera-se documento novo para aparelhar ação rescisória (CPC, art. 485, VII). É que tal exame revela prova já existente, mas desconhecida até então. A prova do parentesco existe no interior da célula. Sua obtenção é que apenas se tornou possível quando a evolução científica concebeu o exame intracitológico”.¹⁰⁶

Desse modo, contornando o empecilho técnico fixado para o cabimento do mecanismo de controle, o exame pericial de DNA produzido posteriormente ao trânsito em julgado da decisão vem sendo admitido pela jurisprudência como documento novo capaz de aparelhar a ação rescisória fundada no inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil.¹⁰⁷

¹⁰⁴ J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 476 a 565*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, pp. 136-139.

¹⁰⁵ **STJ**: 1ª Seção, AR 922/DF, Min. FRANCISCO FALCÃO, ac. de 24.10.2001, DJ de 24.02.2003; AR 145/PR, Min. HÉLIO MOSIMANN, ac. de 19.03.1991, DJ de 15.04.1991; 3ª Turma, AgRg na MC 8.310/MG, Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, ac. de 03.08.2004, DJ de 25.10.2004; 4ª Turma, REsp 275.910/MG, Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, ac. de 14.12.2000, DJ de 12.03.2001. **STF**: Pleno, AR 1.008, Min. MOREIRA ALVES, ac. de 16.03.1979, *RTJ*, 97/503; Pleno, AR 1.313/PI, Min. MARCO AURÉLIO, ac. de 28.11.1991, *RTJ*, 138/460; Pleno, AR 1.063/PR, Min. NÉRI DA SILVEIRA, ac. de 28.04.1994, *RTJ*, 158/774.

¹⁰⁶ STJ, 2ª Seção, REsp 300.084/GO, Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, ac. de 28.04.2004, *RT*, 831/224.

¹⁰⁷ Há manifestação de apoio na doutrina: J. C. BARBOSA MOREIRA, “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, p. 106; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de relativização*, São Paulo: RT, 2003, p. 201; EDUARDO CAMBI, “Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*”, *RePro*, 109/88-89; EDUARDO TALAMINI, *Coisa Julgada e sua Revisão*, São Paulo: RT, 2005, p. 625; FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 329.

O problema referente ao estado de filiação envolve um direito da personalidade que todo indivíduo tem de saber a origem genética de sua própria existência. Seja pelo ângulo paterno ou pela ótica do investigador, a discussão tem assento mais evidente na dignidade da pessoa humana que fundamenta o Estado democrático de Direito (CF, art. 1º, III).

Além disso, deve-se considerar também, nesse conjunto normativo, que a família tem especial proteção do Estado como base da sociedade (CF, art. 226), e que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, entre outras coisas, o direito à vida, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CF, art. 227).

Mercê de sua relevância, o nível de preocupação com a paternidade responsável é tão grande que se chega a pensar, em caráter excepcional, como ficaria a regra de que a ação rescisória deve ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão (CPC, art. 495).

Nesse aspecto, é preferível encontrar um ponto de equilíbrio a produzir extremos que tragam mais embaraço do que soluções. Um dado elementar de que não se deve abrir mão é ter presente que a imutabilidade conferida pela coisa julgada como qualidade que se agrega à sentença tem a função social de definir, com segurança, a crise de instabilidade infiltrada na relação jurídica de direito material.

A garantia da coisa julgada integra o programa de acesso adequado à Justiça na medida em que contribui para a segurança jurídica proporcionada pela finalização do processo com estabilidade e em tempo satisfatório.¹⁰⁸

Entre as opiniões até agora apresentadas pela doutrina, parece inteiramente razoável o entendimento de que a contagem do prazo de 02 anos da ação rescisória passaria a ter um novo marco inicial. Segundo se tem afirmado, o prazo começaria a contar da *data em que a parte tomar ciência* do exame pericial que analisou a paternidade à luz do DNA.¹⁰⁹

Ao que parece, essa é uma interpretação que pode ser construída com apoio no ordenamento em vigor. O senso de proporcionalidade é aplicável diante do grau de intolerância social que se tem pela presença de uma perícia médica reveladora de um evidente erro de julgamento, resultado de uma declaração de paternidade com certeza equivocada.

Imagine-se, por hipótese, uma sentença com esse erro de julgamento ser submetida a uma consulta popular após o resultado do DNA. É difícil não enxergar nesse caso a fortíssima probabilidade de que um referendo, por exemplo, certamente reprova-la-ia.

¹⁰⁸ LUIZ GUILHERME MARINONI, “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, in *Relativização da coisa julgada – Enfoque Crítico*, org. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPODIVM, 2004, p. 163.

