

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA *INAUDITA ALTERA PARTE*: entre efetividade e
legitimidade

Rafael Augusto de Moraes Andrade Santos

Belo Horizonte

2014

Rafael Augusto de Moraes Andrade Santos

A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA *INAUDITA ALTERA PARTE*: entre legitimidade e
efetividade

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Belo Horizonte

2014

R484t SANTOS, Rafael Augusto de Moraes Andrade.
A decisão interlocutória inaudita altera parte: entre
legitimidade e efetividade / Rafael Augusto de Moraes
Andrade santos; Belo Horizonte, 2014.
110f.

Orientador: Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Dissertação (Mestrado em Direito) –
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

1. Tutela antecipada. 2. Estado de direito. 3. Direito
processual. 4. Direitos fundamentais. 5. Celeridade (Direito). I.
Título.

CDU: 347.919.6

Rafael Augusto de Moraes Andrade Santos

A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA *INAUDITA ALTERA PARTE*: entre legitimidade e
efetividade

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais.

Professor Doutor Bernardo Gonçalves A. Fernandes – orientador (UFMG)

Professor Doutor Carlos Henrique Soares – membro externo (PUC/MG)

Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamente (UFMG)

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2013.

Ao princípio do meu mundo e ao fim do meu amor, aos meus pais, Maria e Wilson, únicos a quem devo a minha vida e a minha felicidade. Tenham a minha singela gratidão e as minhas constantes homenagens.

AGRADECIMENTOS

Sem dúvida, em primeiro lugar, ao meu orientador, Professor Doutor Bernardo Gonçalves Fernandes. Não houve quem, além dele, me inspirasse mais sobre democracia. Se aos meus pais devo a vida, ao meu orientador devo a melhor formação que eu poderia ter como professor, pesquisador e cidadão. Os seus livros, as suas aulas e a nossa interlocução são e serão o meu guia, para a docência e para a vida.

Ao Professor Doutor Carlos Henrique Soares, a quem devo o aprendizado da arte de uma advocacia combativa, intransigente no trato dos direitos fundamentais, sem o qual eu simplesmente não estaria aqui, como pesquisador, pretendo mestre e professor. A ele dedico todo o meu respeito, especialmente pelo seu brilhantismo acadêmico e pelo seu caráter como cidadão, distinto pela lealdade. A sua importância em minha caminhada é inestimável.

À minha família, base da vida, fonte de toda a minha alegria, consolo de toda a minha tristeza. Mãe, Pai, Lu, Anninha, Clemente, Nequinha, Shara, Will, Tia Cida, Tia Luzia, primos Bruno e Warley, sobrinho Enzo e cunhado Franklin, tudo o que eu sou resulta da sua existência. Sou feliz por tê-los.

Aos meus amigos, das ruas, das escolas, das faculdades, dos trabalhos, das viagens, dos botecos, não há quem, senão vocês, para me fazer entender o sentido e a importância da vida em uma sociedade plural e democrática; não há incentivo mais importante para mim que a nossa comunhão, para lutar por liberdade e igualdade, para lutar por democracia.

A todos que, antes de mim, deram a vida para construir o interminável edifício social em que eu, pretensiosamente, gostaria de acrescentar um tijolo, se não for para atrapalhar. Não fui jogado num mundo vazio, não vivo fora do mundo cheio. A quem escreveu ou falou antes de mim, as minhas concordâncias, as minhas discordâncias, mas, a todos, sobretudo, o meu respeito e o meu obrigado.

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”.

Humberto Gomes de Barros

RESUMO

O processo civil brasileiro, no âmbito do litígio, nos casos em que o autor pede por uma tutela de urgência sobre o objeto litigioso, permite ao juiz o proferimento de decisão interlocutória sem a oitiva do réu, nas hipóteses em que, segundo o cumprimento de requisitos legais objetivos e subjetivos, houver, essencialmente, risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao “bem da vida”. O que justifica e, pois, legitima a atuação solitária do juiz, sem a imediata oportunidade de contraditório às partes, é a incompatibilidade entre o tempo e a forma para a manifestação do réu e a garantia de incolumidade do bem jurídico em litígio, como meio cautelar de garantia de efetividade do provimento final (sentença), ou, também, como maneira antecipatória de satisfação de um direito para a interrupção ou prevenção, em favor do autor, de dano irreparável ou de difícil reparação. Todavia, ao longo de muito tempo e de muitas construções teóricas – especialmente sobre a natureza constitucional do processo –, fizemos a escolha por um processo adequado à democracia, em que os cidadãos, mediante a expressão de suas opiniões, o exercício dos seus direitos e a satisfação legal das suas vontades, com responsabilidade, definem o seu modo de vida e o seu destino. Neste contexto, uma decisão arbitrária, que impõe às partes do processo a volição de um terceiro alheio às suas consciências, pode conflitar com o exercício daquelas, no processo, dos seus direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, de modo a culminar no impedimento, no âmbito de um dos poderes republicanos, da democracia. Por outro lado, nas situações de urgência, proporcionar ao réu a forma e o tempo previstos para a sua manifestação e, mais que isso, para a sua integração à lide mediante o exercício pleno dos seus direitos à ampla defesa, ao contraditório e à isonomia, pode implicar na inviabilidade do direito de ação do autor, igualmente fundamental, bem como na obliteração do próprio objeto da ação cujo direito é exercido, constituinte do que chama a doutrina “bem da vida”. Conquanto seja notório o dilema processual correntemente enfrentado pelos sujeitos do processo, entre garantir um ou outro direito fundamental – há muito superado pela doutrina a favor do autor – a possibilidade de garantia simultânea e eficaz do direito de ação do autor, do direito das partes ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, e do bem da vida, implica em flagrante violação do devido processo legal quando proferidas decisões interlocutórias *inaudita altera parte*.

ABSTRACT

The Brazilian civil process, within the litigation, in cases in which the plaintiff asks for effective legal protection of urgency about the disputed object, allows the judge to utter interlocutory decision without hearing the defendant, in situations where according to the legal requirements, subjectives and objectives, there is a risk of irreparable harm to the plaintiff, or a hard harm. What justifies and therefore legitimizes the solitary decision of the judge, without the immediate opportunity to contradictory to the litigators, is the mismatch between the time and the form for the manifestation of the defendant and on the other hand, the safety of the legal asset in litigation, as a precaution to ensuring the effectivity of the final decision, or also as a way to satisfaction of a right to interrupt or prevent, in favor of the plaintiff, the risk of irreparable harm to the plaintiff, or a hard harm. However, over a long time and many theoretical constructs - especially about the constitutional nature of the process - we made a choice of a suitable process to democracy, in which citizens could, through the expression of their opinions, the exercise of their rights and legal satisfaction of their wants, with responsibility, define their way of life and destiny. In this context, an arbitrary decision, which impose to the litigants in the process the volition of an third person who is alien to their consciences, may conflict with the exercise of those in the process of their fundamental due process rights, contradictory, full defense and equality, to culminate in the obstruction of the democracy within one of the republican powers. Moreover, in urgency situations, provide to the defendant the form and the time designed to his manifestation, and more than that, to his integration into the process by the full exercise of their rights to full defense, to contradictory and equality, may imply the impossibility of the right of action of the plaintiff, also essential, as well as the obliteration of the object of action whose right is exercised. While it is notorious the procedural dilemma currently faced by the subjects of the process, between ensure one or another fundamental right - has long overcome by the doctrine in favor of the plaintiff - the possibility of simultaneous and effective guarantee of the right of action of the plaintiff, the litigators right to contradictory, full defense and equality, and to the material right in dispute, implies in flagrant violation of due process when uttered interlocutory decisions without hearing the defendant.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 O PROCESSO ADEQUADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 17 |
| 1.1 A relação jurídica processual, o instrumentalismo do processo e a sua insuficiência: o papel do juiz..... | 17 |
| 1.2 O processo como procedimento em contraditório e a sua adequabilidade ao Estado Democrático de Direito: o papel do juiz..... | 23 |
| 2 AS GARANTIAS PROCESSUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O AUTOR E PARA O RÉU..... | 29 |
| 2.1 O direito à jurisdição, o direito de ação e o direito à efetividade dos provimentos jurisdicionais..... | 29 |
| 2.2 O direito ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia..... | 35 |
| 3 EFETIVIDADE E (OU) LEGITIMIDADE? O dilema processual da democracia no Poder Judiciário..... | 43 |
| 3.1 A decisão interlocutória <i>inaudita altera parte</i> como meio inescapável de garantir efetividade ao provimento final..... | 50 |
| 3.2 A decisão interlocutória <i>inaudita altera parte</i> como óbice à legitimidade democrática no processo..... | 54 |
| 4 A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i> É INCONSTITUCIONAL..... | 59 |
| 4.1 A possibilidade de igual garantia às partes de incolumidade do objeto da demanda, impedimento de dano irreparável ou de difícil reparação e legitimidade democrática no processo..... | 59 |
| 4.2 A forma dos atos processuais e os instrumentos e costumes de comunicação do Século XXI..... | 65 |
| 4.3 A responsabilidade do Estado pela garantia da democracia no processo: o papel do advogado e do defensor público..... | 70 |
| CONCLUSÃO..... | 74 |
| REFERÊNCIAS..... | 78 |

INTRODUÇÃO

Não há no Direito Processual Civil, especialmente o brasileiro, momento em que o juiz tenha diante de si menos elementos trazidos pelas partes, e maior margem de subjetividade, que aquele em que é provocado para proferir uma decisão interlocutória *inaudita altera parte*, nos casos em que há pedido, pelo autor, de tutela de urgência. Não há, em todo o processo civil, possibilidade de exercício da função jurisdicional do Estado, em nome do povo, na qual possa o juiz decidir de forma mais solitária e remota em relação a qualquer noção teórica de contraditório, ampla defesa e isonomia.

Segundo nos diz o artigo 262, do Código de Processo Civil, “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial”¹. Iniciativa de que parte, em que circunstâncias, com quais possibilidades?

Sabemos que a iniciativa da parte somente pode ser originariamente empreendida pelo autor, que propõe a ação em desfavor do réu, partes que ocupam, respectivamente, os polos ativo e passivo da demanda. Quando proposta a ação pelo autor, dá-se início ao processo civil, especialmente, com a descrição, na petição inicial, das causas de pedir remota e próxima, bem como se juntam apenas os documentos selecionados pelo autor, que devem evidentemente servir como prova de verdade das suas alegações.

Dentre as possibilidades deste ato processual, o primeiro de todos os subsequentes, poderá o juiz, principalmente, determinar a citação do réu, determinar ao autor a emenda da petição inicial, indeferir a petição inicial e, mais sensível do que todas essas hipóteses, manifestar-se acerca de eventual pedido de tutela de urgência formulado pela parte, de natureza cautelar ou antecipatória.

Tem-se nos autos do processo, no momento em que deverá o juiz proferir uma decisão interlocutória liminar, uma versão da verdade, produzida pelo autor, sobre fatos ocorridos no âmbito social, geradores de conflito de interesses, que, em regra, segundo o texto da norma ou a norma vigentes ao

¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

tempo da ação, dão ensejo à atuação do Estado, mediante a jurisdição. Evidentemente, a narrativa dos fatos trazidos pelo autor através da petição inicial é parcial e retrata com ênfase as suas interpretações sobre os fatos reputados por ele mesmo como ocorridos, além do que todas as provas até então produzidas, em regra de caráter documental, são cuidadosamente escolhidas pelo seu advogado para se adequarem o melhor possível às suas razões.

Não há nos autos, no momento de ser proferida a decisão interlocutória liminar, nenhuma manifestação do réu senão aquelas que eventualmente, por vontade do autor, tenham sido juntadas como instrução documental do processo, remontantes à relação jurídica material a que remonta a ação, muitas vezes descontextualizadas, editadas, enfim, apresentadas com o natural propósito de convencer o leitor das razões do autor e, nos casos em que há pedido de tutela de urgência, com o propósito igualmente natural de obter do Poder Judiciário o deferimento de pretensão cautelar ou antecipatória.

Deste modo, sozinho diante das alegações do autor e dos documentos que este juntou, o juiz vê-se na posição de decidir, ainda que de modo precário, se deve – ou não – deferir a medida de urgência pedida por aquele, a fim de acautelar o direito que constitui o bem da vida ou de garantir àquele o exercício provisório da sua pretensão, contra o réu, para evitar-lhe a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação. Em ambos os casos, tem-se um mesmo objetivo: garantir que, encerrada a fase decisória do processo, possa o provimento final ser cumprido satisfatoriamente, ou seja, possa o provimento final ser efetivo.

A este procedimento decisório, de caráter precário, dá-se o nome de cognição sumária, em que o juiz, de forma incompleta, é obrigado a manifestar-se sobre os fatos e fundamentos trazidos aos autos exclusivamente pelo autor, a fim de produzir um conteúdo decisório que somente poderia existir, a princípio, como fundamento e dispositivo do provimento final, eis que o seu comando, em essência, resolve o mérito da demanda.

Evidentemente, tanto nos casos das tutelas de urgência de natureza cautelar, quanto nos casos das tutelas de urgência de natureza antecipatória, há requisitos legais prévios, que, antes de funcionarem como legitimadores da decisão para ambas as partes, funcionam, de fato, como filtros de pretensões

urgentes que realmente mereçam este rótulo, ou seja, de pretensões que não podem esperar o proferimento do provimento final para serem decididas em juízo.

No caso das pretensões de urgência cautelares, os tradicionais requisitos são o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que do Latim significam aparência do direito e perigo da demora. Trata-se, neste caso, de um instituto criado como improviso processual para a garantia do próprio processo, notadamente da decisão que culmina a fase decisória, cujas regras visam a conferir-lhe legitimidade com a pretensão, explicitada pela norma e por seu texto, de tornar a decisão interlocutória liminar mais objetiva e distante dos humores de quem vai proferi-la, isto é, de um completo subjetivismo do juiz no trato da tutela de urgência.

Apesar disso, é evidente, na prática judiciária, que os requisitos para o deferimento de uma medida cautelar são, dentre todas as tutelas de urgência, os mais vagos e, pois, permissivos de exercícios livres de consciência por parte de quem vai proferir a decisão, porquanto, ao fim, a consciência de quem julga acaba sendo o “filtro do filtro”, ou seja, quem decide o que é um direito aparente e o que é perigo da demora, por mais amplas que sejam as construções doutrinárias a respeito, acaba sendo o próprio juiz.

Assim, segundo a corrente prática judiciária, cabe ao juiz dizer o que é direito aparente e se este direito aparente corre algum risco pelo decurso do tempo sem que lhe seja oferecida proteção jurisdicional.

Já no caso da mais recente antecipação dos efeitos da tutela de mérito, que está para completar vinte anos em nosso ordenamento, houve preocupação maior na construção do texto da norma, tendo em vista a prática judiciária anterior que, mesmo sem previsão legal, a título cautelar, tinha como possível a antecipação dos efeitos da tutela de mérito com fundamento nos mesmos requisitos daquela espécie de tutela de urgência.

Com efeito, a partir de 1994, buscou-se com o texto da norma prevista pelo art. 273, do CPC, uma filtragem mais criteriosa que aquela promovida até então pelos requisitos de concessão das medidas cautelares. As inovações normativas referentes à tutela de urgência, trazidas pelo citado artigo, importaram, eminentemente, na inserção em nosso vocabulário jurídico das

expressões verossimilhança das alegações e prova inequívoca, além do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Com isso, no caso da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, como se substituísse *fumus boni juris* por verossimilhança das alegações e inequívocidade da prova e *periculum in mora* por fundado receio de dano irreparável, o texto normativo obrigou a análise do pedido desta tutela de urgência a uma filtragem mais restrita.

Verossimilhança das alegações inspira algo além de aparência do direito, pois enquanto algo verossimilhante pode ser considerado concretamente como algo próximo à “verdade”, enquanto a aparência do direito contenta-se conceitualmente com a mera impressão, por leve que seja, de que o direito do autor de fato existe.

Por sua vez, para esta tutela de urgência, não basta a presença de uma alegação verossimilhante, pelo autor, capaz de inspirar com segurança uma boa possibilidade de verdade, mas deve tal alegação ser complementada por prova inequívoca, expressão que torna muito exíguas as possibilidades de deferimento da tutela de urgência porque algo inequívoco é, claramente, algo sobre o qual não pesa nenhuma dúvida, isto é, uma prova incapaz de refutação sobre a “verdade” dos fatos que visa a demonstrar.

Alfim, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela de mérito, não basta uma noção vaga de perigo ao direito objeto da ação por transcurso do tempo, mas sim que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação capaz de tornar ineficaz o provimento jurisdicional de mérito. Quer-se dizer que o autor deve, por texto objetivo e lógico, demonstrar que se a decisão não for proferida imediatamente, ou em curto prazo, poderá sofrer dano irreparável ou de difícil reparação decorrente de lesão ao seu direito.

