



**PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO:  
ASPECTOS CONCEITUAIS; CONSTITUCIONALIZAÇÃO E TUTELA  
JURISDICIONAL EFETIVA.**

***Danilo Nascimento Cruz***

Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI; Especialista em Direito do Estado (Constitucional, Tributário e Processo) pela Universidade Católica de Brasília - UCB (*Subárea de concentração – Direito Constitucional Processual*); Membro Associado da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC; Servidor do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí – TRE/PI; Foi Coordenador (2006) e Professor (2006, 2007, 2008) do Curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí - UESPI/Campus Dom José Vasquez Diaz; *home page*: [www.piauijuridico.blogspot.com](http://www.piauijuridico.blogspot.com) ; *e-mail*: [dnc\\_pi@hotmail.com](mailto:dnc_pi@hotmail.com)

***Karine Rodrigues Piauilino Cruz***

Graduada em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA/CE; Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual do Ceará – UECE; Advogada - OAB/PI 3356; Foi Professora da Universidade Estadual do Piauí – UESPI e da Academia de Policia Civil do Estado do Piauí – ACADEPOL/PI; Exerceu a função de Juíza Leiga do JECRIM/TJPI – “*Tabelião Orlando Ferreira Piauilino*”

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo analisar conceitos basilares do processo civil, como o direito de ação, a jurisdição e o processo, sob a ótica do direito constitucional, de forma a compreender como o processo civil contemporâneo pode propiciar uma efetiva tutela jurisdicional.

**Palavras Chave:** Processo Civil; Constitucionalização; Tutela Jurisdicional; Efetividade; Princípios.

**Abstract:** *This study aims to analyze the basic concepts of civil procedure, such as the right of action, jurisdiction and procedure under the perspective of constitutional law in order to understand how the contemporary civil procedure can provide an effective judicial protection.*

**Keywords:** *Civil Procedure; Constitutionalisation; Judicial protection; Effectiveness; Principles*

Sumário: 1. O Processo Civil Constitucionalizado – Uma introdução necessária; 2. O Direito de Ação no Estado Constitucional; 3. Princípios da Adequação e da Adaptabilidade do Procedimento – Por uma conformação procedimental; 4. Jurisdição e Processo no Estado



Constitucional; 5. Alterações trazidas pela lei 11.187/2005 conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento – Uma reforma em busca de efetividade; Conclusão.

## 1. O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO – UMA INTRODUÇÃO NECESSÁRIA.

O traço característico da constitucionalização do direito<sup>1</sup> consubstancia-se pela irradiação do conteúdo substancial e valorativo das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, condicionando a validade e o sentido das normas infraconstitucionais.

Alguns juristas já procuraram até mesmo elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do direito, dentre tais condições se incluem uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição; a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição; a influência da Constituição sobre as relações políticas.<sup>2</sup>

Não obstante a importância de tal catalogação, o cerne de real importância para a compreensão do processo de constitucionalização do direito é o papel de implementação de uma ordem objetiva de valores.

Assim, não se permita confundir a presença de normas infraconstitucionais na Constituição com a real idéia de constitucionalização, qual seja, a Constituição passa ser um filtro no qual deve passar todo o sistema jurídico, consagrando os valores nela insculpidos.

E como todo o ordenamento jurídico pátrio, o processo civil brasileiro também passou e ainda passa por um processo de constitucionalização.<sup>3 4</sup>

Não se vive mais a onipotência legalista positivista, tradição em nosso ordenamento jurídico como um todo, bem como assente no direito processual civil pátrio (art. 126 do CPC). Uma nova reinterpretação sob a ótica constitucional sobre o sistema de ritos cível brasileiro permite observar quão comprometido está o processo civil pátrio com o Estado Democrático,

---

<sup>1</sup>Conferir dentre outros: CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2010 - volume 13, n. 1, p. 205-224, mai. 2010.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006

<sup>3</sup> Os reflexos do movimento de constitucionalização do direito processual civil podem ser vistos no anteprojeto do código de processo civil apresentado na data de 08 de junho de 2010 ao presidente do Senado, José Sarney, pelo presidente da comissão de juristas, ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Seguem alguns destaques constante na exposição de motivos: “Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. (...) A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. (...) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. (...) Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material (...)”