¹⁰⁹ DONALDO ARMELIN, “Flexibilização da Coisa Julgada”, cit., p. 172; TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de relativização*, São Paulo: RT, 2003, p. 208. Com proposta *de lege ferenda*: J. C. BARBOSA MOREIRA, “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, p. 111; LUIZ GUILHERME MARINONI, “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, in *Relativização da coisa julgada – Enfoque Crítico*, org. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPODIVM, 2004, p. 177.

A lógica do sistema – monitorada pela garantia do acesso adequado à Justiça, que compreende todas as dimensões do justo processo – deve salvaguardar a situação daquele contingente de pessoas que não fizeram uso (muitas vezes porque não puderam) das técnicas de exame biológico que a medicina mais avançada está hoje a oferecer com altíssima segurança e precisão.¹¹⁰

Além de possível pela via sistemática, a interpretação é, acima de tudo, *justa* do ponto de vista constitucional. Aliás, assim o fez o Superior Tribunal de Justiça em relação à contagem do prazo da ação rescisória para a hipótese em que o recurso impugna apenas um dos *capítulos autônomos* da sentença, tendo o outro deles transitado em julgado (impugnação parcial).

A jurisprudência da Corte Especial firmou a interpretação de que o prazo decadencial de 02 (dois) anos tem início somente quando o capítulo pendente de recurso transitar em julgado, ou seja, quando o processo encerrar no seu todo, seja pela vontade de não mais recorrer (STF, Súmula 514), seja por não haver mais previsão de recurso no sistema.¹¹¹

¹¹⁰ JOSÉ AUGUSTO DELGADO, “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, *RePro*, 103/21-22.

¹¹¹ STJ: “Processual Civil - Embargos de divergência no recurso especial - Ação rescisória - Prazo para propositura - Termo inicial – Trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos - CPC, arts. 162, 163, 267, 269 e 495. - A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença /acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide. - Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial. - Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. – Embargos de divergência improvidos” (Corte Especial, EREsp 404.777/DF, Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, ac. de 03/12/2003, por maioria, DJ de 11.04.2005). No mesmo sentido: “Processual Civil. Ação Rescisória. Prazo. Contagem. Trânsito em Julgado. Sentença. Unicidade. Dissolução Parcial de Sociedade Comercial. Pagamento de

Outro caminho semelhante foi aberto para resolver o problema da ação rescisória diante do não-conhecimento do recurso. Em defesa da segurança e da boa-fé do jurisdicionado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que – salvo manifesta intempestividade do recorrente – o prazo da ação rescisória só começa a contar a partir do momento em que a decisão de não-conhecimento do recurso se tornar definitiva na instância revisora.¹¹²

Sem dúvida, a temática da coisa julgada inconstitucional se insere naqueles chamados *hard cases*. São questões de elevada complexidade para cuja solução as fórmulas básicas da metodologia hermenêutica tradicional são insuficientes.¹¹³

Haveres. I - A sentença é una, e como tal, não pode ser fracionada para efeito de ação rescisória. Não se pode falar, pois, em trânsito em julgado parcial. Precedente da Corte Especial (ERESP 404.777-DF). II - O prazo para ajuizar ação rescisória é contado a partir do trânsito em julgado da decisão no último recurso interposto” (STJ, 3ª T., REsp 453.476/GO, Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, ac. de 01/09/2005, DJ de 12.12.2005).

¹¹² STJ, 4ª T., REsp 441.252/CE, Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, ac. de 22/10/2002, DJ de 17.02.2003. Nesse sentido: “Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Decadência. Biênio legal. Termo *a quo*. Recurso notoriamente intempestivo. 1. Ação rescisória em que se busca desconstituir julgado que considerou devidos os índices de correção monetária das contas vinculadas do FGTS relativos aos planos econômicos Bresser e Collor II, em dissonância com o que foi decidido pela Suprema Corte no RE nº 226.855/RS. O TRF/4ª Região extinguiu o processo com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, IV, do CPC, reconhecendo a decadência do direito à ação rescisória. Recurso especial no qual se intenta demonstrar que o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória deve ter o seu *dies a quo* fixado no momento em que transita em julgado a decisão do último recurso interposto em face do *decisum* rescindendo. 2. O cerne da questão reside em se determinar o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória quando interposto recurso notoriamente intempestivo em face da decisão rescindenda. 3. Situações existem em que o eventual não-conhecimento do recurso não é facilmente deduzível, o que poderia decorrer em prejuízo muitas vezes insanável para a parte, ante a dificuldade de atuação do patrono da causa. Com efeito, supondo-se que o exame do recurso se prolongue por mais de dois anos, criar-se-ia a possibilidade de que, ao ser declarado o seu não-conhecimento, já se tenha exaurido o biênio ensejador do juízo rescisório. Portanto, para que seja evitada essa consequência indesejada, tem-se que o trânsito em julgado a ser observado deve mesmo ser o da derradeira decisão, que examinará eventual recurso que esteja pendente. 4. Excepciona-se dessa regra, tão-somente, as hipóteses em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou que haja evidenciada má-fé da parte que recorre” (STJ, 1ª T., REsp 770.335/RS, Min. JOSÉ DELGADO, ac. de 01/09/2005, DJ de 26.09.2005).