Se o receio de dano deve ser fundado, objetivamente demonstrado, o dano em si também não pode ser qualquer dano marginal, que não importe em prejuízo capaz de ser qualificado como grave ou irreparável. Este dano, em abstrato, deve realmente ser grave a ponto de inviabilizar o direito de ação do autor como decorrência da extinção do direito de fundo, de caráter material. Percebe-se que a antecipação dos efeitos da tutela de mérito foi pensada como uma tutela de urgência realmente excepcional, distante da até então conhecida

banalização das cautelares antecipatórias, que sob a rubrica dos seus respectivos requisitos permitiam uma margem notavelmente mais extensa para o deferimento das medidas.

Apesar disso, a impossibilidade legislativa de critérios estabelecidos para tornar objetiva, o quanto possível, a decisão interlocutória liminar, não impediu que, tal como nas cautelares, o juiz funcionasse como “filtro do filtro”, pois ao fim quem determina, por critérios subjetivos, o que é um dano grave, o que é fundado receio e, além disso, qualifica determinada narração fática como verossimilhante ou determinada prova como inequívoca, é o mesmo sujeito processual, o juiz, que, notadamente nas decisões interlocutórias liminares *inaudita altera parte*, sabedor da parcialidade das alegações e das provas produzidas pelo autor, desguarnecidos os autos de exercício do contraditório entre as partes, resigna-se em impor a estas a sua consciência, a sua vontade, mediante uma decisão que, além de seguir os critérios legais, precisa seguir os seus critérios pessoais.

Com esta breve introdução sobre as duas principais tutelas de urgência existentes no direito brasileiro, visa-se ao vislumbamento de sua existência como um “puxadinho jurídico”, uma improvisação legislativa para os casos em que efetividade e legitimidade são divorciadas pelo tempo e a sua comunhão supera as possibilidades humanas.

A se imaginar inexistentes as previsões de tutelas de urgência, ter-se-ia a total impossibilidade de medidas cautelares e antecipações dos efeitos da tutela de mérito em todos os casos, principalmente sem que fosse ouvido o réu, e a decisão no processo, apesar de legítima, após a prática de todos os atos processuais até o provimento final, seria inútil nos recorrentes casos em que o “bem da vida” perece antes ou em que o autor sofreu dano irreparável ou de difícil reparação em virtude deste perecimento.

Lado outro, a se imaginar a perpétua manutenção deste estado de coisas, com a resignação de que não há soluções para este dilema entre a efetividade e a legitimidade das decisões, pelo médium do tempo, assumir-se-ia, fatalmente, que na democracia, para sempre, seria imposto ao juiz o ônus de decidir consoante a sua lente da vida, das partes, dos fatos e das provas, num vicioso círculo interminável de decisões subjetivistas que atentam, por mais que queiramos amenizá-las, contra a democracia.

Destarte, mesmo a contragosto, se por um lado não podemos deixar de considerar necessárias as decisões interlocutórias que, nos casos mais sensíveis, devem ser proferidas *inaudita altera parte*, para evitar a inefetividade do provimento final, considerando as normas processuais vigentes, por outro lado o incômodo que nos causam tais decisões, devido ao seu déficit de democracia e de constitucionalidade, impele-nos a buscar soluções possíveis que, concretamente, possam permitir o descarte de uma espécie de decisão incompatível com o exercício adequado pelas partes dos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia.

Assim exposto sucintamente o tema, o problema a ele inerente pode ser resumido à seguinte questão: é constitucional a decisão interlocutória *inaudita altera parte* no processo civil brasileiro, sendo capaz o Estado de proporcionar aos cidadãos um processo civil em que se possam harmonizar, no caso das tutelas de urgência, a efetividade do provimento final e a legitimidade que exsurge do exercício, pelas partes, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia?

Como marco teórico para a seguinte pesquisa foi determinada a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, cunhada, na Itália, por Elio Fazzalari, cujas ideias foram disseminadas e exaustivamente trabalhadas, no Brasil, por Aroldo Plínio Gonçalves e a Escola Mineira de Direito Processual, porquanto, com submissão à crítica, considera-se esta teoria do processo momentaneamente adequada ao Estado Democrático de Direito, apta, portanto, a garantir aos cidadãos um processo jurisdicional adequado à democracia.

O seguinte trabalho é dividido em quatro capítulos, conclusão e referências. No primeiro capítulo abordam-se, principalmente, duas teorias do processo, antagônicas entre si, que expõem o processo civil em duas facetas diversas, destinadas a constituições diversas e, especialmente, a paradigmas diversos, incompatíveis, bem como abordam-se as funções do juiz no âmbito de ambos os cenários, como denominador incomum e principal diferencial teórico.

Estabelecidas definitivamente as bases teóricas do trabalho, mediante a demonstração da necessidade de abandono do velho processo instrumental, subseguida pela adoção de um processo afeito à Constituição, o segundo

capítulo abordará em espécie os direitos constitucionais que conflitam entorno do tempo, para ambas as partes, e fazem gerar, como abordado no terceiro capítulo, o dilema entre efetividade e legitimidade que envolve a decisão interlocutória *inaudita altera parte*.

Por fim, ao abordar este dilema sob o prisma da forma dos atos processuais no processo brasileiro e da responsabilidade do Estado pela garantia da democracia, o quarto capítulo debaterá sobre a (in)constitucionalidade das decisões interlocutórias *inaudita altera parte*.

1 O PROCESSO ADEQUADO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 A relação jurídica processual, o instrumentalismo do processo e a sua insuficiência

Na Alemanha do Século XIX, dois anos após a Guerra Austro-prussiana, travada em 1866, que importou na vitória prussiana e em seu domínio sobre o território alemão², houve a grande reviravolta do processo civil aplicado, sobretudo, aos países cujos ordenamentos jurídicos surgiram sob inspiração do sistema romano-germânico, como é o caso brasileiro.

Com genuíno orgulho, Cintra, Grinover e Dinamarco³ afirmam que em 1868, Oskar von Bülow, ao publicar Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias, fez a todos perceber que há em qualquer processo uma força que dá ensejo à sua existência e justifica, em seu âmbito, a prática de atos processuais que põem em contato os sujeitos do processo.

Nascia, assim, para o Direito do Século XIX, a noção de que estes atos processuais, que põem as partes em contato, criam entre os sujeitos processuais uma relação jurídica distinta da relação jurídica material, capaz de perpassar o autor, o réu e o juiz, tendo ao fundo a sustentação de um direito material sobre o qual pendem os interesses controvertidos manifestados pelas partes a seu respeito. Eis, então, a relação jurídica processual.

O estudo do Direito Processual Civil ao longo do tempo faz-nos perceber que a teoria do processo como relação jurídica foi fundamental para trazer ao Século XIX, e posteriormente ao século XX, um processo adequado às instituições da época, que a respeito dele ainda trabalhavam sob as antigas bases civilistas, cujos expoentes mais recentes eram Savigny e Guényvau, para entendê-lo com simples prolongamento do direito civil, de caráter privado⁴.

² KITCHEN, Martin. *História da Alemanha moderna: de 1800 aos dias de hoje*. Trad. Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 122.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 309-310.

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 78.

Para entender exatamente como funciona a teoria do processo como relação jurídica é preciso reconstruir o estado de coisas para o qual ela foi criada, no Século XIX, e estudar os seus aspectos essenciais em detalhes, notadamente no que diz respeito às funções públicas do Estado, às exceções processuais e aos seus substitutos, os pressupostos processuais.

Entre 1864, quando era professor de Direito Processual Civil em Giessen, depois de lecionar até 1865 em Heidelberg e antes de lecionar em Leipzig⁵, até 1868, ano da publicação de sua obra de referência, Bülow vivia na efervescente Alemanha pré-unificação, tendo vivido duas guerras em apenas dois anos, a Guerra dos Ducados, em 1864, e a Guerra Austro-prussiana, em 1866, antes que, após a terceira guerra – Franco-prussiana, de 1870 –, Otto von Bismarck, o “chanceler de ferro”, junto com o imperador Guilherme I, dessem início ao II Reich Alemão, quando, pela primeira vez, a Alemanha foi unificada⁶.

Neste tempo, já durante o Império Alemão, as ideias de Bülow sobre o processo floresceram e se disseminaram por todos os países que adotavam, à época, o sistema romano germânico, bem como, na própria Alemanha, tornaram-se referência em Direito Processual Civil, numa época em que – final do Século XIX – também florescia a jurisprudência dos interesses, formulada por Jhering e desenvolvidas por Heck⁷.

Desta forma, André Cordeiro Leal, ao identificar o compartilhamento histórico entre o Processo de Bülow e o surgimento da Escola do Direito Livre, ligada ao positivismo utilitarista da jurisprudência dos interesses, expõe que:

Nesse mesmo ambiente histórico em que Bülow colocava em xeque a validade da referida Jurisprudência dos Conceitos, de Puchta, surge também, ainda de forma embrionária, e com objetivos semelhantes às propostas Bülowianas, o que se denominou posteriormente Jurisprudência dos Interesses⁸.

⁵ ALEMANHA. Universität Leipzig. Professorenkatalog der Universität Leipzig: *catalogus professorum lipsiensium*. Disponível em: http://www.uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/leipzig/Buelow_764/. Acesso em 25 de janeiro de 2013.

⁶ KITCHEN, Martin. *História da Alemanha moderna: de 1800 aos dias de hoje*. Trad. Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 122.

⁷ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 45.

⁸ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 46.

Neste mesmo sentido, é importante o que ensinam Arnaud e Dulce, acerca da comunhão entre Bülow e Jhering, como fundamento para o surgimento e desenvolvimento da Escola do Direito Livre⁹:

A *interessenjurisprudenz* (Jurisprudência dos Interesses, final do Século XIX e início do XX), outra corrente crítica ante o “formalismo conceitual” é considerada, também, como já se mencionou, como precursora, na Alemanha, do Movimento do Direito Livre. Ao aderir ao positivismo não normativo, esta corrente visou a dar o primeiro passo em direção à sociologização do pensamento jurídico por meio de sua crítica à *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos) e ao excesso de formalismo conceitual e do uso da lógica no desenvolvimento do método jurídico. Rudolf von Jhering (1818-1892) foi quem a iniciou, durante o período que se chama segunda etapa do pensamento, fase esta dominada pelo princípio da jurisprudência prática¹⁰.

Por outro lado, o texto constitucional vigente em 1868, data de publicação da obra prima de Bülow, era a Constituição da Confederação Germânica do Norte, de 1867, que, apesar de sua substituição, após a unificação da Alemanha, pela Constituição Alemã de 1871, não sofreu significativas modificações, porquanto partilharam o seu principal redator, Otto von Bismarck, razão porque a Constituição Alemã de 1871 ficou conhecida como a “Carta Bismarckiana de 1871”¹¹, bastante similares, inclusive, à Constituição Prussiana de 1850¹².

Assim, é importante demarcar que Bülow escreveu “Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais” antes da Constituição de Weimar, que substituiu a Constituição de 1871, de modo a demonstrar adiante, a partir da abordagem do papel do juiz no processo segundo a relação jurídica processual, que embora tenha proposto a teoria da relação jurídica durante a vigência do Estado Liberal na Alemanha, Bülow estava à frente de seu tempo, para propor uma teoria capaz de sustentar todo o processo civil no âmbito do Estado Social.

⁹ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 47.

¹⁰ ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 75.

¹¹ KOCH, Hannsjoachim Wolfgang. *A constitutional history of Germany in the XIX and XX centuries*. New York: Longman, 1984, p. 122.

¹² GUEDES, Marco Aurélio Peri. Direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. *In Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*. Ano III, número 4. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 136.

É importante, neste ponto, determinar a obra e o seu autor, historicamente, segundo os paradigmas de Estado em que estiveram devidamente inseridos, porque a demonstração da inadequabilidade atual da teoria da relação jurídica, e de seu subsequente instrumentalismo processual, perpassa justamente pelas diferenças sobre o direito entre um e outro paradigma de Estado.

Inicialmente, afigura-se importante a introdução do significado de paradigma, que nos é bem dada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, com inspiração em Thomas Kuhn, que assim expôs:

O termo “paradigma” foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea com o sentido, por exemplo, utilizado por Gomes Canotilho, ou seja, como *consenso* científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo, a partir do conceito concebido por Thomas Kuhn:

Paradigmas são realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência¹³.

Estas conclusões, de Cattoni e Kuhn, acerca do que se deve entender, em Direito, por paradigma, levam-nos ao entendimento, inicialmente, de que a mudança paradigmática entre a Constituição Alemã de 1871 e a Constituição de Weimar, de 1919, importou, necessariamente, nas mudanças de consensos científicos – inclusive jurídicos e filosóficos –, de métodos de compreensão do mundo e, portanto, de soluções modelares para a comunidade entre o Estado Liberal e o Estado Social, respectivamente.

Neste ponto é possível, de antemão, vislumbrar que, em relação ao Brasil, cuja atual Constituição, de 1988, instituiu o paradigma do Estado Democrático de Direito, em substituição ao superado Estado Social, a teoria de Oskar von Bülow, forjada durante a vigência do Estado Liberal, com vistas à aplicação no Estado Social, não pode compartilhar dos consensos científicos de compreensão do mundo atuais se, de todo modo, não for harmonizada ao novo paradigma.

A mudança paradigmática, por sua vez, não acontece por acaso, tampouco por caprichos infundados de quem eventualmente ocupa o poder,

¹³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 52.

mas por esgotamento das possibilidades e das soluções oferecidas pelo paradigma vigente em decorrência de novas ou refinadas demandas sociais que emanam naturalmente da sociedade.

Cíntia Lages, com precisão, explica este quadro no caso da mudança paradigmática do Estado Liberal para o Estado Social, pelos seguintes motivos:

A passagem do paradigma do Estado Liberal ao Estado Social ocorre em função das demandas sociais, as quais o Estado Liberal mostrou-se completamente incapaz de responder. A mera previsão em textos constitucionais dos princípios da igualdade, liberdade e propriedade não foram suficientes para que os mesmos fossem garantidos.

Significa dizer que se mudou paradigmaticamente o Estado porque as demandas sociais superaram as possibilidades do Estado vigente, que se tornou anterior a um novo Estado garantidor aos cidadãos dos novos direitos sociais, sendo a supracitada Constituição de Weimar um dos grandes expoentes da superação do Estado Liberal por um Estado dominado pela atividade governamental ostensiva, muito diversa de sua atuação anterior, sob um paradigma que pregava a sua intervenção mínima como concretizador de direitos.

Nesta senda, Menelick de Carvalho Netto acentua que os chamados direitos de segunda geração, trazidos em perspectiva pelo novo Estado Social de Dreito, importaram não apenas na reafirmação dos direitos de primeira geração, gerados para o Estado Liberal, mas em sua ressignificação como condição de possibilidade aos novos direitos, de modo que liberdade e igualdade deixaram de ser formais para serem, por meio de atuação do Estado, materializados¹⁴.

Todavia, a atuação ostensiva de um Estado interventor, em busca de proporcionar aos cidadãos um modo de vida materialmente digno e confortável, que muito bem serviu para romper com o paradigma anterior de forma eficiente, mostrou-se, todavia, com o desenrolar dos fatos sociais, inadequada a novos anseios emergidos da sociedade – que além da vida boa, queria democracia. Com destaca Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, p. 473-486, maio de 1999.

No esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os de luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a “nova esquerda”, a chamada esquerda não-estalinista, a partir de duras críticas tanto ao Estado de Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão *Estado Democrático de Direito*¹⁵.

Assim como na Alemanha, em 1919, houve o rompimento do paradigma de Estado Liberal e a formação do novo Estado Social, no Brasil, em 1988, houve o rompimento deste estado Social para o surgimento, sob novas diretrizes normativas, do Estado Democrático de Direito, que nos trouxe novos direitos e a releitura teórica dos direitos acumulados durante a vigência dos paradigmas anteriores.

Nesta senda, consoante ressalta Flaviane de Magalhães Barros:

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito introduzem-se os denominados “direitos de terceira geração”, compreendidos como direitos e interesses difusos, como o direito a um meio ambiente saudável, ou, ainda, direitos do consumidor.

O Estado passa a ser questionado e fiscalizado a partir da organização da sociedade civil, que exige a sua constante participação no debate tanto das coisas públicas como de seus interesses fundamentais.

Diante disso, o grande aspecto a ser destacado neste paradigma de Estado, em relação ao modelo de Estado Social que tínhamos ultimamente implantado no Brasil pela Ditadura Militar, oriunda do Golpe de 1964, é a possibilidade de irrestrita fiscalidade do Estado pelos cidadãos, como corolário lógico dos efeitos de um Estado democrático, em que todo o poder emana do povo.