<sup>4</sup> Eduardo Cambi denomina tal movimento de constitucionalização do direito processual de *Neoprocessualismo*.



com a tutela jurisdicional e com um Poder Judiciário eficiente, sendo este último deveras importante na criação judicial do direito<sup>5</sup>.

A mudança de paradigma ocorrida na seara do Estado Constitucional, com a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico como filtro axiológico, promoveu o reposicionamento, com certo destaque, de alguns princípios na estrutura constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo, representa uma repersonalização imposta a partir da Constituição de 1988 que deve levar em consideração a sua prevalência em relação às relações jurídicas patrimoniais.

Ora, se temos o homem como ator principal no centro desse filtro axiológico que é a Constituição Federal, é fatídico que todas as relações materiais que o tenha como sujeito devam ser de alguma forma asseguradas, e assim serão, efetivamente, pelo direito processual.

*Ocorre que o direito material mudou, a Constituição Federal de 1988 erigiu outra orientação. A chamada Constituição Cidadã elevou, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Trouxe para o início do texto constitucional o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais, originalmente relegado ao seu final. Essa nova ordenação topológica não é ausente de significação. O capítulo foi fortemente influenciado pelos ideais propostos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e tem se denunciado, à evidência na doutrina, a preocupação com a realização dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho não patrimonial, ali afirmados. É a busca não só pela declaração, mas pela efetividade e efetivação desses direitos. A ideologia dominante nos ordenamentos constitucionais atuais é justamente esta: não basta indicar um rol de direitos fundamentais é preciso efetivá-los.*<sup>6</sup>

O direito processual, em especial o direito processual civil, mantém intrínseca relação com o direito constitucional. Afinal, por se tratar de um ramo do direito público, necessariamente, muitos de seus institutos e princípios são tratados nas linhas basilares da Constituição Federal.

Tal condensação sistêmica processual na Carta Constitucional promoveu na doutrina nacional um questionamento mais didático que efetivamente científico no âmbito do direito processual sobre se o paralelo existente daria ensejo a um direito processual constitucional ou a um direito constitucional processual?

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma opção metodológica, onde o direito processual constitucional abrange tanto os princípios

---

<sup>5</sup> “O juiz, esse ‘ente inanimado’, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Essa participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imóvel.” In CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956, p. 24.b

<sup>6</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Porto Alegre, 2005, f.251-252. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.



fundamentais do processo como a chamada jurisdição constitucional numa chamada tutela constitucional do processo.<sup>7</sup>

Nelson Nery Junior prega a seguinte classificação:

*Existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional.<sup>8,9</sup>*

Hermes Zaneti Junior coerentemente leciona:

*Esta distinção se mostra meramente “metafórica”; portanto, mesmo que acobertada sob o pálio de “didática” revela-se desnecessária e deve ser repudiada frente à possibilidade de mitigação da importância do tema e sua diluição em discussões meramente terminológicas, de menor importância. Por outro lado, a divisão estanque representa mais um elo na cadeia de raciocínios do paradigma anterior. Olhando bem, vê-se que a separação procura deixar claro que parte do direito é predominantemente processual (ações), parte é constitucional (princípios), reforçando a noção de que nem todo o processo é constitucional (sic.). Por outro lado, (...) o termo “processo constitucional” é preciso e suficiente para abarcar os princípios constitucionais processuais, as ações constitucionais, a jurisdição constitucional stricto sensu e as normas sobre organização judiciária que estão na Constituição.*

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.<sup>10</sup>

## 2. O DIREITO DE AÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.85.

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 19.

<sup>9</sup> “Esta distinção [direito processual constitucional e direito constitucional processual] é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito Brasileiro, pelo menos pelas seguintes razões: Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’. Por outro lado, no Brasil, apesar de algumas vozes discordantes, o controle de jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira. Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro ‘modelo constitucional do processo’, estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderando, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.” in CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 212.

<sup>10</sup> DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 25.



À época do Estado liberal o direito de ação era visto de forma restrita, pois servia, apenas como direito de pedir à Jurisdição a realização do direito material não adimplido.

Vivia-se um momento de neutralidade da ciência processual, e de plena dissociação do direito material. Esse distanciamento entre o direito processual e o direito material possibilitou o reconhecimento do direito processual enquanto ciência autônoma ao tempo que demonstrou o quão ineficaz é o processo – meio, apartado do direito material – fim, pois, a inter-relação simbiótica entre ambos mostra-se como a fórmula mais adequada para a promoção da justiça.