¹¹³ A temática dos casos de alta complexidade retira de MICHELE TARUFFO a seguinte explicação: “Non a caso si distingue talvolta tra *easy cases* e *hard cases* anche in funzione del grado di difficoltà del problema consistente nella scelta dell’ipotesi che è destinata a rappresentare il contenuto della decisione finale del caso. Un caso è *easy* se i fatti sono semplici e non è difficile stabilire quale norma vi si applica, ed è *hard* se i fatti sono

A solução deve ser encontrada no balanceamento dos princípios fundamentais, tendo as Cortes Superiores do país um papel de suma relevância quando chamadas a dar a última palavra mediante a técnica de ponderação dos valores heterogêneos presentes na declaração de direitos e deveres da Carta Magna.¹¹⁴

O princípio da proporcionalidade, também denominado *princípio dos princípios*,¹¹⁵ é convidado a entrar em cena como válvula de equilíbrio, de contenção de excessos, de reposição do conflito ao centro de gravidade que busca uma unidade dos valores constitucionais. O senso de proporção e de razoável simetria vem a ser o meio de que se vale o aplicador do Direito para a melhor e mais justa restauração da estabilidade em uma sociedade plural.¹¹⁶

complessi o è problematica ed incerta l'individuazione del criterio per la decisione in diritto. Tuttavia, sempre la decisione giudiziaria implica la scelta tra più ipotesi alternative di decisione, la sola possibile variazione riguardando l'ambito, il contenuto e la complessità, oltre che il numero, delle alternative possibili" ("Idee per una teoria della decisione giusta", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LI, n. 2, 1997, pp. 318-319).

¹¹⁴ No campo da teoria geral: WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 146. Quanto ao assunto em específico: HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO DE FARIA, "O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado", *RePro*, 127/41.

¹¹⁵ WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 149 e 153.

¹¹⁶ "Quem se interesse pelos estudos comparativos – o lembrete é de MAURO CAPPELLETTI – certamente apreendeu que os princípios jurídicos nunca exibem caráter absoluto. A força do princípio da coisa julgada, em particular, não está nos ditames de uma lógica abstrata, mas apenas nos fins ou valores que os sistemas jurídicos intentem perseguir mediante aquele princípio. É geralmente reconhecido que tal fim ou valor se encontra na paz social e na certeza do direito: a decisão judiciária, prescindindo do fato de que seja ou não correta (de fato e de direito), deve em determinado ponto dar fim ao litígio – *ne lites aeternae fiant*, como diziam nossos antepassados. Mas existem outros valores que podem entrar em conflito com aquele princípio, e especialmente com sua férrea e absoluta aplicação, valores que, por vezes, são chamados de *justiça*. Obviamente seria irracional e até utópico um sistema jurídico que desejasse, sempre, colocar tal justiça acima da certeza. Mas a razoabilidade, como frequentemente acontece, está no justo equilíbrio dos valores: *in medio stat virtus*, como advertia Aristóteles. E tal equilíbrio pode ser encontrado não com o rigor de uma lógica artificial, mas com o pragmático e flexível reconhecimento de que ambos os valores têm a sua validade, e que por vezes uma solução de compromisso deve ser adotada" (*Juízes irresponsáveis?*, Porto Alegre: *safe*, 1989, pp. 29-30).

Os casos paradigmáticos e o nível de preocupação da comunidade jurídica demonstram que a tutela jurisdicional do Estado tem vocação para ser adequada à justa composição da lide.

6. CONCLUSÕES

01. O justo processo, como substrato essencial do Estado democrático de Direito, é a fonte que proporciona legitimidade às decisões do Estado pelo cumprimento dos direitos fundamentais assegurados em nível constitucional e internacional.