Em suma, se no Estado Liberal tínhamos cidadãos assistidos por liberdade e igualdade fictícias, incapazes de desfrutar, em sociedade, um modo de vida digno, e um Estado inoperante e ineficaz; no Estado Social tínhamos um poder estatal interventor, inclusive, das liberdades individuais e impeditivo da autonomia dos cidadãos; no Estado Democrático de Direito passamos a ter um Estado que só age segundo a legitimidade democrática que lhe é conferida

¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 62.

pelo povo, através de seus representantes eleitos, e de instituições no âmbito das quais ao povo é conferido o direito de decidir as questões que lhe dizem respeito, de decidir o seu destino mediante participação ativa e democrática, assegurada pelo próprio Estado.

Estas significativas mudanças produziram, também no campo do Direito Processual Civil, profundas alterações de natureza teórica, pois, como se vislumbrou até o momento, e se poderá conferir adiante, a teoria do processo como relação jurídica, de 1868, forjada para um paradigma de Estado Social, mostrou-se insuficiente para conferir aos cidadãos, notadamente no âmbito do Poder Judiciário – mas não apenas – possibilidade de espaço para o exercício da democracia como forma de autodeterminação.

Com tais informações, é possível compreender, finalmente, a inadequação da teoria da relação jurídica ao paradigma de Estado Democrático de Direito, que notoriamente, ainda hoje, é a vedete da doutrina brasileira e considerada pela maioria dos processualistas capaz de suportar o ônus que lhe exige a Constituição da República de 1988, ou seja, de proporcionar aos cidadãos democracia no processo, mediante o adequado exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Em retomada ao que brevemente se disse antes sobre a teoria da relação jurídica de Bülow, o seu autor a concebeu a partir da percepção de que, além da relação jurídica de direito material que eventualmente se tornava controvertida do ponto de vista dos interesses antagônicos das partes, constituía-se entre estas, após a formação do litígio em Juízo, perante o Estado, uma nova relação, posterior, mas paralela àquela relação jurídica remota, que possuía natureza estritamente processual e, pois, se desvinculava da primeira relação, de caráter material¹⁶.

Vem a calhar descobrir, então, o porquê, como pano de fundo, dessa diferenciação entre duas relações jurídicas, uma de direito privado, material, outra de direito público, processual, que confere à teoria tanta importância e, ao mesmo tempo, identifica-a como pertencente a um paradigma de Estado ultrapassado, incapaz de satisfazer as exigências da Constituição da República para a sua aplicação ao processo civil brasileiro.

¹⁶ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 1-17.

Para a resposta a esta questão, André Cordeiro Leal ressalta muito bem, a partir das expressões que compõem o título da principal obra de Bülow, e que são a chave mestra para toda a teoria do autor, bem como com amparo complementar em “A lei e a função jurisdicional” (*gesetz und richteramt*), de 1885, que a relação jurídica trouxe como inovação ao processo, principalmente, a vinculação subjetiva e volitiva das partes ao Estado, representado pelo juiz, como forma de comandar o fazer e o não-fazer dos cidadãos através da jurisdição.

Assim André Cordeiro Leal reproduz este entendimento:

É a leitura, portanto, de *Gesetz und Richteramt*, de 1885, que permite entender, em sua integralidade, a proposta de Bülow, cujo núcleo já estava presente em seu texto sobre as exceções processuais de 1868, mas que, não obstante, só fora exposta de forma sistemática dezessete anos depois.

Somente a partir dessa última obra é que Bülow se deixa compreender amplamente, tendo em vista suas cogitações sobre a importância da magistratura na criação do direito a justificar o necessário reforço do poder da classe privilegiada dos juizes, sem os quais não seria possível o resgate da nação alemã da anomia em que se lançara em determinadas fases da sua história.

Torna-se compreensível, nesse passo, o motivo pelo qual o processo não poderia mesmo ser abordado por Bülow das perspectivas privatísticas do contrato ou quase-contrato, mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juizes¹⁷.

Em complemento deste entendimento certo explicado por André Cordeiro Leal, Karl Larenz resumiu a tentativa de Bülow como que “toda a decisão judicial é uma atividade *criadora*, dirigida pelo conhecimento”¹⁸, isto é, uma atividade criadora do juiz, dirigida pelo seu conhecimento, pela sua visão de mundo, pela sua subjetividade, alfim imposta às partes como um fazer ou não-fazer alheio às suas vontades, em coesão com a vontade estatal.

Bülow corrobora essas assertivas de modo contundente, eufórico até, a não deixar dúvidas de que a teoria da relação jurídica do processo é voltada especialmente para a atividade de julgar, entendida como aposição frente às partes, pelo juiz, de um entendimento do caso à sua maneira, como imposição

¹⁷ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 59-60.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 79.

das diretrizes estatais aos cidadãos e, em último caso, determinação de seu modo de vida.

Eis como diz Bülow:

Nesse sentido, posso me dedicar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juizes, bem como de justificá-la integralmente não diste muito do que os outros, mesmo que silentes, também entendem como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juizes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime a sua profissão!¹⁹

Ao compreender e explicitar a o entretencimento da lei com as decisões judiciais, Bülow vai além, ao ponto de dizer que o juiz não se submete às leis, pois, como criador do direito, portador do poder estatal, tem em suas decisões a consubstanciação da força que emana da própria lei, não havendo se falar em decisão ilegítima aquela que despreza a lei para impor às partes a verdade emanada da consciência do juiz frente ao caso concreto.

¹⁹ BÜLOW, Oskar von. Gesetz und Richtertamt. *In Juristische zeitgeschichte – Kleine Reihe – Klassische Texte*. Berlin: Berliner wissenschaftliche-Verlag GmbH, 2003. V. 10. p. 6.

3 EFETIVIDADE E (OU) LEGITIMIDADE? O dilema processual da democracia no Poder Judiciário

3.1 A decisão interlocutória *inaudita altera parte*²⁰ como meio inescapável de garantir efetividade ao provimento final

No Brasil, as tutelas de urgência²¹ resumem-se à tutela de natureza cautelar e à tutela de natureza antecipatória do direito material buscado pelo autor em Juízo, a primeira para assegurar a utilidade do provimento final, a segunda para satisfazer provisoriamente a pretensão do autor, a fim de evitar-lhe dano irreparável ou de difícil reparação.

A mais destacada diferença entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória é aquela visar à garantia ao autor da incolumidade de seu direito de ação, enquanto esta ter como escopo imediato o próprio mérito da ação, como forma de realização positiva do pedido enquanto sequer foi iniciada a fase instrutória do processo, quanto menos existente o provimento final²².

Com efeito, por decorrência lógica do comando normativo do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, que consagra a inafastabilidade da jurisdição até mesmo pelo Poder Legislativo, não poderia o Estado, ao passo que garante genericamente ao cidadão o direito de ação, deixar de habilitar ao seu favor medidas eficazes que garantam, nos casos de urgência, a utilidade dos provimentos jurisdicionais.

²⁰ Sobre a correta nomenclatura, em latim, desta espécie de decisão, Cândido Rangel Dinamarco diz que: “constitui erro bastante grosseiro dizer *inaudita altera pars*, porque essa última palavra é caso nominativo do vocábulo latino *pars, partis* e, como todo nominativo, só se emprega quando se trata de designar o sujeito de uma oração. Na locução *inaudita altera parte* todas as palavras estão no caso ablativo (ablativo absoluto). Aos que não tiveram oportunidade de estudar Latim e portanto não tenham familiaridade com os conceitos aqui expostos, basta saber que não devem jamais dizer *inaudita altera pars*. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009.

²¹ Cassio Scapinella Bueno, por conceitos bem construídos, define a tutela cautelar como “tutela jurisdicional provisória e instrumental concedida com o objetivo principal de resguardar o resultado útil da tutela jurisdicional definitiva”, enquanto define a tutela antecipatória como “classificação da tutela jurisdicional que leva em conta o momento de sua prestação. Liberação dos efeitos típicos da tutela jurisdicional por determinação do magistrado.” BUENO, Cassio Scapinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 25ª ed. São Paulo: Leud, 2010, p. 23-24.

Neste sentido, a medida cautelar resguarda indiretamente a satisfação buscada pelo autor em sua ação e, diretamente, o direito de ação, porquanto não importa na materialização do pedido em favor da parte, mas na garantia de o direito circunscrito ao pedido estar intocado no momento em que proferido o provimento final, enquanto a antecipação de tutela resguarda diretamente a satisfação buscada pelo autor em sua ação e, indiretamente, o direito de ação, pois desde logo, quando deferida, poderá o autor gozar daquilo que pediu sem que haja, nos autos, provimento final cujo dispositivo tenha transitado em julgado.

Apesar de dúplice a natureza da tutela de urgência no Brasil – cautelar e antecipatória –, as suas hipóteses de manifestação estão além daquelas previstas no Código de Processo Civil, seja pelo seu Livro III, seja pelo artigo 273, respectivamente, ou mesmo pelos seus procedimentos especiais, eis que várias são as leis especiais que, em seu âmbito, trazem hipóteses peculiares tutelas de urgência. Por exemplo, citem-se as leis que normatizam infraconstitucionalmente o mandado de segurança e a ação direta de inconstitucionalidade.

De todo modo, não importado qual seja a medida de urgência pedida pelo autor em sua inicial, se de natureza cautelar ou antecipatória, se prevista no CPC ou em leis especiais, poderão ser proferidas as seguintes decisões interlocutórias: 1) determinar o juiz ao autor que junte aos autos determinado documento, a fim de proferir decisão *inaudita altera parte*; 2) proferir o juiz, desde logo, decisão *inaudita altera parte*; 3) determinar o juiz a citação do Réu, para, somente após juntada aos autos a sua defesa, ou certificada a sua revelia, proferir decisão interlocutória ou; 4) determinar o juiz audiência de justificação, para somente após proferir decisão interlocutória.

Sendo assim, o proferimento de decisões interlocutórias *inaudita altera parte*, sobre tutelas de urgência, é uma realidade notória no direito processual brasileiro, especialmente quando, em regra, tais decisões são proferidas como forma de garantia ou resguardo de direitos fundamentais²³. Definitivamente, há

²³ “Uma das formas de concretização liminar dos direitos fundamentais é justamente a tutela antecipada *inaudita altera parte*, o que confere relevância a esta técnica na atualidade”. PRATES, Tatiana Maria Oliveira; SAFFI, Paulo Henrique Oliveira; MAGALHÃES, Demian da

situações, nas cautelares e nas antecipatórias, que ensejam a imediatividade de um provimento interlocutório garantidor ou efetivador de um direito.

Mas, ao se tratar de uma decisão gravosa ao Réu, que, além de estabelecer a seu desfavor determinada ação ou omissão, antes do trânsito em julgado do dispositivo da sentença, promove a supressão de sua manifestação anterior a ela, é preciso perquirir a sua razão de existência, notadamente por causa de sua excepcionalidade no Direito brasileiro²⁴, ou seja, permitida apenas quando, de todo modo, não puder ser o réu ouvido em juízo sem prejuízo ao objeto da tutela de urgência.

Sobre isso, como forma de trazer para as decisões interlocutórias *inaudita altera parte* uma legitimidade incontestável, a quase totalidade da doutrina, senão toda ela, entende que nos casos em que a decisão interlocutória *inaudita altera parte* se afigura indispensável, porque poderia o réu frustrar a medida determinada na decisão, ou poderia o tempo para a oitiva do réu inviabilizá-la, não há se falar em ofensa ao contraditório, mas tão somente em sua postergação.

Neste sentido, por exemplo, antes mesmo da reforma do Código de Processo Civil de 1994 que, pela Lei nº 8.952/94, instituiu em nosso processo a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, Nelson Nery Jr. já asseverava que:

A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou também quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente ao contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento²⁵.

Na mesma toada, ao se manifestar sobre a redação dada ao art. 273, do CPC, pela lei nº 8.952/94, Luiz Guilherme Marinoni, após reiterar os mesmos argumentos de Nelson Nery, que são comuns à doutrina em processo civil, afirmou ainda que:

Cunha Pereira França. *Das formas de Estado à constitucionalidade democrática* In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público, e União na constitucionalidade brasileira: Significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo medium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 377-415.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista Forense*. V. 375, p. 81-102, Rio de Janeiro, set. de 2004.

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. *In Revista dos Tribunais*, 1995, p. 58.

O próprio artigo não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável²⁶

Temos, então, três razões de existência, segundo a doutrina de processo, para o proferimento de decisões interlocutórias *inaudita altera parte*. São elas: 1) possibilidade de frustração da medida pelo réu, caso dela ciente; 2) nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo; 3) quando a urgência do caso impor a necessidade de concessão imediata da tutela.

A primeira delas parece, mais que um motivo de cautela, presumir genericamente a má-fé de todos os que tiverem ajuizadas contra si ações que contenham pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito sem a oitiva da parte contrária, pois parte da premissa que, uma vez podendo, todo réu empreenderá artifícios de má-fé para o cumprimento de um provimento jurisdicional.

Com efeito, este argumento implica em suprimir do réu o seu direito ao contraditório e, no esteio deste direito, a ampla defesa e a isonomia que lhe são inerentes, apenas pela possibilidade de que ele possa, uma vez ciente dos termos do processo, notadamente da decisão, algo que, além de dar ao autor razão sem ouvir o réu, ainda que precariamente, importa numa predefinição negativa, em juízo, da pessoa do autor.

A segunda das razões para a existência da decisão interlocutória *inaudita altera parte*, nos casos de urgência, faz tanto sentido quanto a primeira, ou seja, pouco ou nenhum, pois aduz que simplesmente pelo fato da norma – ou seria o seu texto? –, por si só, não ser capaz de regular todas as situações humana em sociedade, deveríamos então confiar ao juiz fazê-lo, necessariamente, sem a manifestação do réu a respeito.

Por fim, a terceira e última das razões acima aduzidas traz ao debate aquele motivo que realmente pode nos convencer, a depender do caso concreto, sobre a necessidade de ser proferida decisão interlocutória *inaudita altera parte*, isto é, o tempo, que é dividido em dois aspectos, o primeiro

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 60.

referente ao período em que a medida de urgência, seja cautelar ou antecipatória, deve ser efetivada para que tenha eficácia e para que garanta ao autor a incolumidade do direito objeto da ação ou a sua satisfação, para seja evitado dano grave, impossível ou difícil de reparar, o segundo referente ao período necessário para que o réu se manifeste sem que o objetivo da tutela de urgência seja frustrado.

1. ACESSO À JUSTIÇA

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 7)

1.1 Acesso à justiça no Estado Liberal

O Estado Liberal, remontante ao pensamento de John Locke, era caracterizado pela ansiedade da recém-iluminada classe burguesa de sair da tundra à qual fora relegada durante o vigor do absolutismo e do Estado-Igreja, que se impuseram soberanos desde a derrocada de Roma até o surgimento dos estados nacionais. Foi o berço da nossa sociedade pós-moderna.

Este Estado foi primado a partir dos princípios capitalistas de não-intervenção, do *laissez-faire*, “deixa fazer”. O capital a tudo regulava, e o Estado não intervinha nas relações sociais, sendo mero espectador dos acontecimentos e garantidor, somente, da manutenção da ordem e da segurança pública (CANOTILHO *apud* SOARES, 2004).

Foi nesse tempo, após a *Magna Charta*, que surgiram os direitos de primeira geração. Estes, para Celso de Mello (1995), são direitos civis e políticos, que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais.

O direito e a sua aplicação, nessa época, eram condicionados à capacidade individual dos cidadãos, que tinham o direito formal de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI E GARTH, 1988).

Assim, se alguém tivesse um direito, mas não tivesse condições de buscá-lo, então desprezado estaria da justiça. O Estado não podia agir em prol da acessibilidade à justiça por aqueles que a esta não pudessem alcançar pelas próprias forças, pois era preso pela não-intervenção (CAPPELLETTI E GARTH, 1988).

O juiz, por sua vez, era sujeito processual responsável por interpretar gramaticalmente o direito posto. A legalidade institucionalizadora de limites negativos era o único ponto de partida e objeto de conclusão para as decisões

judiciais (ALBINO, 2009). Não havia participação das partes na construção das decisões judiciais, em proveito do absoluto *narra mihi factum, dabo tibi jus*, sem interlocução com os destinatários do provimento jurisdicional, e da submissão incondicional à lei tal como escrita. Na verdade, quem *dava* o direito, de fato, era a lei posta, o juiz era somente o seu aplicador, vinculado aos seus termos e incapaz de ir além dos seus limites.

Sendo o direito vigente permissivo de um processo no qual era justo a todo cidadão propor e contestar uma ação, numa ordem condicionadora do individualismo, pouco sobrava para a atuação do advogado, a despeito de ser este um dos principais atores do discurso no processo, tema este não presente como fundamental neste paradigma (SOARES, 2004).