Não se tinha ainda a idéia da tutela específica até porque não se pensava no processo sob a ótica do direito material e nas formas diferenciadas de tutela para a mais rápida e célere satisfação desse direito material, a busca da anulação do poder do juiz, que tinha sua figura associada à nobreza estatal (um claro opositor à ascensão burguesa), era o combustível para a criação de um procedimento neutro e genérico, que pudesse atender o anseio por uma prestação jurisdicional, independente de sua efetiva realização.

Nessa quadra, consubstanciava-se a regra de se exprimir em dinheiro o valor da lesão, o Estado concebia a transformação do direito em pecúnia e limitava a proteção jurisdicional à tutela pelo equivalente em dinheiro, aceitando que os direitos e as pessoas eram iguais ou admitindo a sua falta de responsabilidade à proteção específica das diferentes posições sociais e das diversas situações de direito material.<sup>11</sup> Afinal, é a investigação do caso concreto que possibilita a busca no direito processual da forma mais adequada para o tratamento do direito material correspondente.

No Estado Constitucional ao juiz não cabe obstaculizar a atuação jurisdicional, nem mesmo o legislador deixar de criar as mais adequadas técnicas de tutela diferenciada.

*O direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material. É óbvio que o direito de ação tem como corolário o direito de influir sobre o convencimento do juiz e, assim, o direito às alegações e à prova. Isto, porém, é praticamente inquestionável em sede doutrinária e jurisprudencial, não exigindo maior atenção. O que realmente importa destacar é a circunstância de que, se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isto que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, aí incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos.<sup>12</sup>*

A tutela prestada pelo poder judiciário deve ser verdadeiramente efetiva sob pena de tornar-se um estelionato estatal. A prescrição constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito deve ser satisfeita e decorre do fato de a ordem jurídico-constitucional assegurar aos cidadãos o acesso ao Judiciário numa concepção maior, onde engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.<sup>13</sup>

<sup>11</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 3.

<sup>12</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 8.

<sup>13</sup> RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02/05/97



E até que ponto se consubstancia os reflexos da efetividade constitucional no processo civil contemporâneo? Ora, se devemos ter uma Constituição efetiva, também devemos ter toda uma legislação infraconstitucional também efetiva, afinal, sempre é bom lembrar que a Constituição Federal serve como um filtro axiológico pelo qual todo o ordenamento deve se submeter, nestes termos, se devemos conceber o direito processual sob o enfoque do direito material e possibilitar a efetiva tutela jurisdicional, é cediço que devam ser criados procedimentos técnicos processuais que concretizem a tutela do direito material ameaçado ou propriamente violado.<sup>14</sup>

*Mas o direito de ação não depende apenas de prestações estatais destinadas a remover os obstáculos econômicos que impedem o acesso à justiça, mas igualmente de prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial. O direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material. (...) O que realmente importa destacar é a circunstância de que, se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isto que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, aí incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos.<sup>15</sup>*

Como exemplo de procedimentos diferenciados, temos a tutela específica e a tutela inibitória prevista no art. 461 do CPC e art. 84 do CDC.<sup>16</sup>

### **3. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE DA PROCEDIMENTO – POR UMA CONFORMAÇÃO PROCEDIMENTAL.**

Ao analisarmos o art. 5º, XXXV, CF/88 que preceitua “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” observa-se que num primeiro momento, utilizando apenas uma interpretação precária, como a literal, é possível pensar que tal comando normativo fora exclusivamente dirigido ao legislador (por mencionar que a lei...), onde na verdade ela fora dirigida tanto ao legislador quanto ao juiz. Pois a nenhum dos dois cabe obstaculizar o acesso do cidadão ao judiciário. Nesse sentido, é impreterível tratarmos de dois princípios do processo: Princípio da Adequação e o Princípio da Adaptabilidade.

O princípio da adequação, direcionado ao legislador, tem como razão a capacidade de promover criação legislativa (procedimento) que se amolde às particularidades do direito

---

<sup>14</sup> “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.” in BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo.” in São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 8.

<sup>16</sup> Para um aprofundamento sobre o tema é impreterível a obra: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.



material que se pretenda defender em juízo de forma efetiva e/ou sob os auspícios de uma tutela de urgência.