02. A garantia de acesso à Justiça impõe a compreensão de que a tutela jurisdicional, para corresponder à cláusula do justo processo, deve ser adequada à justa composição do litígio, o que significa ser legítima, tempestiva, universal e efetiva.

03. A participação democrática dos litigantes e a presença ativa do juiz na condução da atividade probatória representam a necessidade de fazer do processo um moderno veículo de diálogo entre o Estado e a sociedade, um canal de realização dos direitos fundamentais.

04. O princípio dispositivo informa o objeto do processo, que é de interesse privado das partes, enquanto a dinâmica da relação jurídica de Direito Público se desenvolve pelo impulso oficial que impõe ao juiz o compromisso

com a busca da verdade para alcançar no processo uma tutela jurisdicional adequada.

05. A garantia da coisa julgada, não tendo incidência absoluta, requer uma ponderação de valores que possa equacionar, nos casos complexos, uma medida de proporcionalidade que o próprio sistema pode oferecer como vocação para um acesso adequado à Justiça.

7. BIBLIOGRAFIA

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 1989-1991, v. 2^o.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. “O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional”, *RePro*, 87.

_____. “Il giusto processo nell’esperienza italiana e comunitaria”, *RePro*, 126.

_____. & VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano – Corso di lezioni*, Torino: G. Giappichelli, 1990.

ARMELIN, Donaldo. “A tutela jurisdicional cautelar”, *RPGESP*, 23.

_____. “Flexibilização da Coisa Julgada”, in *Linhas Mestras do Processo Civil: Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*, coord. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa *et al*, São Paulo: Atlas, 2004.

ARRUDA ALVIM, J. M. de. *Manual de direito processual civil – Processo de conhecimento*, 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, v. 2.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa & MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de relativização*, São Paulo: RT, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*, São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOSA MOREIRA, J. C. *Comentários ao Código de Processo Civil – Arts. 476 a 565*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5.

_____. “Argüição de prescrição. Sentença omissa. Devolução da questão ao conhecimento do tribunal”, in *Direito aplicado II (Pareceres)*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, *RePro*, 37.

_____. “Julgamento e ônus da prova”, in *Temas de direito processual (Segunda Série)*, São Paulo: Saraiva, 1980.

____. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”, in *Temas de direito processual - Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989.

____. “O problema da *divisão do trabalho* entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, in *Temas de direito processual – Quarta Série*, São Paulo: Saraiva, 1989.

____. “O neoprivatismo no processo civil”, *RePro*, 122.

____. “Duelo e processo”, *RePro*, 112.

____. “O processo, as partes e a sociedade”, *RePro*, 125.

____. “Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, 3^a ed., São Paulo: RT, 2001.

____. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da*

- Constituição Federal de 1988*, coord. de José Rogério Cruz e Tucci, 1^a ed., São Paulo: RT, 1999.
- BERNAL, Francisco Chamorro. *La tutela judicial efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*, Barcelona: Bosch, 1994.
- BICUDO, Hélio. “A comissão interamericana de direitos humanos: funções e atuação”, in *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, Brasília: STJ, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 4^a tiragem, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORDALÍ S., Andrés. “El debido proceso civil”, in *La constitucionalizacion del derecho chileno*, Coord. Juan Carlos Ferrada Borquez, Santiago: Juridica de Chile, 2003.
- BUZAID, Alfredo. “Do ônus da prova”, in *Estudos de direito*, São Paulo: Saraiva, 1972, v. 1.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: RT, 2001.
- _____. “Coisa julgada e cognição *secundum eventum probationis*”, *RePro*, 109.

CAPPELLETTI, Mauro. “La dimensione sociale: l’accesso alla giustizia”, in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. “Dimensioni costituzionale e transnazionale della giustizia”, in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee – Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna: Il Mulino, 1994.

_____. *Juízes irresponsáveis?*, Porto Alegre: safE, 1989.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2^a ed., Porto Alegre: safE, 1999.

_____. “Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea”, *Anais da XIII Conferência Nacional da OAB - Conselho Federal*, Brasília/DF, março/1991.

CAROCCA P., Alex. “Bases constitucionales del sistema procesal chileno”, in *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago: Jurídica de Chile, 2003.

CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano: Giuffrè, 1979.

_____. “La tutela d’urgenza fra cautela, *sentenza anticipata* e giudizio di mérito”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno XL, n. 4, 1985.

CHIARLONI, Sergio. “Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LV, n. 4, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova: CEDAM, 1970.

_____. “Garanzie costituzionali e *giusto processo* (Modelli a confronto)”, *RePro*, 90.

_____. “Il *giusto processo* civile nella dimensione comparatistica”, *RePro*, 108.

CRUET, Jean. *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris: Ernest Flammarion, 1920.