A advocacia, portanto, figurava como atividade elitista, a qual se apegava à técnica da literalidade da lei. E não havia espaço para além. O Estado se mantinha numa postura negativista, pois seu escopo, naquele paradigma, era intervir o mínimo, e o fazia apenas para garantir que os direitos não fossem violados, sem agir em prol de sua prévia salvaguarda (SOARES, 2004).

Poder-se-ia dizer que havia uma hierarquia entre o juiz, o advogado e as partes. De fato, no paradigma do Estado Liberal, o juiz era o centro de todas as coisas; as partes, e os advogados, eram sujeitos coadjuvantes do coadjuvante principal, meros assistentes à espera das aplicações mecânicas da lei (LEAL *apud* SOARES, 2004).

Vê-se até aqui que a justiça, no berço da nossa civilização dos estados nacionais, foi pensada para assistir somente àqueles que tinham condições de bancá-la. O acesso ao processo, ao Poder Judiciário e ao ato final daquele estava condicionado somente à capacidade financeira das partes.

Mas esse modo de pensar, dominante nos séculos XVIII e XIX, entrou em declínio, até o seu inteiro colapso. A densidade populacional já não mais comportava um Estado cego e indivíduos que agiam por si com a força de suas propriedades. A lei dos lobos seria suplantada pelas novas leis de um Estado-pai.

As sociedades complexaram-se, e, com o surgimento das numerosas relações escalonadas de interdependência e subordinação, não mais se mostrou possível a sustentação de um sistema que apenas proclamava os

direitos, mas não os garantia com ações interventivas e parciais em favor daqueles impossibilitados materialmente de acessar a justiça (CAPPELLETTI E GARTH, 1988).

Surgiu, portanto, um novo paradigma estatal, que, ante ao fracasso do Estado Liberal, passou a buscar o seu oposto como ideal. Homens deveriam deixar de serem lobos dos homens. A sociedade não era capaz de se autorregular, o Estado precisava intervir. Sai de cena o privado, entra o público. Foi o nascimento do Estado Social.

1.2 Acesso à justiça no Estado Social

A justiça no Estado Social rompe com o formalismo, para colocar o processo definitivamente como um instrumento da jurisdição (FERNANDES e PEDRON, 2008). Agora não mais temos um Estado apenas garantidor do direito, mas temos um Estado realizador do direito, que intervém nas relações processuais para tentar instituir igualdade entre as partes e garantir a todos o “acesso à justiça”.

Não houve uma evolução, mas um salto, uma *troca de paradigmas*, do Estado Liberal para o Estado Social (CARVALHO NETTO *apud* PEDRON, 2009). O Estado Social, portanto, não surgiu do Estado Liberal, mas sim de bases próprias que substituíram o Estado Liberal.

O direito, como reflexo do Estado, não deixou de acompanhar esse movimento, para metamorfosear-se num novo conjunto de garantias, as quais passaram a ser um poder-dever do Estado de não somente garantir o exercício do direito, mas de efetivá-lo através de políticas públicas concretas de inclusão.

Junto com o novo paradigma estatal – o do bem-estar social – veio uma gama de novos direitos, para ampliar o rol das garantias oferecidas pelo Estado Liberal. São os direitos de segunda geração, os quais, nos ensinamentos de Celso de Mello (1995), são “direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas”.

De fato, é nesse novo modelo de Estado que surgem os direitos sociais e coletivos (ALBINO, 2009). O direito é materializado, para real “implementação” daquilo que outrora era somente formal.

Definitivamente, no *iter* do processo, o principal diferencial entre os paradigmas – liberal e social – é a mudança de postura do Estado no que tange ao tratamento dispensado às partes e às suas peculiaridades. Surge neste Estado de coisas a célebre máxima de “tratar desigualmente os desiguais na medida exata de suas desigualdades”. Já não mais se considerava real a ficção de que todos os homens eram absolutamente iguais, independente de suas posses ou conhecimentos.

Quanto aos personagens dos litígios. Neste contexto a capacidade decisória do juiz é ampliada. O juiz, de figurante principal, máquina de aplicar a lei, passa a ser a principal figura *ativa* do processo. Já não mais se demandava do magistrado a aplicação cega da norma ao caso, mas eram a si concedidos poderes de interpretação extensiva. O juiz passou a se valer de raciocínios teleológicos, históricos e sistêmicos para analisar a lei frente ao caso, através do *instrumento* chamado processo, e dar sua decisão, a partir do seu livre convencimento sobre os elementos contidos nos autos, além de suas percepções sociais e suprajurídicas (CARVALHO NETTO *apud* SOARES, 2004).

Entretanto, algo do Estado Liberal permanece no Estado Social, no que tange à figura do juiz. Tanto lá, no Liberal, quanto cá, no Social, a atividade decisória, de provimento, continua a centralizar na figura do juiz todos os holofotes. Nas palavras de Soares (2004), “a atividade jurisdicional continua sendo o centro do interesse”. E isso ocorreu embora, saliente-se, tenha o juiz trocado sua passividade de somente aplicar a lei para poder agir como sujeito processual, ao decidir, à luz da lei, conforme sua *consciência*.

A advocacia também mudou. Com a criação dos direitos sociais, a atividade, que antes era elitista e individualista, ganha contornos plurais e mais abrangentes. Se por um lado o advogado constituía-se como instrumento de aplicação da lei, também assumia a incumbência de ser agente em prol da pacificação dos cidadãos, catalisador da “paz social” (SOARES, 2004).

Apesar da amplificação dos poderes e atribuições desses agentes processuais – juízes e advogados – com todas essas mudanças percebeu-se

que o juiz manteve-se no mesmo pedestal que ocupava no paradigma do Estado Liberal, e, além, ganhou o maior de seus “poderes”, o da autonomia de consciência para aplicação do direito, de decidir conforme sua “convicção” (livre convencimento) e não mais, tão somente, conforme a letra da lei.

O advogado, por sua vez, nos dizeres do prof. Carlos Henrique Soares, em palavras que, por não se encontrar melhores, transcreve-se, *in verbis*:

Passa a ser considerado elemento inviabilizador do “acesso à justiça”, e portanto, *dispensável*, em determinados casos previstos, pois onera de forma substancial o processo. Não obstante a isso, a assistência judiciária passa a ser fomentada pelo Estado, para facilitar o “acesso à justiça” naqueles casos em que se exigia a participação de um advogado. (2004, p. 60)

E já a partir dessas mudanças, consoante se aprofundará adiante, não se pode deixar de começar a questionar a que ponto se pode chegar para garantir o “acesso à justiça”, bem como não se pode deixar, à luz dessas novas teorias, de imaginar as hipóteses da resposta, se à custa da dispensa do advogado, se à custa da simplificação dos procedimentos, que importa em simplificação (leia-se redução) das garantias fundamentais do processo (ampla defesa, isonomia e contraditório), se à custa da qualidade das decisões, se à custa da legitimidade destas ou, no resumo de todas as hipóteses elencadas, se à custa dos próprios direitos que, individualmente, se discute.

2.2.1 Os problemas do acesso à justiça no Estado Social – a herança do Estado Liberal

Aqui os contornos de acesso à justiça no novo paradigma devem ser ressaltados. Cappelletti e Garth (1988) dão largo enfoque àquele que, até então, havia se mostrado o grande vilão do acesso à justiça: o custo. E este custo, pela natureza do novo Estado, deveria ser por este (o Estado) suportado, alternativas à imposição do ônus aos financeiramente hipossuficientes deveriam ser implantadas. E assim o foi.

A assistência judiciária para os pobres surgiu como saída para o problema do custo. O Estado passou a remunerar advogados particulares para atuar nos litígios dos que não tinham condições de pagar, ou mesmo, para aconselhar as pessoas sobre os seus direitos.

No Brasil, a primeira experiência concreta com a gratuidade da justiça, já na República, deu-se com a promulgação da Constituição de 1934, que a previa no rol dos direitos e garantias individuais, como “assistência judiciária”. Essa experiência durou três anos, pelo menos quanto à previsão constitucional, pois foi interrompida com o advento do Estado Novo, de Vargas, cuja Constituição não fazia menção à assistência judiciária. Nesta época, somente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, de 1939, viu-se de volta, infraconstitucionalmente, o instituto (SOARES, 2004).

Sobrevindo a Constituição de 1946, após o término do Estado Novo, novamente se teve em voga, no Brasil, a questão da gratuidade da justiça, a qual apareceu prevista no art. 141, §35, da Carta, norma constitucional de eficácia limitada, que foi completada com a sanção da lei n. 1.060, de fevereiro de 1950. (SOARES, 2004). Este texto legal, recepcionado pelas constituições até hoje, garante aos necessitados a isenção ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado e perito. O Estado é o grande provedor e o único responsável por todos os custos.

Em países da Europa, como a Inglaterra, foi implantado o sistema *judicare*, através do qual o Estado paga os advogados para atuarem em favor dos hipossuficientes, e paga o valor que a própria parte pagaria se o pudesse fazer, o que garante uma boa assistência em termos qualitativos, uma vez que

quase todos os profissionais se interessam em participar desse programa (CAPPELLETI E GARTH, 1988).

Entretanto, como numa relação de causa e efeito, ao se alargar a possibilidade do exercício do direito de ação, ao se garantir acesso à justiça enquanto possibilidade de deflagração da “submissão da lide ao Poder Judiciário”, surge um novo problema a ser enfrentado: a morosidade.

Como, nos dizeres do Professor Menelick de Carvalho Netto (*apud* PEDRON, 2009), não houve uma evolução gradual do Estado Liberal para o Estado Social, mas uma quebra brusca de paradigmas, na qual se pode concluir que o aparato material herdado pelo novo modelo de Estado não estava apto à satisfação das suas propostas.

O que se observou, à abertura das portas da justiça, com a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, foi o “boom” de demandas em um sistema até então extremamente limitado e criado sob outros ideais. E ante à incapacidade do Estado de acompanhar com subsídios a evolução numérica dos litígios criou-se, ao longo de anos, um quadro de morosidade aguda.

Todavia, ao se abordar os problemas do custo e, principalmente, da morosidade, e tentar resolvê-los, surge uma nova questão: a qualidade do resultado, da decisão do juiz. E depois, uma outra, nova: a legitimidade do exercício da jurisdição.

É possível, ou em melhor termo, é aconselhável buscar-se a famigerada “celeridade” a custo de que? As hipóteses que ora se aventam são: a custo da redução ou simplificação de procedimentos; a custo da subtração de agentes da justiça, como o advogado, por exemplo; a custo de maiores e substanciosos investimentos materiais e pessoais na administração da justiça ou a custo de uma mudança paradigmática, do paradigma misto que se formou na justiça entre o Estado Liberal e o Estado Social para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, o qual, se já previsto, com a promulgação da Constituição de 1988, certamente, à leitura das fugazes linhas até aqui escritas, ainda não foi efetivado no Poder Judiciário.

A partir dos próximos tópicos haverá se tratar desse problema, já em discurso com duas das “soluções” propostas – o juizado especial e o “processo” eletrônico –, uma dentro da outra, as quais serão postas em frente comparativa com os paradigmas dos estados supradescritos, bem como em

frente do que se entende como Estado Democrático de Direito, para, ao final, responder à seguinte questão: “é possível um acesso qualitativo à justiça no “processo” eletrônico no âmbito do juizado especial?”.

2. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL

2.1 Breve concepção acerca da origem dos juizados no Brasil

Os juizados de pequenas causas surgiram a partir de uma experiência pioneira na comarca de Rio Grande, no Rio Grande Sul. A percepção, por parte de alguns juízes, de que a comunidade não estava recebendo uma “prestação” jurisdicional adequada, bem como, ainda, de que o elevado custo da resolução formal de litígios e a morosidade da justiça continham a reivindicação de direitos, fez com que referidos membros do Poder Judiciário iniciassem um trabalho de atendimento ao cidadão, à noite, na sede do Fórum.

Face aos supostos bons resultados dessa experiência, a idéia expandiu-se para diversas comarcas gaúchas e outros estados brasileiros, e, em vinte e três de julho de 1982, a Associação dos Juízes (AJURIS), com o beneplácito do Tribunal de Justiça, instalou o primeiro Conselho de Conciliação e Arbitramento (CCA), também conhecido como juizado informal, na comarca de Rio Grande.

A forma com que essa “justiça paralela” resolvia os conflitos – com rapidez, sem solenidades e sem custo para as partes – despertou a atenção do Programa Nacional de Desburocratização, tendo os estudos e as observações sobre a mesma gerado o Projeto de Lei n. 1.950/83, e, mais tarde, a Lei n. 7.244/84.

A Lei em comento dispunha sobre a criação e o funcionamento dos juizados especiais de pequenas causas e, a partir de sua entrada em vigor no ordenamento, o autor do processo passou a ter uma faculdade quanto ao procedimento nos casos das demandas envolvendo causas cíveis de reduzido valor econômico²⁷. Foram excluídos, contudo, do processo, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil (art. 8º).

²⁷ Que não ultrapassassem vinte salários mínimos e que tivessem por objeto a condenação em dinheiro e a entrega de coisa certa móvel ou o cumprimento de obrigação de fazer, a cargo de fabricante ou fornecedor de bens e serviços para consumo, ou, também, a desconstituição e a declaração de nulidade de contrato relativo a coisas móveis e semoventes (art. 3º).

No que concerne ao “rito” procedimental, haja vista a preocupação em viabilizar uma prestação jurisdicional condizente às expectativas das partes, esse tinha como orientação os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Em razão dos reputados excelentes frutos colhidos com o trabalho desenvolvido por esses Juizados, e imaginando que se havia encontrado a solução para minimizar substancialmente a morosidade na tramitação dos processos, a atual Constituição da República previu, no seu art. 98, I, a criação dos juizados especiais cíveis e criminais, que passaram a ter uma estrutura organizacional mais abrangente do que os de pequenas causas, possuindo ainda competência mais alargada do que estes, já que cuidam de matéria cível e criminal. Mesmo dentro da seara cível, a competência, até então circunscrita a um critério de conteúdo econômico, foi ampliada para abarcar causas cíveis de “menor complexidade”, incorporando, assim, um critério qualitativo material, fundado na natureza da lide.

Posteriormente, aos vinte e sete de setembro de 1995, foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei n. 9.099, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais. Esta definiu como sendo “causas cíveis de menor complexidade” as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil ²⁸; a ação de despejo para uso próprio; e as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a quarenta salários mínimos. Manteve, entretanto, a preocupação de afastar o “formalismo excessivo” do processo, diminuindo-se o número de recursos, os prazos, “facilitando” o acesso do jurisdicionado à justiça.

²⁸ Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I - nas causas, cujo valor não exceder 20 (vinte) vezes o maior salário mínimo vigente no País;

I - nas causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o valor do salário mínimo;

II - nas causas, qualquer que seja o valor

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de ressarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;

f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;

g) nos demais casos previstos em lei.

Parágrafo único. Este procedimento não será observado nas ações relativas ao Estado e à capacidade das pessoas.

2.2 Aspectos interpretativos da Lei n. 9.099/95

A Lei n. 9.099/95, que revogou a antiga Lei de n. 7.244/84, foi concebida sob o emblema de promoção do acesso à justiça, com o desafio de alcançar pessoas e conflitos até então afastados do sistema processual.

Consoante ressaltado, a ineficiência do Estado na consecução da atividade judicante, mormente em face dos obstáculos que foram sendo criados ao longo dos anos para o acesso à Justiça, fez surgir um aviltamento de causas no Poder Judiciário, que se pronunciou mais para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os de baixa renda.

Ciente de que essa situação repercute diretamente no meio social e, seus efeitos são, notadamente, o recrudescimento da violência, a violação dos regramentos jurídicos e a anarquização da sociedade, o Estado criou, então, uma legislação de emergência.

A concepção dos Juizados Especiais, porquanto, atenderia aos clamores dos cidadãos, na medida em que “solucionaria” um dos problemas sociais, rompendo a barreira da litigiosidade contida e incentivando a população carente a resolver seus conflitos de menor complexidade que, até então, pareciam insolúveis diante da realidade do sistema processual.

Na busca de soluções rápidas e não onerosas para essas demandas consideradas menos importantes e reprimidas pela incapacidade do Estado na prestação jurisdicional, a Lei n. 9.099/95 priorizou o princípio da celeridade (art. 2º) – que tem como orientação os critérios da oralidade, simplicidade e informalidade –, sumarizando ritos e decotando atos e fases processuais; deu às partes o *jus postulandi* e dispensou os serviços do advogado nas causas de até vinte salários mínimos (art. 9º); prestigiou a conciliação (art. 21) e retirou o pagamento de custas quando não houver recurso (art. 54).