Fredie Didier explica:

*Três são, basicamente, os critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do direito material, cuja importância e relevância impõem uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual da urgência. São exemplos do primeiro critério as possessórias, os alimentos, a busca e apreensão em alienação fiduciária, a liminar em ação civil pública etc. Do segundo critério, exsurtem o mandado de segurança, ação monitória e a tutela antecipada genérica do art. 273, CPC, recentemente implementada no direito brasileiro. São exemplos de tutela de urgência os procedimentos especiais de alimentos, mandado de segurança preventivo etc.*

[...]

*Com a nova redação do princípio da inafastabilidade, feita pela Constituição de 1988, com a inclusão da tutela da ameaça - inexistente na ordem anterior -, constitucionalizou a tutela preventiva, a tutela de urgência, a tutela contra o perigo, legitimando ainda mais a concessão de provimentos antecipatórios e cautelares. A Constituição é clara ao prescrever a tutela reparatória e a tutela preventiva. Grande evolução. A proliferação das 'cautelares satisfativas' - medidas urgentes de mérito concedidas mediante o procedimento cautelar - é a demonstração prática da necessidade de adequação às situações de urgência; é a resposta da comunidade jurídica à ausência legislativa de uma medida adequada à tutela dos direitos em estado de periclitación.<sup>17</sup>*

Já o princípio da adaptabilidade, direcionado ao magistrado, permite-lhe diante das peculiaridades do caso concreto, conformar o procedimento de forma à melhor amparar o direito material em questão<sup>18</sup>. Deste modo o procedimento posto à disposição do magistrado, tolera que este se movimente flexivelmente dentro da correta técnica tendo como meta a melhor consecução do processo numa perspectiva instrumentalista (*meio adequado para*). Por exemplo, temos, a) possibilidade de inversão da regra do ônus da prova, em causas de consumo (a regra do procedimento é alterada no caso concreto, *ope iudicis*, preenchidos certos requisitos), de acordo com o art. 6º, VIII, CDC; b) a possibilidade de conversão do procedimento sumário em ordinário, em razão da complexidade da prova técnica ou do valor da causa (art. 277, §§ 4º e 5º, CPC); c) o julgamento antecipado da lide, em que se pode abreviar o rito, com a supressão de uma de suas fases (art. 330, CPC)<sup>19</sup>

Arremata o Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sugerindo uma reforma legislativa onde se estabeleça o princípio da adequação formal:

---

<sup>17</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 7 – 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

<sup>18</sup> Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.68-70.

<sup>19</sup> DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.



*[...] facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.<sup>20</sup>*

#### 4. JURISDIÇÃO E PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A Jurisdição em sua concepção clássica seja na visão de Chiovenda ao afirmar que aquela se resumia na aplicação da lei ao caso concreto pelo modelo subsuntivo onde a lei genérica e abstrata não considerava a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, numa típica visão do Estado liberal, ou na visão de Carnelutti em que o juiz criava norma individual para regular o caso concreto com fundamento na norma geral, não é o bastante para que possamos compreender a concepção de jurisdição no Estado Constitucional.

Deve-se ter por certo que o Estado Constitucional prezou pelo respeito incondicional aos direitos fundamentais como corolário direto do princípio da dignidade da pessoa humana, deste modo, houve um reenquadramento das funções típicas estatais, executiva, legislativa e jurisdicional a um dimensionamento obediente à Constituição, seja não contrariando a Constituição, seja procurando interpretar todo o ordenamento sob o filtro constitucional.<sup>21</sup>

Não que a lei tenha perdido seu valor, ou sua importância no Estado contemporâneo tenha tornado-se diminuta, na verdade apenas mudou-se de paradigma com o fito de adequar a aplicação do ordenamento à realidade social e às necessidades naturais, sob a ótica da dignidade humana, ou de um mínimo existencial à vida do homem em sociedade.

Cabe ao juiz, então, depois de perceber as peculiaridades do caso concreto e apreendê-lo sob a prescrição da legislação ordinária, procurar o significado desta norma à luz da Constituição e atribuir-lhe significado constitucional sempre embebecido pelos princípios de justiça e pelos direitos fundamentais. Logo, antes de objetivar atribuir significado aos valores da Constituição, a interpretação visa conferir significado ao direito material.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni:

*Assim como o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição, o juiz não pode tentar encontrar a lei do caso concreto olhando apenas para a Constituição. Para a prestação da tutela jurisdicional é imprescindível a consideração das necessidades do direito material. Isso é mais fácil de evidenciar do que a própria idéia de que a lei*

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. RePro, São Paulo: RT, 1999, 96:59-69. O referido professor menciona dispositivo do Código de Processo Civil Português a respeito do assunto: “Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.”