DELGADO, José Augusto. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”, *RePro*, 103.

DÍEZ-PICAZO, Ignacio. *Poder Judicial y Responsabilidad*, Madrid: La Ley, S.A., 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*, 7^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Causa de pedir e ônus de afirmar”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, T. II.

_____. “Relativizar a coisa julgada material”, *RePro*, 109.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz”, in *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória”, in *Ensaio de direito processual*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile – processo ordinario di cognizione*, Padova: CEDAM, 1995, v. I.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Teoria da ciência jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*, São Paulo: RT, 2003.

HABSCHEID, Walther J. *Droit judiciaire privé suisse*, deuxième éd., Genève: Librairie de l’université, 1981.

JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.

LANFRANCHI, Lucio. *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino: G. Giappichelli, 1999.

LOPES, João Batista. “Função Social e Efetividade do Processo Civil”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 13.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*, 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “*Amicus curiae*: um instituto democrático”, *RePro*, 106.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*, Ottava edizione, Torino: G. Giappichelli, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, 7^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

____. “O direito à adequada tutela jurisdicional – O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança”, *RT*, 663.

____. “O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)”, in *Relativização da coisa julgada – Enfoque Crítico*, org. Fredie Didier Jr., Salvador: JusPODIVM, 2004.

____. & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento – A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003.

MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978.

MELO, Gustavo de Medeiros. *O princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência – Tentativa de sistematização para uma tutela jurisdicional adequada*, PUC-SP, Dissertação, 2004.

____. “A tutela adequada na Reforma Constitucional de 2004”, *RePro*, 124.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Constitucional Internacional – Uma Introdução*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, *L'esprit des lois – Défense de l'Esprit des Lois*, Paris: Ernest Flammarion, s/d, t. I.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2^a ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.

MIRANDA, Jorge. “A recepção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Constituição Portuguesa – Um fenômeno de conjugação de Direito Internacional e Direito Constitucional”, *RDA*, 199.

MORELLO, Augusto Mario. “El proceso justo (De la teoría del débito proceso legal al acceso real a la jurisdicción)”, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova: CEDAM, 1994, Vol. Primo.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*, 6^a ed., São Paulo: RT, 2004.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 4^a ed., São Paulo: RT, 1997.

NOGUEIRA A., Humberto. “La constitucionalizacion del proceso: el acceso a la jurisdiccion, tutela judicial efectiva o debido proceso”, in *La constitucionalizacion del derecho chileno*, Santiago: Juridica de Chile, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. “Garantia do contraditório”, in *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*, coord. José Rogério Cruz e Tucci, 1ª ed., São Paulo: RT, 1999.

_____. “Efetividade e processo de conhecimento”, *RF*, 348.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade – Conceitos, sistemas e efeitos*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PÉREZ, Jesús González. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Primera edición, Madrid: Civitas, S.A., 1984.

PERROT, Roger. “La procédure civile française à la veille du XXIème siècle”, in *Cinquanta anni di studi sul processo civile – Incontro internazionale in occasione del cinquantenario dell’associazione*, Milano: Giuffrè, 1998.

PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. “A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro”, in *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coord. Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan, São Paulo: RT, 2000.

PORTO, Sérgio Gilberto. “Cidadania processual e relativização da coisa julgada”, *RePro*, 112.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito – Para um novo paradigma hermenêutico*, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. “Democracia e Controle da Constitucionalidade”, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, org. Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. “Velhos e Novos Rumos das Ações de Controle Abstrato de Constitucionalidade à Luz da Lei 9.868/99”, in *O Controle de Constitucionalidade e a Lei 9.868/99*, org. Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, 6^a ed., São Paulo: RT, 2002, v. 1.

_____. “Coisa julgada relativa?”, *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 13.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*, São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. “Idee per una teoria della decisione giusta”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LI, n. 2, 1997.

TARZIA, Giuseppe. “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, *RePro*, 103.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*, São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO JR., Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”, in *Coisa*

- Julgada Inconstitucional*, Coord. Carlos Valder do Nascimento, 2^a ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- _____. “O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado”, *RePro*, 127.
- TOMASIN, Daniel. *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.
- TROCKER, Nicolò. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il *giusto processo* in materia civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LV, n. 2, 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre o princípio do devido processo legal”, *RT*, 646.
- WATANABE, Kazuo. “Acesso à Justiça e a sociedade moderna”, in *Participação e processo*, coord. Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe, São Paulo: RT, 1988.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005.