Dentro dessa perspectiva, notório que a Lei em comento apresenta-se como uma tendência de cunho instrumentalista, na qual o “acesso à justiça” significa “acesso à ordem jurídica justa” e, o processo e a jurisdição, nada mais são que instrumentos teleologicamente orientados para a realização dos valores sociais e políticos da nação. Nessa esteira e, na contramão de um Estado verdadeiramente democrático, as decisões não são legitimadas pelo

procedimento em contraditório, com a participação dos interessados em simétrica paridade; ao contrário, os destinatários da decisão são excluídos dessa e o juiz é tido como um ser supremo, de sorte que seu convencimento acerca dos fatos se dá a partir do que é produzido na plataforma procedimental, a partir do que não se encontra nos autos e, até mesmo, contra o que restou ali coligido. (FERNANDES E PEDRON, 2008)

Assim, se por um lado a desburocratização o Poder Judiciário, simplificando o procedimento, tende a melhorar o acesso à Justiça e restabelecer a confiança do Judiciário, por outro, pode exacerbar barreiras, visto que muitos dos problemas de acesso são inter-relacionados e não podem simplesmente ser eliminados um por um (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), consoante se demonstrará a seguir.

3.2.1 A celeridade enquanto princípio norteador do curso processual: violação dos princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa?

Ao recorrer à celeridade, no intuito de garantir a rápida composição dos litígios e superar o estigma da morosidade, a Lei n. 9.099/95 abandona a efetividade do direito; sumariza o procedimento, mediante encurtamento das fases processuais; não prevê recurso específico para as decisões interlocutórias; limita a produção de provas; e, ainda, não admite recurso especial.

O abandono da efetividade se dá por uma única razão: a conturbação que reside na proposta de aplicação do princípio da celeridade. É que para os adeptos da Escola Instrumentalista a celeridade é o único meio capaz de efetivar o direito da parte, razão pela qual uma decisão demorada passa a ser sinônima de uma decisão “injusta”. Esquecem-se esses estudiosos, no entanto, que a efetividade de uma decisão perpassa pela obediência dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que garantem condições basilares para construção e encerramento dos processos.

Nessa linha, o escólio do preclaro professor André Cordeiro Leal (2002, p. 104-105) que, ao discorrer sobre esses princípios, ensina que:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das decisões.

Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade [...]. (grifos do autor)

A relevância dos princípios em questão, porquanto, não se cinge ao *iter* procedimental, mas à própria legalidade do provimento, de modo que o processo não pode ser subjugado em nome da celeridade e do conseqüente acesso à justiça, sob pena de se afastar as partes da verdadeira efetivação de seus direitos.

Ainda na busca por um processo que se encerre com rapidez, verifica-se encurtamento das fases processuais da Lei n. 9.099/95, sob o falso auspício de que a demora na conclusão de um processo decorre da ordinariedade dos ritos.

Consoante alerta o advogado Magno Antunes Custódio (2009, p. 452-453), contudo, os males decorrentes do atraso na prestação jurisdicional não se devem à ordinariedade dos ritos, mas à própria ausência de estrutura judicial. Exatamente por isso, a sumarização dos ritos não resolve e não resolverá os problemas da celeridade processual.

O ilustre advogado arremata afirmando que “a sumarização dos ritos leva à usurpação e desvalorização das garantias constitucionais com a reformulação do sistema processual, em flagrante inversão das premissas e princípios validadores dos julgados” (p. 453).

Ora, num Estado cujo paradigma tem como alicerce as garantias de validação do provimento, quais sejam, contraditório, ampla defesa e isonomia, é inadmissível que haja a predominância da sumarização em detrimento dessas.

No que tange à irrecorribilidade das decisões interlocutórias, ressaltamos que ela deturpa, mais uma vez, a garantia da construção participada da

decisão. É que no *iter* do procedimento o magistrado, em sua condução, pode restringir ou mesmo espoliar a parte do exercício de algum direito, o que a prejudicará muito no provimento final. Nesse percalço, a previsão de remédios processuais no sistema processual brasileiro, mormente para as decisões interlocutórias, tem o desígnio de assegurar a regularidade e a constitucionalidade dos atos, decotando os atos ilícitos do procedimento e, evitando com isso, que eles influam na convicção do julgador.

A tentativa de tornar o processo um instrumento célere e eficiente à realização do direito material faz com que a Lei em estudo restrinja a produção das provas para a causa de menor complexidade, o que, por obviedade, também viola os princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. A produção de provas é fator de visibilidade da argumentação jurídica das partes, facilitando ao julgador a prevenção da falsidade e o controle da legitimidade das alegações (MADEIRA, 2008, p. 183); assim, limitar essa produção é limitar o próprio discurso processual, impedindo, com isso, a construção de um provimento legítimo.

Por último, tem-se a impossibilidade de apresentação do Recurso Especial face às decisões proferidas pelas turmas recursais, senão vejamos:

Consoante se infere do art. 105, III, da Constituição da República, caberá Recurso Especial das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais Estaduais e Territoriais. Em sede de juizados especiais, contudo, as decisões não são proferidas por tribunais, mas, como dito, por turmas recursais, razão pela qual não é possível a interposição de tal recurso.

Em razão disso, não raras são as vezes que as decisões das turmas recursais divergem do posicionamento majoritário da Corte Superior, o que leva o brilhante advogado Magno Antunes Custódio a asseverar que os juizados especiais afrontam a própria formação constitucional do STJ, enquanto guardião da legislação infraconstitucional (2009, p. 455).

Pois bem. Pelos fatos aqui aventados, conclui-se que as mudanças impetradas pela Lei n. 9.099/95 não enxugam o fluxo processual tal como desejado para permitir um acesso à justiça que nem sabem os seus instituidores o que é; ao contrário, impedem uma discussão compartilhada em torno das alegações factuais e dos instrumentos de prova produzidos na

plataforma procedimental, que se traduz em uma insegurança dos julgados e em uma constante movimentação da máquina judicial através da interposição de recursos, em boa parte inócua, para a revisão das decisões.

3.2.2 A (in)constitucionalidade da dispensabilidade do acompanhamento técnico no âmbito dos Juizados Especiais

Visando enaltecer os efeitos da Lei n. 9.099/95, o legislador dispensou a assistência de advogado nas causas de valor até vinte salários mínimos, permitindo à parte postular ou deduzir a sua pretensão em juízo, diretamente, sem intermediário.

A justificativa para essa ausência de defesa técnica se resume na busca de uma simplificação do procedimento, da celeridade procedimental, da desburocratização, pois burocracia seria peculiar à Justiça Comum, e da redução de custos. Eliminando essas barreiras, garantir-se-ia às pessoas o amplo acesso à atividade jurisdicional, tal como demonstrado no Capítulo 2 da presente e, assim, “resolver-se-ia” um problema social causado pela ineficiência do Estado.

Em que pesem esses argumentos favoráveis à capacidade postulatória da parte, é de se dizer que o desencorajamento da participação do advogado inverte o próprio objetivo do processo, na medida em que compromete a obtenção do provimento por prejuízo do *contraditório*. Isso porque os litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não disporão de capacidade para apresentar seus próprios casos de maneira eficiente, nem de dialogar num processo por conta própria, em prejuízo de sua defesa e do contraditório e, conseqüentemente, tendo seu direito irremediavelmente malferido.

O contraditório, como ressalta o advogado Magno Antunes Custódio, somente pode ser eficaz se realizado isonomicamente, o que importa numa construção técnica similar ou no âmbito das mesmas possibilidades. Não se tem a uniformidade, ou mesmo o exercício do contraditório, quando as partes não dispõem da mesma assistência técnica ou de assistência alguma. E, ainda,

jamais será efetivado o direito daquele que não dispôs da mesma ferramenta utilizada pela outra parte. (2009)

Em sendo assim, não pode o Estado, sob o pretexto do encurtamento do fluxo processual e da redução de custos, decotar a participação do advogado que, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, revela-se como agente garantidor da legitimidade do provimento final. É que ao estabelecer um diálogo técnico-jurídico, o causídico permite a construção e o encerramento do processo em simétrica paridade, com efetivo contraditório, efetivando, com isso, os direitos da parte.

Ademais, não se pode olvidar que a própria Constituição Federal de 1988, prevê que o advogado é indispensável à administração da Justiça (art. 133), sendo essencial para atuar com leis e procedimentos cada vez mais complexos, necessários para o ajuizamento de uma causa.

Por tais razões, o Professor Carlos Henrique Soares conclui, em sua obra *O advogado e processo constitucional*, que “é manifestamente inconstitucional qualquer legislação que permita a dispensabilidade do advogado, por ferir o art. 133 da Constituição Federal, bem como o Estado Democrático de Direito”. (2004, p. 175)

3.2.3 A busca pela composição na resolução dos conflitos

A Lei n. 9.099/95, conforme se observa da redação do art. 21, parte da premissa da resolução de conflitos por meio da conciliação entre as partes, ao revés da resolução com a declaração do direito por parte do provimento. Em razão disso, prioriza-se a presença das partes para a realização dos atos processuais, impondo-se o ônus da revelia ao Réu que não comparece à audiência de instrução e julgamento, ainda que esse tenha apresentado sua defesa na audiência de conciliação.

Ao modificar o estilo de “tomada de decisão”, no entanto, os Juizados Especiais contrariam o próprio desígnio de acesso à justiça, vez que a efetivação do direito passa a ser mera conjectura e não uma busca. (CUSTÓDIO, 2009, p. 450)

3.2.4 A ausência do pagamento de custas em primeira instância

Buscando superar os obstáculos opostos ao pleno acesso à justiça, a Lei n. 9.099/95 dispõe, em seu art. 54, que esse acesso nos juizados especiais independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas e despesas.

Ocorre que, no âmbito dos juizados especiais, em razão do próprio endeusamento da figura do juiz – resquíio do Estado Social, como visto – o princípio da legalidade é continuamente violado, na medida em que os magistrados estão tacitamente autorizados a desobedecer lei federal ou dispositivo constitucional e dar a interpretação que bem lhes aprouver, conforme se extrai das redações dos arts. 5º, 6º, 33 e 39, sem que isso possa ser devidamente reparado, dada a escassez das possibilidades de recurso e dado o entrave à propositura de remédios a instâncias superiores.

Subtrai-se, com a redação deste dispositivo, a tentativa de furtar das partes o direito ao duplo grau de jurisdição. É um entrave gravíssimo dentro de um sistema que apareceu com a pregação de justiça de graça para todos, e principalmente para todos os pobres, que não têm dinheiro. É, em verdade, uma “faca de dois gumes”, pois, ao passo em que promete uma justiça sem custos, penaliza com pesados custos aquele que não “concordar” com a decisão, com o pagamento de uma substancial verba para recorrer.

Assim, ao permitir que o juiz decida ao seu alvedrio, fora dos limites da lide, (para supostamente tentar atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum – art. 6º), já que é tolhido dos pobres o acesso à “segunda instância” do juizado, uma vez que não lhes compensa pagar para recorrer, tem-se, também, uma flagrante inversão das premissas e princípios validadores dos julgados, quando se permite essa “liberdade irrestrita de julgamento”, vez que um fundamento que não é extraído da plataforma procedimental é imprestável à motivação do provimento, eis que não se oferta à crítica, tornando referida decisão ilegítima juridicamente. (MADEIRA, 2008)

Nessa esteira, ao prever o pagamento de custas e taxas para o exercício do duplo grau de jurisdição, o legislador impede que os sujeitos processuais, especialmente os mais carentes, busquem uma decisão que seja efetivamente

legitimada pelos argumentos por eles produzidos dentro de suas severas limitações

3. TEORIAS DO PROCESSO: TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA, TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

“Todo o nosso conhecimento é impregnado de teoria, inclusive nossas observações” (POPPER, 1975, p. 75).

Contudo

“As teorias são nossas invenções, nossas idéias – não se impõem a nós” (POPPER, 1982, p. 144)

Portanto

“Desde a ameba até Einstein, o crescimento do conhecimento é sempre o mesmo: tentamos resolver nossos problemas e obter, por um processo de eliminação, algo que se aproxime da adequação em nossas soluções experimentais (...) Podemos portanto dizer que o método crítico ou racional consiste em deixar que nossas hipóteses morram em vez de nós” (POPPER, 1975, p. 227-239)

Antes de adentrar-se à discussão sobre o “processo” eletrônico, até para poder-se conceituar este “instituto”, é preciso fazer remissão a algumas das teorias, ora consideradas como mais relevantes, que, ao longo da história, tentaram colocar em palavras o significado do que seja processo.

Serão abordadas apenas três das teorias do processo, quais sejam, a teoria da relação jurídica, a teoria do processo como procedimento em contraditório e a teoria neo-institucionista do processo.

Ressalta-se a existência de outras teorias, que aqui não serão tratadas, mas delas se precisa agora para fazer constar: a teoria do processo como contrato; a teoria do processo como quase-contrato; a teoria do processo como situação jurídica; a teoria do processo como instituição e a teoria constitucionalista.

Essa apertada – mas essencial – digressão somente abordará, em síntese, três das teorias do processo, pois o objetivo deste trabalho não é aprofundar-se sobre as teorias processuais, mas sim preparar terreno para a abordagem da questão principal, a qual depende umbilicalmente da compreensão básica do que seja processo. Portanto, parte-se para a resposta

à “célebre” pergunta que remonta às aulas de Teoria Geral do Processo da Faculdade Mineira de Direito: “o que é processo”?

3.1 Teoria da relação jurídica

A mais recorrente das teorias processuais, nos países de matriz jurídica romano-germânica, é a teoria da relação jurídica.

Pensada por Oskar von Bülow, publicada em 1868, é a primeira teoria a tratar o processo com autonomia em relação ao direito positivado, até então primado pela exposição das normas negativas concretas. (LEAL, 2005).

Como sugere o nome da teoria, para Bülow, existia, no processo, uma relação entre o juiz, o autor e o réu, que decorreria de uma prévia relação entre os sujeitos ora em contencioso, na esteira de Búlgaro, como citado por Cintra, Grinover e Dinamarco (2004) e também por Leal (2005), cuja máxima *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, tornou-se o marco teórico da mesma.

Portanto, a teoria da relação jurídica propõe que duas pessoas, quando se juntam por um ato ou negócio jurídico, uma relação jurídica, havendo dessemelhanças no tratar do ato ou negócio, podem, individualmente ou em conjunto, buscar a “tutela” jurisdicional, a qual fará introduzir na relação uma terceira pessoa, em posição de neutralidade, o juiz, representante daquele Estado “tutor”, para, assim, formar uma nova relação jurídica decorrente daquela primeira, a relação jurídica processual.

Bülow teria trazido para o processo uma inovação, que não seria pressupor uma relação das partes com o juiz, como outros já haviam pressuposto, mas sim uma sistematização “ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas relações recíprocas” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2004). Dessa teoria surgiu a idéia do processo como instrumento da jurisdição.

A instrumentalidade do processo é bem descrita pelo ilustrado professor Sérgio Bermudes, em sua obra intitulada *Introdução ao Processo Civil*, que, em

palavras que não poderiam ser melhores para descrever esta percepção, da reputada “ciência processual” pós-bulowiana, disse, *ipsis litteris*:

Para fazer eu próprio um café, tomado antes de principiar este capítulo, usei o *processo* mais simples: pus um pouco d’água na chaleira, levei-a ao fogo e a derramei, fervente, numa xícara, onde já colocara duas colherinhas de café solúvel e três gotas de adoçante. Pratiquei, portanto, uma seqüência de atos. Reunidos, eles serviram de instrumento da minha vontade de obter um resultado: o cafezinho, que me estimula o trabalho. Disse que usei um *processo* porque esse é o vocábulo que se emprega, na língua que falo, para designar o conjunto de atos sucessivos, praticados ordenadamente, a fim de se alcançar um resultado. (...) A soma de todos esses atos constitui o processo judicial, que é, como nitidamente se vê, o meio ou método pelo qual o Estado exerce a jurisdição. (...) conseqüentemente, o processo é, invariavelmente, instrumento da jurisdição. (BERMUDES, 2006, p. 79-80)

Conclui-se para dizer que a teoria da relação jurídica, iluminadora da proposição “o processo é instrumento da jurisdição”, é hoje a que reúne mais adeptos, bem como norteia as legislações processuais brasileiras, fundadas em Liebman²⁹, aluno de Chiovenda e mestre de Buzaid, e servindo de norte para a atuação dos juízes, promotores, advogados e demais agentes jurídicos.