<sup>21</sup> A força normativa dos direitos fundamentais, ao impor o dimensionamento do produto do legislador, faz com a Constituição deixe de ser encarada como algo que foi abandonado à maioria parlamentar. A vontade do legislador, agora, está submetida à vontade suprema do povo, ou melhor, à Constituição e aos direitos fundamentais. Nenhuma lei pode contrariar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais e, por isso mesmo, quando as normas ordinárias não podem ser interpretadas “de acordo”, têm a sua constitucionalidade controlada a partir deles. A lei deve ser compreendida e aplicada de acordo com a Constituição. Isso significa que o juiz, após encontrar mais de uma solução a partir dos critérios clássicos de interpretação da lei, deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Trata-se, desse modo, de uma forma de filtrar as interpretações possíveis da lei, deixando passar apenas a que melhor se ajuste às normas constitucionais. in MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 65.



*deve ser conformada segundo os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais. É que a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, antes de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais apenas servem para ajudar o juiz a atribuir sentido ao caso concreto e a conformar a norma capaz de regulá-lo. É por isso mesmo que a teoria que afirma que a jurisdição tem o objetivo de concretizar os valores constitucionais não é bastante para explicar a complexidade da função do juiz. Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas de acordo com a lei colocada à luz das normas constitucionais.<sup>22</sup>*

A jurisdição também deve ser vista e estudada a partir da perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Corroborando com o que foi explanado no tópico sobre o direito de Ação, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide também sobre o legislador e o juiz, adequando e adaptando o procedimento e conseqüentemente o processo.

As técnicas processuais incidirão sobre as particularidades do caso concreto identificando as tutelas e conduzindo à melhor forma de proteger o direito jurídico-material, onde a omissão do legislador não legitima a omissão do juiz.

Assim, a identificação das necessidades do caso concreto e a escolha da técnica processual apropriada para lhe dar resguardo devem ser justificadas mediante argumentação racional capaz de convencer. Na verdade, leciona Luiz Guilherme Marinoni, mais do que definir as necessidades do caso e explicar o motivo pelo qual escolheu a técnica processual utilizada, o juiz deve estabelecer uma relação racional entre as necessidades do caso concreto, o significado da tutela jurisdicional no plano substancial (que nada mais é do que a expressão da tutela prometida pelo direito material, ou seja, a tutela inibitória etc.) e a técnica processual.<sup>23</sup>

José Carlos Barbosa Moreira<sup>24</sup> aponta cinco requisitos para que o processo possa atender as condições de efetividade: (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos assegurados pela ordem jurídica, inclusive aos direitos fundamentais positivados na forma de princípios e aos direitos fundamentais adstritos (implícitos); (ii) estes instrumentos de tutela devem ser praticamente utilizáveis por todos os titulares de direitos, indiscriminadamente, sejam eles sujeitos individuais ou uma coletividade (direitos difusos e coletivos); (iii) deve-se assegurar o direito à ampla produção de provas capazes de influir no convencimento do julgador, bem como o juiz deve adotar uma postura ativa na atividade instrutória; (iv) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo efetivo do bem da vida a que tem direito – essa perspectiva remete à clássica formulação chiovendiana “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto*”

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 77-79.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 80-86.

<sup>24</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo*. In: *Temas de direito processual*, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33



*tutto quello e Proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*” – e, por fim, (v) o processo deve atingir o melhor resultado possível com o mínimo dispêndio de tempo e energia.<sup>25</sup>

Márcia Brandão Zollinger explica:

*Nesse sentido a doutrina processual civil contemporânea passou a versar sobre questões de acesso à justiça, instrumentalidade do processo e efetividade da tutela jurisdicional, numa verdadeira mudança paradigmática do objetivo do processo que, deixando de constituir um fim em si mesmo, passa a preocupar-se com a concretização, na realidade fática, das aspirações consagradas nas normas de direito material, em especial nas normas jus fundamentais. O objetivo do processo é, pois, tornar efetivo o direito material. Dessa forma, o direito a um procedimento adequado, que possibilite a plena materialização do comando normativo no mundo dos fatos, passa a ser reconhecido como elemento essencial para a realização dos direitos fundamentais, constituindo ele próprio, também, um direito fundamental, como se verá.<sup>26</sup>*

Necessário não deixarmos de destacar a importância da legitimação da atuação jurisdicional através do procedimento sob a ótica dos direitos fundamentais.