3.2 Teoria do processo como procedimento em contraditório

Na década de 70, Elio Fazzalari quebra a idéia de Bülow, de processo como um conjunto de atos ordenados a serviço da jurisdição e da produção jurisdicional final – a sentença – para diferenciar processo de procedimento e, com isso, estabelecer uma relação tópica de gênero e espécie, na qual este seria o gênero, aquele a espécie. Assim, inverteu-se a ordem pregada por Bülow e sedimentada até hoje pela maioria dos processualistas, de que os procedimentos seriam praticados, nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco

²⁹ Como dito por Cândido Rangel Dinamarco, “os pensamentos e escritos de Liebman, notadamente aqueles voltados ao direito brasileiro, vieram a projetar-se intensamente na cultura processualística de nosso país, com intensa repercussão, desde logo, na doutrina dos que com ele conviveram e, ao longo de todas essas décadas, no pensamento formado entre os discípulos de seus discípulos (...). Já passadas mais de seis décadas de sua chegada, ainda hoje é possível sentir o peso das propostas que trouxe e, sobretudo, das grandes premissas que plantou entre nós, como verdadeiras raízes da formação do pensamento científico brasileiro do processo civil” (DINAMARCO, 2005, p. 90).

(2004), “por uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento”, numa relação de subordinação, na qual seria o processo o gênero e o procedimento a espécie, de sorte que este seria “uma série de atos pela qual se exterioriza o processo”.

Além disso, Fazzalari, com sua teoria do processo como procedimento em contraditório, como sugere o próprio título, entende o processo como procedimento no qual as partes, em vez de passivas à espera da dádiva sentencial prolatada pelo excelso togado, tomam o lugar de agentes construtores do provimento judicial, através de um contraditório. O juiz não é o sujeito principal do processo, inexistente subordinação entre os sujeitos processuais e o contraditório só se concretiza se a paridade de armas for configurada. (GONÇALVES, 1992).

Portanto, processo é, para Fazzalari, um procedimento, no qual as partes, que serão objeto do provimento final, em contraditório, participam ativamente, embora, como salienta André Leal (2008), peque a teoria fazzalariana por presumir que os provimentos, embora construídos em contraditório, são atos volitivos estatais, manifestados através do juiz, que dá ordens às partes, o que, para o processualista mineiro, em suas próprias palavras, faz com que “o processo *encampe* novamente a questão da atividade do julgador e da força do Estado, mantendo-se intocado o problema da jurisdição como atividade do juiz a minar o esforço fazzalariano” (sem grifo no original. O destaque indica mudança no tempo verbal para mera concordância).

3.3 Teoria neo-institucionalista do processo

O processo, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma *conjunção* de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade judicial) que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O processo, por concretização constitucional, aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos (LEAL, 2005, p. 102).

Além da citação integral da definição da teoria pelo seu próprio idealizador, pouco resta para dissertar, senão apenas esclarecer o significado dos termos apostos para a confecção desta, ou tentar torná-los mais dialógicos, sem ter a pretensão de superá-los.

Rosemiro Leal parte das teorias do processo até então formuladas, principalmente das teorias de Fazzalari, Fix-Zamundio, Andolina, Vignera e Baracho³⁰, para, criticando-as nos seus pontos deficientes e delas tomando o que têm de proveitoso, formular uma nova concepção de processo, definitivamente apartada da idéia de instrumento do mesmo, instrumentalismo esse, segundo Rosemiro Leal, que impregna todas as teorias, desde Bülow aos teóricos acima citados.

Entende-se que o ponto forte da teoria neo-institucionalista é a definição do processo como instituição constitucional a partir de princípios, institutos próprios, quais sejam, contraditório, isonomia e ampla defesa, os quais ordenadores dos procedimentos previstos pela lei, para se alcançar o desiderato da efetivação dos direitos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Somente esses princípios são capazes de conferir legitimidade ao agir do Estado, pois só tais coadunam com a idéia de cidadão com participação na confecção dos provimentos, não só judiciais, mas de todas as espécies, o que afasta o espectro do Estado Social e confere às pessoas a *autonomia* pregada pelo Estado Democrático de Direito.

E definitivamente, para Rosemiro Leal (2005), a teoria neo-institucionalista rompe com a idéia de atrelamento alternativo-coadjuvante do Processo com a jurisdição, para conferir-lhe, à luz do novo paradigma do Estado Democrático de Direito, *status* autônomo, o que lhe confere, por conseguinte, condição de ciência do direito, que foge à idéia metafísica de

³⁰ Fix-Zamundio, Andolina, Vignera e Baracho são teóricos da escola constitucionalista do processo. Essa escola, em referência na fala de Leal (2005, p. 98-99), que cita e interpreta Andolina, entende que “o *processo*, em seus novos contornos, teóricos da pós-modernidade, apresenta-se como necessária *instituição constitucionalizada* que, pela principiologia constitucional do *devido processo* que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em *direito-garantia* impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de *interferência expansiva* e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.”

especulação que maculara todas as outras teorias e que colocaram a jurisdição como *atividade* de pensamento do intérprete miraculoso e, não, como *resultado* do procedimento constitucional, dentre o qual se inclui o processo. Invertem-se os papéis, no paradigma do Estado Democrático de Direito, porque não deve estar o processo no posto de instrumento da jurisdição, esta é que deve figurar como objetivo do processo, “personagem principal”, do ponto de vista imaterial, na busca de provimentos nascidos dos diálogos *inter partes*.

Enquanto isso, os provimentos, quando decorrentes de construção compartilhada dos seus destinatários, retiram da decisão a personalidade que a instrumentalidade lhe confere, e o juiz, portanto, deixa de ser o Oráculo de Delphos para se comportar como mais um personagem da discussão lógico-argumentativa que produzirá o provimento. Desaparece a “pirâmide” subordinativa, na qual o juiz se encontrava no ângulo superior e as partes na base, para fazer descer do pedestal o magistrado e colocá-lo horizontalmente com os destinatários do provimento, em *igualdade* posicional.

Portanto, no entender de Rosemiro Leal, a teoria neo-institucionalista do processo vai além de Fazzalari, para atrelar o contraditório à legitimidade decisória e conceder-lhe caráter de direito fundamental, para garantir às pessoas participação igualitária, com obrigações iguais, o que extrapola o limite conceitual anteriormente dado ao instituto, o qual era conceituado como “o direito de dizer e contradizer”, puramente. E isso concede ao contraditório uma autonomia principiológica – composto de uma gama de princípios que são asseguradores do discurso das partes no processo – uma vez que institucionalizado e posto como garantia constitucional fundamental. O provimento não é ato volitivo estatal.

4. PROCESSO E PROCEDIMENTO

4.1 Processo e procedimento na teoria da relação jurídica

A visão de Sérgio Bermudes (2006) sobre a versão moderna da teoria da relação jurídica, no que tange à distinção entre processo e procedimento, vai além da idéia famosa “da viagem e do itinerário”, para, em palavras mais profundas e filosóficas, tentar introduzir a dissociação das coisas. Com efeito, o ilustre Professor, num de seus cotidianos exemplos, afirma, *in verbis*:

Sento-me para escrever, enquanto uma belíssima e vibrante voz feminina enche a minha sala, cantando “A Garota de Ipanema”, gravada no *compact disc Ella abraça Jobim*. Lembro-me de que, noutro disco, *Montreux*, Ella Fitzgerald também canta a composição de Tom e Vinícius, mas de modo diferente. A música não muda, nem muda a letra, porém as duas apresentações diferem quanto à maneira pela qual a cantora vocalizou a melodia e repetiu os versos, alterando o ritmo, a entonação e a duração. Também o processo judicial, enquanto permanece a mesma relação jurídica, tratada nos dois capítulos anteriores, varia no seu *modo* de desenvolver-se, ora mais expedito, ora mais alongado, umas vezes mais complexo, outras mais singelo, composto de atos mais numerosos ou mais escassos. Chama-se *procedimento* ao modo pelo qual o processo se desenvolve. Trata-se, portanto, do processo na sua dinâmica, na maneira pela qual se instaura, prossegue e extingue. (BERMUDES, 2006, p. 141-142)

Desde logo se chama a atenção para a dificuldade, mesmo ante a um singelo exemplo, de separar uma coisa da outra. Afinal, o que é processo e o que é procedimento?

E se as coisas, à vista de uma interpretação instrumentalista, já não parecem cognoscíveis por um exemplo cotidiano e pitoresco, agravar-se-á a situação se lida a distinção citada pelo próprio Professor carioca de João Mendes de Almeida Junior, que prediz:

O sufixo nominal *mentum* é derivado do grego *menos*, que significa princípio de movimento, vida, força vital, e *to*, que é uma partícula expletiva. Como sufixo nominal, exprime o ato em seu modo de fazer e na forma que é feito, isto é, exprime o ato regularmente formalizado. (ALMEIDA JUNIOR *apud* BERMUDES, p. 142)

Ora, se o processo é uma relação jurídica processual, decorrente de uma relação jurídica anterior, que imprime marcha avante do início à sentença, que faz a lide “andar”, como se pernas tivesse, e o procedimento, a seu turno, seja na sua pluralidade, seja na sua singularidade, é o próprio “andamento” processual, com o ofício de “tocar” a lide, tem-se que são sinônimos, por certo, ou seja, não há, pelo viés instrumentalista do processo, baseado numa teoria de relação jurídica processual, diferença entre processo e procedimento, não há nenhuma característica especial que os separe.

E isso fica tão evidente, ainda no livro de Bermudes (2006), que, depois de tentar fazer a distinção entre processo e procedimento, o mesmo processualista assevera que:

“O Código de Processo Civil dissocia, cuidadosamente, os dois conceitos, como de boa técnica, embora não constitua crime hediondo, como querem alguns intolerantes, falar-se em processo, no lugar de procedimento, quanto se quer aludir ao primeiro na sua dinâmica, no seu modo de mover-se, porque mesmo a linguagem científica pode servir-se de metonímias” (sem grifos no original) (BERMUDES, 2006, p. 142)

Esta passagem é reveladora. Revela que a “ciência” da instrumentalidade não consegue distinguir os institutos e faz a *mea-culpa* para admitir uma fungibilidade entre processo e procedimento que não é possível, até porque não haveria razão se ser a existência dos dois termos, senão para mera referência sinonímica. É reveladora, também, porque os defensores dessa tese *sabem* disso, pois tentam diferenciar os institutos. Se não soubessem, ou se tal não lhes importasse, não se dariam o trabalho exaustivo de tentar separar os gêmeos siameses do seu ponto de vista, e, simplesmente, diriam que é a mesma coisa, ou, ainda, que são sincréticos, diferentes, mas que se misturam e um dá no mesmo do outro.

Por fim, revela acientificidade do instrumentalismo, por presumir que é possível aplicar *metonímias* ao pensamento científico, com objetivo de tornar a parte como um todo. Se se toma o todo pela parte, e vice-versa, acaba-se com a sistematização científica, que distingue gênero e espécie. Seria como dizer, na Biologia, que a espécie *homo sapiens sapiens* é a mesma coisa que quaisquer das espécies pertencentes ao gênero *homo*, seria como dizer, portanto, que o ser humano, como hoje somos, é a mesma coisa que o *homo*

antecessor, primeiro hominídeo que viveu na Europa há aproximadamente 1,2 milhões de anos, ou seja, fere de morte a taxonomia científica que realmente diferencia processo de procedimento.

Assim, para a teoria da relação jurídica, processo e procedimento separam-se por um critério teleológico, com fundamento em *elementos finalísticos* (GONÇALVES, 1992), que norteiam, *de igual forma*, processo e procedimento, para uma justificação idêntica dos meios pelos fins, sendo que aqueles, embora plurais, têm o mesmo objetivo e são, portanto, a mesma coisa, já que fazem o mesmo trabalho, “fazer a lide andar”, pois, por um critério teleológico, tanto faz que o processo seja encampado pelo procedimento e vice-versa, o que interessa é a *finalidade* decorrente do imbróglio.

4.2 Processo e procedimento na teoria do processo como procedimento em contraditório

Por causa do problema de distinção não resolvido pela teoria da relação jurídica, surgiu Fazzalari com a idéia de que o processo e o procedimento se diferenciam não porque um é a “viagem” e o outro é o “itinerário”, e não porque ambos podem ser ditos um pelo outro como se a mesma coisa fosse, por sincretismo.

Para o jurista italiano, o processo e o procedimento se distinguem por causa do contraditório que, nas palavras do prof. André Leal, seria:

“Atributo especial do processo, atributo esse que permitiria traçar a linha demarcatória das características específicas do processo dentro do gênero procedimento.” (LEAL, 2008, p. 113).

O que se percebe das leituras das teorias de Bülow e Fazzalari, principalmente no que toca aos nortes diversos que seguem – aquele, teleológico, este, lógico – é que, enquanto impossível descobrir a diferença entre processo e procedimento por um viés finalístico, há que se atentar para os meios que se busca distinguir, que se encontram, como dito por Aroldo Plínio (1992), dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina, isto é, para

suas características fundadoras. E, ao fazer isso, Fazzalari apresentou o contraditório como elemento distintivo de processo e procedimento, bem como inverteu a ordem pregada pela escola da relação jurídica para, usando de necessária taxonomia, dizer que o procedimento continha o processo. E em melhores palavras do que as que aqui possam constar, ensina Aroldo Plínio, magistralmente, que:

“A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 1992, p. 68)

Portanto, interno no campo do procedimento, dentre os vários procedimentos que se possa encontrar, há o procedimento denominado processo, no qual as partes eventualmente colocadas em antagonismo usam do discurso para formar o que se chama contraditório, sendo desse discurso emanado o provimento. Processo é espécie, procedimento é gênero e um se dissocia do outro pelo caractere *contraditório*. Não há, pois, processo sem contraditório, mas poderá haver procedimento sem contraditório.

5. “PROCESSO” ELETRÔNICO

5.1 Um breve histórico acerca do mundo virtual: a internet

A culta professora Liliana Minardi Paesani, em sua festejada obra “Direito e Internet”, conceitua a internet nos seguintes termos, *in verbis*:

Sob o ponto de vista técnico, a *Internet* é uma imensa rede que liga elevado número de computadores em todo o planeta. As ligações surgem de várias maneiras: redes telefônicas, cabos e satélites. Sua difusão é levemente semelhante à da rede telefônica. Existe, entretanto, uma radical diferença entre uma rede de computadores e uma rede telefônica: cada computador pode conter e fornecer, a pedido do usuário, uma infinidade de informações que dificilmente seriam obtidas por meio de telefonemas. (p. 27)

Pois bem. Conceituada a internet, passa-se às origens históricas da rede de computadores que, segundo o douto procurador do Estado de Minas Gerais, Carlos Alberto Rohrmann, podem ser divididas em cinco fases.

A primeira fase, segundo o Autor, data de 1960. Logo no início dessa década, começaram as pesquisas para a troca de mensagens em redes do tipo *packet switched*, ou seja, comunicações que se valiam de interligações lógicas, e não físicas, entre os usuários. No ano de 1969, por sua vez, uma rede de computadores de origem militar, a ARPANET (Rede da Agência de Projetos Avançados de Pesquisa), do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, já fazia uso da tecnologia *packet switched*. Os computadores passaram a ser interligados à ARPANET ao longo dos anos seguintes a uma taxa acelerada. (ROHRMANN, 2005)

A ARPANET, até o início da década de 1970, utilizava como protocolo o *Network Control Protocol – NCP* – e contava com quatro pontos de presença apenas. (ROHRMANN, 2005, p. 5)

Consoante a cronologia estipulada por Nisewaner Kang (1999), a segunda fase da internet deu-se na década de 1970, com o crescimento do número de computadores ligados à rede e o aparecimento de um problema técnico, qual seja, o de que o protocolo *NCP* não protegia a rede contra perdas

de pacotes. Nesse ínterim, se uma mensagem fosse dividida em vários pacotes e um deles se perdesse durante a transmissão, a mensagem apresentaria perda no recebimento. (ROHRMANN, 2005, p. 5)

Tem-se, porquanto, a necessidade de se criar um protocolo mais eficiente, capaz de eliminar o problema referente à perda de dados na rede, o que faz surgir o TCP/IP, que até hoje é utilizado como um protocolo de comunicações. Afora isso, tem-se, ainda na década de 1970, a invenção do e-mail e o surgimento do *File Transfer Protocol – FTP* – utilizado nas transmissões de arquivos de programas executáveis. (ROHRMANN, 2005)

A terceira fase (década de 1980) foi marcada pela padronização do TCP/IP como protocolo da Internet e por uma grande difusão do uso da rede. Dentre as inovações da época destacam-se a criação da National Science Foundation – NSF, que substituiu a ARPANET e ficou responsável pela gerência da internet; e o surgimento do *backbones* tipo T1 – *backbones* são canais de comunicação, linhas disponíveis para a transmissão de dados entre os computadores interconetados à internet, e T1 refere-se à velocidade de transmissão, no caso, 1,5 *megabits* por segundo. (ROHRMANN, 2005, p. 6)

A partir da década de 1990, a internet passou por uma nova fase de planejamento: garante-se a cada país a autonomia de gerenciar a rede nativa, sem qualquer forma de subordinação a uma administração central, o que significa dizer que, desde então, a internet já estava privatizada.

Essa década ainda é marcada pelo fechamento da ARPANET e a democratização da utilização da internet pelas pessoas físicas e jurídicas, que até então era restrita aos militares e cientistas. Esse crescimento da internet entre os usuários deu-se, de acordo com os ensinamentos do festejado professor Carlos Alberto Rohrmann, em razão de dois fatores essenciais:

O primeiro foi a popularização da *World Wide Web (WWW)*, graças ao surgimento de programas capazes de manipular interfaces gráficas. Tornou-se mais fácil (mais bonita e mais agradável) a comunicação de dados pela Internet.

O segundo fator foi o surgimento dos provedores de acesso, isto é, as empresas que possibilitam o acesso do público em geral à Internet. Provedores de acesso à Internet são conhecidos como *ISPs*. A abreviação deve-se ao termo inglês *Internet Service Providers*. (p. 7)

Ao longo dessa década, tem-se, também, a criação da *Internet Society* – organização voltada para o estudo, gerenciamento, administração e planejamento do futuro da internet – e o surgimento do *backbone* T3, que transfere dados à velocidade de 45 *megabits* por segundo. (ROHRMANN, 2005, p. 7)

A quinta fase, por fim, é a que teve início no ano 2000, com a ocorrência súbita da primeira crise econômica da rede. O índice NASDAQ, da bolsa de Nova Iorque, atingiu seu valor máximo no início de 2000, tendo uma queda acentuada a partir do dia vinte e sete de março do referido ano. (ROHRMANN, 2005, p. 7-8)

5.2 “Processo” eletrônico e a Lei n. 11.419/2006

Não obstante tenha sido lenta a adequação ao progresso da tecnologia, o Direito, finalmente, celebrou suas núpcias com uma das maiores invenções da humanidade neste século: a informática. A tecnologia da informação invadiu o mundo jurídico, ocupando o espaço outrora exclusivo da burocracia que se funda no tripé papel-tinta-carimbo.

A Lei atinente ao “processo” eletrônico (Lei n. 11.419/2006) originou-se do Projeto de Lei n. 5.828/2001, proposto pela Associação dos Juízes Federais à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, e com emenda substitutiva do Senado através do Projeto de Lei n. 71/2002.

Nos termos da Lei em questão, o “processo” eletrônico é aplicável, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. Para o disposto nesta Lei, ainda, considera-se meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, de sorte que a transmissão eletrônica será feita, preferencialmente, pela rede mundial de computadores (artigo 1º).

Ao fim de certificar que os atos processuais revestem-se de credibilidade e autenticidade, o “processo” eletrônico necessita de assinatura eletrônica, que será baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora

credenciada, na forma de lei específica e mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (artigo 2º).

Somente será autorizado o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico mediante o uso de assinatura eletrônica, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário. O credenciamento no Poder Judiciário será realizado mediante procedimento no qual esteja assegurada a adequada identificação presencial do interessado. Ao credenciado será atribuído registro e meio de acesso ao sistema, de modo a preservar o sigilo, a identificação e a autenticidade de suas comunicações.

Os tribunais poderão criar o Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral (artigo 4º). O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica. Ademais, a publicação eletrônica, na forma deste artigo, substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

As intimações serão feitas por meio eletrônico, em portal próprio, aos que se cadastrarem, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico. Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização (artigo 5º).

Os autos digitais ou “processo” eletrônico serão desenvolvidos pelos órgãos do Poder Judiciário utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas. Todos os atos processuais do “processo” eletrônico serão assinados eletronicamente.

A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de “processo” eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo (artigo 10).

No “processo” eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico. Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia (artigo 3º).

Os documentos produzidos eletronicamente, e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, serão considerados originais para todos os efeitos legais. Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegitimidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado (artigo 11).

Enfim, ao substituir os “autos físicos” pelos “autos eletrônicos”, mediante a prática de atos por via eletrônica, buscou a Lei, em tese, garantir o efetivo acesso à justiça aos cidadãos e efetivar o princípio da razoável duração do processo. O sentido da Lei, assim, é simplesmente possibilitar uma plataforma simples e eficiente que coloque a disposição de todos os instrumentos para a obtenção de uma célere “prestação” jurisdicional. Mas será que a implantação de um “processo” eletrônico no Brasil, em especial nos Juizados Especiais, garante o amplo e irrestrito acesso à justiça?

Por certo que as inovações tecnológicas devem ser absorvidas no âmbito processual, na medida em que tendem a contribuir com o princípio norteador do curso processual, qual seja, a celeridade. Trata-se de uma realidade a qual não se pretende aqui se postar como uma oposição. Entrementes, não se pode olvidar que a tecnologia é apenas um instrumento a serviço do processo, de modo que sua incorporação desse ser feita sem que

haja a banalização dos princípios que garantem condições basilares para a construção e o encerramento dos processos.

Nesse sentido, a importância do presente que, no capítulo a seguir, buscará responder ao indagamento acima apresentado. Considerando, no entanto, a complexidade do problema, o trabalho em comento não deve ser tido senão como um subsídio para o estudo do tema, sujeito aos necessários complementos e discordâncias de outras posições.

5.3 O problema conceitual do “processo” eletrônico.

Uma vez conceituados e diferenciados os termos “processo” e “procedimento”, passemos, pois, a diferenciar ambos do que se chamou “processo” eletrônico.

Já se observou que processo é, em suma, um procedimento realizado em contraditório para formação do provimento.

Observa-se, nas sempre oportunas palavras de Rosemiro Pereira Leal (2005), que:

O *procedimento* é manifestação estrutural resultante do *complexo normativo* da positividade jurídica. É estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo *princípio da reserva legal* que, na CR/88, está inscrito no art. 5º, II. (LEAL, 2005, p. 107)

Relembrados os conceitos de processo e de procedimento no capítulo anterior, passa-se a conceituar o “processo” eletrônico.

O “processo” eletrônico, como restou demonstrado, surgiu como substituto dos autos cartulares, aqueles cadernos nos quais, por colchetes, encaixavam-se os papéis. Também substituiu a assinatura, a marca pessoal daqueles que alteravam os autos por atos de expediente ou atos representativos de procedimentos. Poder-se-ia, pois, dizer, que “processo” eletrônico é, na verdade, “autos eletrônicos”.

Em princípio, tem-se que ter em mente que o processo e o procedimento são coisas imateriais. Não se toca o processo, não se toca o procedimento, são

intangíveis, pois são atos que não se confundem com a designação dos seus resultados. Já os autos processuais, os papéis que vão se acumular nas bailarinas, que vão se abrigar nas capas, são instrumentos a serviço da materialização dos resultados dos procedimentos e do processo, procedimento realizado em contraditório, mas com esses, em nenhuma hipótese, se confundem.

A designação errônea dos meios através dos quais se materializam os resultados das práticas procedimentais tem seu nascedouro na confusão terminológica ocorrente na teoria da relação jurídica. Lá não se sabe o que é processo, bem como não se sabe o que é procedimento, assim como se admite que processo e procedimento sejam tratados como sinônimos, ou, como *metonímias*.

E nessa esteira já há gente criando teorias gerais do “processo” eletrônico, algo que, salvo melhor juízo, e sem querer parecer radical, não convém sequer citar, dado seu altíssimo grau de acientificidade. É como se criasse uma teoria geral da encadernação do papel na bailarina, ou da tinta do carimbo no papel, ou ainda da caligrafia dos textos, coisa que de tão absurda leva ao descrédito.

Por isso que se chama atenção para a abissal atecnia da designação dada pela legislação para os instrumentos de manifestação concreta e materialização dos resultados dos procedimentos.

Com efeito, para iluminar essa idéia com mais profícuos termos, traz-se à baila as palavras de Dhenis Cruz Madeira, citado na obra monográfica de Márcio Gomes da Silva, que assim asseverou, *in verbis*:

Processo, como se afirmou, é uma instituição constitucionalizada regida pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, assim como pelo instituto do devido processo. Traduz-se, portanto, num direito dos cidadãos de participar argumentativamente, em simétrica paridade, da construção das decisões estatais.

Já a expressão ““processo” eletrônico” é empregada em referência ao *meio* criado recentemente por varias leis e possibilitado pelos avanços tecnológicos, que permite a utilização de formas eletrônicas de estruturação procedimental, incluindo-se a comunicação, a transmissão de petições e atos judiciais.

Assim, na tramitação de um procedimento que se estrutura pela via eletrônica (““processo” eletrônico”), pode-se ou não efetivar o processo enquanto instituição constitucionalizada. Caso o procedimento eletrônico seja regido pela isonomia, contraditório, ampla defesa e pelo devido processo, constatar-se-á que o exercício

do processo foi assegurado pela via eletrônica (e não cartular). Caso seja restringido às partes o direito de participar da construção das decisões, ter-se-á mero procedimento, mero rito, ou melhor um procedimento eletrônico sem processo, o que não quer dizer que o mesmo seja ilegal, porquanto o ordenamento brasileiro admite, em alguns casos, procedimentos sem processo. (MADEIRA *apud* SILVA, 2008, p. 16)

O que se percebe da mostra de acientificidade da designação legislativa, que tem origem num modelo de processo ultrapassado e irreconciliável com a lógica, é a periculosidade que reside no emprego dos termos, o que inspira-nos cuidados para não tornar aleivasas e errôneas as palavras para os significados que almejamos.

6. ABSORÇÃO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NO ÂMBITO PROCESSUAL – NOVO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA?

6.1 O PROBLEMA DA EXCLUSÃO DIGITAL

Antes de adentrar no ponto nevrálgico da discussão que aqui se pretende, impende fazer uma abordagem, ainda que breve, acerca de um problema que assola a população brasileira e que interfere diretamente no tema proposto: a exclusão digital.

Vivencia-se a consolidação de uma nova estrutura econômico-social profundamente ligada à tecnologia, qual seja, a sociedade da informação. O acesso às tecnologias da informação e da comunicação foi essencial para a propagação do conhecimento, na medida em que rompeu fronteiras nacionais, possibilitando uma permanente troca cultural que não só une, mas também distingue os homens.

Em contrapartida, porém, esse acesso institui uma nova exigência social: o domínio da tecnologia. Nesse ínterim, o indivíduo que não esteja inserido nesse contexto da informática, seja em razão do custo elevado para a posse do computador e da conexão à internet, seja pela falta de habilidade

com a tecnologia, torna-se excluído de uma série de benefícios, que vão desde a expansão da própria erudição à garantia de uma vaga no mercado de trabalho.

Dito isso, citar-se-á, destarte, alguns dados, produzidos por pesquisas teóricas³¹, realizadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), no ano de 2008, que geraram um estudo consolidado sobre o uso das tecnologias da informação e a evolução da internet no Brasil.

No Brasil, apenas 25% dos domicílios possuem computador. Dessa porcentagem, somente 18% têm acesso à internet. Dos brasileiros, 38% fizeram uso um computador nos últimos três meses e 34% acessaram a internet neste mesmo período.

Consoante a citada pesquisa, a principal barreira para a posse do computador é o elevado custo do equipamento: 75% dos entrevistados disseram não ter condições de comprar o equipamento. O segundo motivo mais citado como barreira à posse do computador no domicílio, com 34% das menções, foi “não tenho necessidade/ interesse”, seguido por “falta de habilidade”, com 29% das menções.

No que pertine aos domicílios que possuem computador, mas não possuem acesso à internet, o Instituto concluiu que a maior barreira vincula-se também ao custo (54% das menções). Nos domicílios de baixa renda, a barreira foi apontada por 62% dos que ganham até dois salários mínimos, enquanto 44% dos domicílios que recebem cinco ou mais salários mínimos a mencionou.

O segundo motivo mais citado para justificar a ausência de acesso à Internet é o fato de existir a disponibilidade de acesso em lugar alternativo ao domicílio (21%), seguido da “falta de interesse” (18%) e “falta de disponibilidade na área” (17%). Embora o fator “falta de disponibilidade na área” tenha sido identificado como a quarta resposta no ranking dos motivos para a falta de acesso à Internet no total dos domicílios brasileiros, a pesquisa revela que, na área rural, esse fator tem uma importância mais significativa. Nestes locais, a falta de disponibilidade é percebida como o segundo motivo

³¹ TIC DOMICÍLIOS 2008 – Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil (ANEXO B)

mais relevante para a ausência do acesso à Internet nos lares, representando 27% das declarações.

Analisando o perfil do uso do computador e da Internet no país, observa-se pela pesquisa em questão que ele é muito semelhante com relação às variáveis sócio-demográficas. A proporção de usuários das tecnologias aumenta conforme a renda, a classe social e o grau de escolaridade; à guisa de exemplo, a proporção de usuários de Internet chega a 83% no nível superior e somente a 7% entre os analfabetos e pessoas que têm somente educação infantil.

No que tange à renda, nota-se que, na faixa de até um salário mínimo, o percentual de usuários de Internet é de 10%, contra 81% de usuários de Internet na faixa de dez ou mais salários mínimos. A diferenciação por classe social guarda a maior discrepância entre suas categorias, na medida em que há uma diferença de 76 pontos percentuais entre a classe A (89%) e as classes D e E (13%).

Ao analisar essas proporções por faixa etária e, considerando-se os três meses anteriores à pesquisa, tem-se que os mais jovens continuam a ser os usuários mais assíduos da rede mundial de computadores: na faixa de dez a 15 anos, 53% declarou ter navegado na web nos últimos três meses; na entre 16 e 24 anos, a proporção de usuários da Internet é de 61%; na faixa entre 45 e 59 anos, somente 13%; e, na faixa de 60 anos ou mais, o número de usuários foi de 2%.

Pois bem. Os dados aqui apostos reforçam a idéia de que o acesso e o uso do computador e da Internet no Brasil dependem do nível socioeconômico do indivíduo, sua renda familiar, e a região onde vive. O nível de posse e uso do computador e da Internet nos diversos segmentos sociais se concentram nos indivíduos de famílias com maior poder aquisitivo e que moram em regiões mais ricas. Além disso, pessoas mais jovens usam mais o computador e a Internet do que as que apresentam maior idade.

Tais dados revelam, ainda, uma realidade: ainda é grande o desafio que o país precisa enfrentar para massificar o acesso às tecnologias da informação e da comunicação. Não se está aqui a desmerecer o progresso do crescimento da penetração das tecnologias da informação a cada ano, mas se acredita que esses dados poderiam ser mais positivos caso fossem realmente efetivadas

mais políticas públicas voltadas para a redução do custo do equipamento e do serviço de internet, bem como para a ampliação da disponibilidade desse último, apontados pela pesquisa como alguns dos principais entraves à utilização do computador e da Internet. Promover a inclusão digital é fundamental para uma nação que almeja o desenvolvimento com justiça e igualdade social.

6.2 O paradoxo do “processo” eletrônico no âmbito do juizado especial

O Juizado especial, como visto, foi criado sob uma ótica social do Estado, com o fito de tornar mais acessível a justiça para aquelas pessoas cujas demandas, se propostas no Poder Judiciário comum, não seriam viáveis, ou seu ajuizamento seria tímido, pois o seu valor poderia não compensar o custo e o tempo demandados pelos procedimentos costumeiros.

Assim, não seria, de um ponto de vista lógico, peiorar o juizado especial ao chamá-lo de “justiça dos pobres”, ou “justiça de pequenas causas”. É curioso que se entende que esta expressão, “pequenas causas”, apequena o valor do direito enquanto possibilidade subjetiva de buscar um provimento, tendo chegado o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a colocar nos juzizados especiais mineiros cartazes com dizeres que afirmam não haverem nos juzizados pequenas causas, pois todas as causas eram iguais perante a lei, como se sofresse o juizado especial imaterial e intangível complexo de Napoleão.

Certo é que o “juizado especial” foi criado com a idéia de acessibilidade à justiça para as pessoas mais simples, ou, sem eufemismos, para os pobres, que, já tão sofridos por não terem acesso à educação e qualidade de vida adequadas, ainda se viam “atrapalhados” pelas “barreiras da justiça”, uma justiça lenta, porque tem recursos demais, procedimentos demais e advogados demais. Faça-se, pois, justiça rápida para as causas “simples”. Pois bem, essa é a proposição maior para a conclusão do paradoxo: “o juizado especial foi criado para atender às pessoas simples, sem instrução, que à sua ‘tutela’

submeteriam as causas mais ‘baratas’, inviáveis naquela justiça cheia de execráveis recursos, procedimentos e advogados.”

Com o advento da Lei n. 11.419, de 2006, surgiu a possibilidade de aplicar instrumentos eletrônicos aos procedimentos judiciais, para, em substituição ao papel, documentar os atos e fatos.