O procedimento enquanto exteriorização material do processo é importante instituto do direito processual que legitima a decisão do juiz pela participação das partes. Essa legitimação decorre da atuação do legislador que ao criar a norma de rito própria à atuação do poder judiciário onde as partes judicantes atuarão opostamente, permitirá que se profira a mais adequada solução a dirimir o conflito e a promover a paz social.

Ressalta-se apenas, que mesmo a atuação jurisdicional sob o crivo do procedimento elaborado pelo legislativo, isso significa aprovado pela população, ao juiz não se permite a inércia mental em não sorver do caso sob apreciação a condição propícia para aplicação do conteúdo material dos direitos fundamentais.

Tal diferença, acima mencionada, é destacada pela doutrina americana em *primary proceduralism* e *derivative proceduralism*.<sup>27</sup>

A participação no procedimento em nenhuma hipótese deve se contrapor à proteção do conteúdo substancial dos direitos fundamentais como critério de legitimidade da decisão judicial, afinal esse processo participativo não é capaz de permitir que se deixe de lado o poder-dever (*rectius*: dever-poder) de o juiz apontar para o conteúdo substancial dos direitos fundamentais para dar tutela jurisdicional aos direitos.

A observância do procedimento ou a participação não são suficientes para conferir legitimidade à decisão. É preciso que a jurisdição tenha o poder de apontar para o fundamento

<sup>25</sup> “A preocupação subjacente à doutrina da efetividade do processo consiste justamente em conceber um processo plenamente aderente à realidade sócio-jurídica e que sirva de instrumento à efetiva realização do direito material.” in WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000, p.19-21.

<sup>26</sup> ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Curitiba, 2005, f. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

<sup>27</sup> “A distinção entre procedimentalismo genuíno (*primary proceduralism*), posição para a qual o emprego do processo relevante é tanto indispensável quanto determinante de qualquer resultado que possa ser considerado legítimo, e procedimentalismo derivado (*derivative proceduralism*), para o qual os resultados são em última instância determinados e legitimados por algo mais fundamental, ou logicamente antecedente, em relação ao processo relevante, é elaborada por Michel Rosenfeld (Can rights, democracy, and justice be reconciled through discourse theory? In Habermas on Law and Democracy (Michel Rosenfeld, Andrew Arato (Ed.)), Berkeley: University of California Press, 1998, p. 90)”. *apud* MARINONI. Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 24.



material do direito fundamental para poder negar a lei que com ele se choca, ou para comungar numa sistêmica interpretação do ordenamento.<sup>28</sup>

Explica Luiz Guilherme Marinoni:

*[...] processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É o conduto que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário, e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.<sup>29</sup>*

## 5. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.187/2005 CONFERINDO NOVA DISCIPLINA AO CABIMENTO DOS AGRAVOS RETIDO E DE INSTRUMENTO – UMA REFORMA EM BUSCA DE EFETIVIDADE.

Toda digressão feita anteriormente terá a sua exemplificação prática no presente tópico.

Trataremos da nova sistemática do agravo, seja ele na modalidade retido ou por instrumento.

A análise das alterações, no recurso do agravo, foram escolhidas justamente por demonstrarem que o direito processual contemporâneo exige um tratamento, célere, oral, que ampare as tutelas de urgência de forma adequada e efetiva.

Analisaremos a alteração legislativa trazida pela 11.187/2005, comentando seus artigos e a influência por ela trazida na busca de uma tutela jurisdicional concreta.

*Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.*

O recurso de agravo, que é cabível contra decisão interlocutória proferida por juiz de primeiro grau de jurisdição, com a reforma legislativa, passou a ser aplicado em regra em sua modalidade retida no âmbito do processo judicial que tramita no juízo *ad quo*. Antes da reforma, sua utilização tanto na modalidade retida como por instrumento dava-se indiscriminadamente, afinal, não havia previsão legal de obrigatoriedade entre uma ou outra modalidade.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 25.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009, p. 30.

<sup>30</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 873.