Em Minas Gerais, resolveu o Tribunal de Justiça implantar, nos juizados especiais, o reputado “processo” eletrônico, denominado pelo Conselho Nacional de Justiça como “PROJUD”. Seria este, pois, um teste, “porque havemos de testar uma coisa nova, experimental, onde seja mais propício para fazê-lo, mais fácil, isto é, na justiça dos pobres”. A partir de 2008, portanto, passam a ser implantados, nos juizados especiais mineiros, meios eletrônicos de reprodução dos atos processuais.

A partir de agora, passa-se a formar a proposição menor, que, junto com a primeira proposição, resultará no anunciado paradoxo do “processo” eletrônico.

Como já ventilado alhures, o Brasil é um país cujas desigualdades sociais refletem na capacidade de consumo das pessoas e, por óbvio, na qualidade de vida das mesmas, qualidade esta que não somente inclui os meios de manutenção da saúde, mas também os meios de manutenção do conhecimento. Especificamente acerca desses últimos, observa-se pelos dados obtidos da pesquisa TIC Domicílios 2008, outrora lançados, a ausência de democracia quanto ao acesso às tecnologias da informação e da comunicação.

Pergunta-se, então: num país de cultura tecnológica tardia, no qual somente a terça parte da população acessa a internet, e, dessa mesma população, apenas a sua quarta parte tem computador em casa, é possível garantir acesso à justiça por intermédio do “processo” eletrônico? A pergunta é também a resposta.

O Juizado especial, enquanto ponto de “acesso” rápido e barato à “justiça”, ao implantar tecnologia avançada de informação, num Estado de coisas que reproduz a ausência de possibilidades dos cidadãos de acessar essa tecnologia, transforma-se em severo entrave à sua própria proposta de acessibilidade, o que gera o paradoxo do “processo” eletrônico.

Não se pode olvidar que setenta e cinco por cento da população não tem computador, tampouco se pode deixar de observar que duas vezes o terço dessa população não acessa a internet, seja por falta de recursos, seja por inabilidade, decorrente daquela citada cultura tecnológica tardia. Ao se passar por cima desses fatos e impor a todos a utilização de meios eletrônicos para acessar o Poder Judiciário, tolhe-se com gravidade o “acesso à justiça”, seja essa entendida como Estado, seja entendida como possibilidade de estabelecer, nos dizeres de Fernandes e Pedron (2008), “consenso racional sobre a atividade humana”.

Portanto, conclui-se que o “processo” eletrônico, além de reafirmar a lógica instrumentalista caracterizadora do juizado especial, de celeridade a qualquer custo, também torna real flagrante discriminação das pessoas que não têm acesso à tecnologia, o que gera o paradoxo ora aventado, de que o juizado, se operacionalizado pelo “processo” eletrônico, uma vez tenha sido concebido para incluir, agora é programado para excluir.

A evolução do conhecimento, como outrora afirmado, não se dá de forma pacífica, mas através de rupturas, mediante a modificação de paradigmas, que surgem através da adoção de novas práticas sociais.

Especificamente acerca do Poder Judiciário, tem-se que, no paradigma do Estado Liberal, tinha esse a incumbência de dirimir conflitos interparticulares por intermédio de processos lógico-dedutivos de subsunção do fato à norma, através de uma atividade meramente mecânica, o que levou Montesquieu, inclusive, a afirmar que esse Poder era apenas “la bouche de la loi”.

Já no paradigma do Estado Social de Direito, a função do Poder Judiciário era de interpretação do direito como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciados de valores fundamentais, bem como de programas e fins, realizáveis no limite do possível. O magistrado, por sua vez, passou a ser “la bouche du droit”, posto que a hermenêutica jurídica estabelece métodos mais sofisticados, como a análise teleológica, a sistêmica e a histórica.

Ambos os paradigmas, entretantes, revelaram-se insuficientes como modelos à satisfação dos interesses e valores que informam a sociedade na era do conhecimento. O paradigma do Estado Liberal porque consagrava apenas direitos, sem, contudo, garanti-los através de ações interventivas e

parciais direcionadas aos que não tinham condições materiais de acessar a justiça; e, o paradigma do Estado Social, por causa da fragilidade de sua política assistencialista e dispendiosa de redução das desigualdades.

Em razão disso, insurge o paradigma do Estado Democrático de Direito, como uma alternativa ao modelo de Estado do bem-estar-social. Neste, o discurso legitimante processual se dá a partir de uma construção dialógico-procedimental, norteadada pelo princípio do devido processo legal.

O acesso à justiça é uma garantia fundamental no Estado Democrático de Direito. Por acesso à justiça compreende-se tanto a possibilidade de buscar a jurisdição como a possibilidade de, uma vez deflagrado um procedimento no âmbito desta, seja possível construir, dentro de um processo, através de um discurso democrático, o provimento final.

Como ressaltado, não se objetivou com este trabalho conceituar ou tornar certa uma acepção de “justiça”. Adotou-se um critério baseado na falseabilidade popperiana, que presume que todo conceito científico perpassa por refutações, por críticas e pelo crivo de outras visões de mundo. Portanto, o termo justiça, impassível de conceituação absoluta, dada a subjetividade que lhe é intrínseca, é infinitamente sujeito a críticas e modificações conceituais.

Entretanto, sabe-se o que é preciso para tornar efetiva a proposta trazida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. E à luz desse paradigma, o acesso à justiça, sejam o “acesso” ou a “justiça” o que forem, passa, necessariamente, pelo discurso democrático, pela possibilidade de exercer a cidadania através das garantias constitucionais e processuais, estas, enquanto instituição constitucional fundada no contraditório, na ampla defesa, na isonomia, no direito de discutir sem ter que pagar e no direito a assistência técnica irrestrita.

O Estado, por sua vez, deve abandonar em definitivo todos os resquícios do seu passado liberal-social, deve repensar as suas instituições à luz desse novo paradigma democrático de direito, para, somente assim, garantir aos cidadãos o direito de independência de opinião e de consciência. A autonomia dos sujeitos, sem dúvidas, depende da concessão de emancipação do pensamento individual.

No paradigma do Estado Democrático de Direito não é dado ao Estado o poder de vigiar, “cuidar” e tutelar os cidadãos. Não pode mais o Estado, nessa

nova era, assumir o papel de “grande irmão”, à custa da autonomia privada, inteiramente subjugada pela autonomia pública.

E quanto ao processo, há se concluir que não cabe, outrossim, no atual paradigma democrático de direito, uma justiça que não garanta aos cidadãos acesso à justiça enquanto possibilidade de acesso ao discurso e aos mais basilares princípios constitucionais correlatos ao instituto, não cabem sumarizações e simplificações que dêem ainda mais poder para o Estado e seus agentes em prol de uma reputada “justiça social” e em inteiro detrimento da autonomia humana.

E nesse mesmo sentido, também não cabe a adoção de ferramentas pelo Estado que têm o tácito escopo, às vezes até o expresso desiderato, de excluir da consciência superior do “grande irmão” os insignificantes e incapazes cidadãos, que não podem resolver seus problemas sem que sejam guiados como cordeiros por um pastor. Não é possível admitir, à luz do marco teórico adotado, à luz do que escreveram Fernandes e Pedron, que se implante um “processo” eletrônico fundado numa “doutrina” ultrapassada, de dois séculos atrás.

A idéia dos juizados especiais, não obstante tenha surgido com o brasão de promoção do acesso a justiça à população carente, desburocratizando o Poder Judiciário e simplificando o procedimento, no intuito de se alcançar um processo que encerre com rapidez, acaba contrariando os propósitos do Estado Democrático de Direito. É que na eliminação das barreiras de acesso à justiça, o que se observa é uma abdução do exercício das garantias processuais imprescindíveis à construção do provimento, quais sejam, contraditório, ampla defesa e isonomia, e, em alguns casos, o próprio estorvo desse exercício.

Ora, o maior gargalo da morosidade do Judiciário não está na tramitação dos processos, mas na ausência de uma estrutura judicial necessária, como bem afirmou o advogado Carlos Magno Custódio (2009), de sorte que tal problema, aliado à sumarização do procedimento, retorna com algo que há muito se tenta eliminar: a discricionariedade do juiz.

CONCLUSÕES

Em que pese o novo paradigma de Estado instalado no Brasil, em 1988, pela atual Constituição da República, nosso direito processual civil ainda não se desvencilhou dos fundamentos teóricos que o guiavam no âmbito do Estado Social, por último representado pela Constituição outorgada de 1967, durante a Ditadura Militar.

Definitivamente, precisamos da aplicação, no processo, de uma teoria adequada ao paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. Não há mais espaços, após a promulgação da Constituição da República de 1988, para uma teoria passível de conformidade com o paradigma constitucional do Estado Social, não condizente com a realidade em que vivemos.

Neste sentido, as partes, no processo, não mais estão numa relação de subordinação perante o Estado, que, por sua vez, impõe-lhes os seus desígnios públicos em detrimento das suas vontades individuais, mas sim num mesmo espaço de argumentação no qual possam, mediante as garantias de diálogo proporcionadas pelo Estado, construir os provimentos jurisdicionais e alcançar, pelo processo, a democracia.

Também não estão os cidadãos, quando partes num processo, submetidos à consciência de quem julga os seus pedidos como filtro social do bem e do mal, pois ao juiz não cabe exercer a função jurisdicional como extensão das suas vontades pessoais, mas sim como elemento garantidor de isonomia entre os atores processuais a quem cabe, mediante contraditório, decidir os seus próprios destinos.

Em arremate sobre a teoria formulada por Bülow, conclui-se pelo seu anacronismo em referência à Constituição da República, pois incapaz de suportar um modelo de processo fundado na garantia, pelo Estado, através de seus servidores públicos, das garantias fundamentais para um processo democrático, quais sejam, contraditório, ampla defesa e isonomia.

De igual forma, a instrumentalidade do processo, como característica processual fundada na teoria da relação jurídica, é incompatível com os desígnios constitucionais por um processo democrático e participativo,

notadamente por transformá-lo num simples coadjuvante meramente usado como ferramenta de trabalho pelo ator principal, o juiz.

Não se pode tolerar, no paradigma do Estado Democrático de Direito, um juiz a quem são destinadas as provas, a quem cabe a valoração subjetiva dos argumentos lançados aos autos pelas partes e, ao final, o proferimento de uma sentença que reflete majoritariamente as suas pré-compreensões sobre coisas e destinos que não lhe pertencem, tampouco ao Estado a que ele representa.

No que toca à noção de segurança jurídica, entendida como previsibilidade das decisões judiciais, não se pode deixar de atrelar a jurisdição e o debate entre as partes a um espectro social mais amplo, capaz de reproduzir e reconhecer os provimentos jurisdicionais como parte legitimamente integrante da comunidade, que não só gera efeitos aos participantes do processo, mas a todos os que compartilham o mesmo espaço social em que os provimentos serão aplicados.

Desta forma, segurança jurídica é conceito que deve ser unido indissociavelmente dos direitos fundamentais estabelecidos no âmbito social, notadamente na Constituição da República, de modo a serem harmonizados os resultados jurídicos que exsurgem do processo, democraticamente, com a sociedade.

Por outro lado, deixam de ser escopo da jurisdição os objetivos sociais pretensamente altruísticos, determinados pelo Estado enquanto administração ostensivamente interveniente e filtrados pelo juiz censor das vontades, correspondentes a elementos alheios aos autos processuais e, inclusive por isso, considerados metajurídicos – como se os direitos individuais estivessem submetidos a uma coletividade de interesses determinados pelo Estado segundo os seus parâmetros políticos, sociais, econômicos etc., sob a leitura de quem julga.

Sendo assim, é imprescindível no Brasil a aplicação de uma teoria do processo que, adequada à Constituição da República, seja hábil à consecução dos objetivos impassíveis de serem atingidos pela teoria do processo como relação jurídica, em adequação lógica ao Estado Democrático de Direito e às necessidades atuais da sociedade.

Por isso, surge como opção válida, e neste trabalho adotada, a teoria do processo como procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, formulada pelo processualista italiano Elio Fazzalaria e, no Brasil, amplamente difundida pelo processualista mineiro Aroldo Plínio Gonçalves e representada, quase unicamente, pela chamada Escola Mineira de Processo.

Somente mediante uma teoria do processo capaz de mudar o seu ponto central do Estado para a sociedade, do Juiz para as partes, será possível a democratização, sobretudo, do Poder Judiciário, bem como das instâncias administrativas integrantes das diversas instituições estatais que o compõem, sendo viável, como a mais adequada dentre todas as teorias processuais, aquela adotada como marco teórico deste trabalho.

Na teoria adequada ao Estado Democrático de Direito, as partes deixam de ser submetidas às determinações do Estado e às volições do juiz para, por autodeterminação, através de um processo compreendido como espaço de discussão determinado por princípios sociais compartilhados, poderem construir os provimentos jurisdicionais e, por eles, determinarem os desígnios do seu futuro e a resolução dos seus problemas.

Uma vez garantido às partes um processo adequado ao Estado Democrático de Direito, todos devem ter acesso hábil a provimentos jurisdicionais efetivos que, materialmente, sejam capazes de proteger direitos em prol de sua própria utilidade ou permitir ao autor o exercício de direitos necessários ao afastamento do risco de dano irreparável ou de difícil reparação a que esteja ameaçado.

Em nenhuma hipótese deve o processo abdicar de sua efetividade, e esta deve ser uma garantia do Estado, o qual, através de mecanismos adaptados à realidade social, seja habilitado a proporcionar a todos os cidadãos as possibilidades de defesa de direitos ou afastamento de danos irreparáveis ou de difícil reparação, como forma de garantia, ao final, da execução dos comandos das decisões de que já não caibam mais recursos com efeitos suspensivo.

Por outro lado, também não pode o processo, em nenhuma hipótese, permitir o seu trâmite sem que se respeitem as garantias constitucionais das partes ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, estas reconhecidas como

únicos elementos que, juntos, podem conferir legitimidade aos provimentos jurisdicionais.

Em que pesem essas diretrizes fundamentais do processo, no sentido de não se permitirem, de igual forma, as supressões de efetividade de sua legitimidade dos provimentos jurisdicionais que o integram, reconhece-se que, apenas em decorrência do argumento do tempo, há situações, sob as bases teóricas do processo atualmente implantadas no Brasil, que não comportam a coexistência dos dois requisitos.

Com efeito, decisões interlocutórias *inaudita altera parte*, já consideradas excepcionais na atual conjuntura inadequada do processo no Brasil, têm sido recorrentemente proferidas sob pena, em boa parte das circunstâncias, de perecimento do direito objeto da ação ou de ocorrência de dano grave irreparável ou de difícil reparação.

Por outro lado, não raros são os casos em que, por ausência de garantia ao réu do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, são deferidas ao autor medidas de urgência, sejam cautelares ou antecipatórias as quais, ao final do processo, demonstram-se equivocadas, por desnecessidade ou por improcedência do pedido, que, indubitavelmente, trazem prejuízos inversos ao réu, estes não considerados, muitas vezes, no momento em que proferidas decisões interlocutórias *inaudita altera parte*.

Neste diapasão, ainda as decisões interlocutórias *inaudita altera parte* sejam, hoje, o único meio apto.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Universität Leipzig. Professorenkatalog der Universität Leipzig: *catalogus professorum lipsiensium*. Disponível em: http://www.uni-leipzig.de/unigeschichte/professorenkatalog/leipzig/Buelow_764/. Acesso em 25 de janeiro de 2013.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental n. 2001/0154059-3 nos embargos de divergência em recurso especial n. 279.889/AL Brasília, 14 de agosto de 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=366847&sReg=200101540593&sData=20030407&formato=PDF. Acesso em: 23 de janeiro de 2013.
- BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.
- ¹ BÜLOW, Oskar von. Gesetz und Richtertamt. In *Juristische zeitgeschichte – Kleine Reihe – Klassische Texte*. Berlin: Berliner wissenschaftliche-Verlag GmbH, 2003. V. 10. p. 1-43.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos*. vol. 4. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A ação no direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Progresso, 1960.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas antecipatórias e cautelares. Esboço de reformulação legislativa. In *Revista de processo*, v. 140. São Paulo: RT, outubro de 2006.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CUNHA, Graziela Santos da; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. In *Revista de Processo*, v. 135. São Paulo: RT, maio de 2006.

- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Direito Constitucional e democracia: entre a globalização e o risco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. Direitos fundamentais nos documentos constitucionais alemães de 1850 a 1871. *In Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*. Ano III, número 4. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2009.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 79.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, p. 473-486, maio de 1999.
- MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *In Revista de Processo*, v. 144. São Paulo: RT, fevereiro de 2007.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Eurides Avance de Souza e Peter Naumann. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- REINALDO FILHO, Demócrito. Comunicação eletrônica dos atos processuais na Lei nº 11.419/2006; nova sistemática quanto à citação, penhora, embargos

e meios executivos. *In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 17. Porto Alegre: Magister, março e abril de 2007.

ROSA, Eliézer. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte, Decálogo, 2004.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Manual elementar de processo civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STREK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.