Deste modo deve-se observar que, sempre que a decisão for suscetível de causar à parte, lesão grave e de difícil reparação, o agravo se dará na modalidade por instrumento. Passa-se a haver um policiamento processual maior em verificar se o agravo interposto tem por fundamento alguma situação que demande uma tutela de urgência. Hipóteses (processuais) que bem ilustram a tal situação são as decisões que concedem ou negam pedido de liminar ou tutela antecipada, além da própria aferição da situação de direito material *sub judice*, à exemplo, uma demanda possessória.<sup>31</sup>

O tratamento do prazo legal de 10 dias para sua interposição, bem como as situações legais de inadmissão da apelação e efeitos em que a apelação é recebida, que dão azo à aplicação do agravo de instrumento direto no tribunal ficaram inalterados pela reforma.

Percebe-se assim, que a simples prestação da tutela jurisdicional na ótica positivista do Estado Liberal em apenas conceber um rito para que o cidadão tivesse direito à uma sentença, não importando qual fosse o resultado, não mais vigora. O rito deve ser propício à tutela do direito e condizente com um prestação da tutela jurisdicional mais célere.

Temos na apreciação deste artigo traços do princípio da adequação e da celeridade processual.

*Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação. (...) § 3o Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.*

O atual art. 523, § 3º do CPC determina que se interponha o agravo na forma oral, na audiência de instrução e julgamento, devendo o respectivo recurso ser reduzido a termo.

Diferentemente do que prescrevia a antiga redação do citado artigo<sup>32</sup>, a faculdade permissiva da antiga redação deu lugar a determinação cogente da interposição do agravo na forma oral, em obediência ao princípio da oralidade. No tocante à restrição de se permitir apenas na audiência de instrução e julgamento, não é possível apreender sua razão de ser.

Alexandre Freitas Câmara discorre:

*Temos que lex minus dixit quam voluit, isto é, a lei menos disse do que queria. Não há qualquer razão aceitável para excluir-se a admissibilidade da interposição oral do agravo retido contra decisões proferidas na audiência preliminar, ou em qualquer outra audiência que não a de instrução e julgamento. Pensamos, assim, que esse dispositivo deve ser interpretado extensivamente e que só será admitido o agravo retido oral contra decisões proferidas em audiência (de qualquer natureza).<sup>33</sup>*

Observe-se que no momento da arguição do recuso oralmente na audiência de instrução e julgamento, bem como na redução a termo do mesmo, o agravante deve expor a

<sup>31</sup> “A urgência, portanto, passa a ser um critério fundamental, e quase sempre imprescindível, para admissibilidade do agravo de instrumento.” in JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 174-175.

<sup>32</sup> “... das decisões interlocutórias proferidas em audiência admitir-se-á interposição oral do agravo retido, a constar do respectivo termo, expostas sucintamente as razões que justifiquem o pedido de nova decisão.” in ALVIM. José Eduardo Carreira. *Alterações do código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 236.

<sup>33</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil V. II*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.



razões que fundamentam seu recurso, devendo com clareza expor o(s) ponto(s) da decisão que merece reforma, porquanto a fundamentação (ou motivação) é um dos pressupostos recursais do agravo. No que tange a obrigação da utilização da forma oral, José Eduardo Carreira Alvim entende que na prática, pode até não ser na forma oral, desde que o juiz solicite ao advogado do agravante que elabore a peça por escrito fazendo-se juntar aos autos, daí não resultando nenhuma nulidade ou prejuízo ao recorrente.<sup>34</sup>

*Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator (...) II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;*

A previsão de conversão do agravo de instrumento em agravo retido salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa, promoveu uma adequação da legislação processual à tão debatida idéia de uma prestação jurisdicional efetiva.

Parte minoritária da doutrina critica a alteração legislativa alegando ofensa a princípios processuais de ordem constitucional, como por exemplo, o princípio do acesso ao juiz natural, utilizando como argumento que nos casos de competência recursal dos tribunais, o relator, quando decide singularmente, atua como delegado do colegiado, e o faz por economia processual, sem, entretanto, anular a competência originária do ente coletivo.<sup>35</sup>

Bruno Dantas Nascimento também critica o referido dispositivo:

*[...] a irrecorribilidade estatuída pelo parágrafo único do art. 527 terá duas faces, nenhuma delas construtiva para a ciência processual brasileira: uma inconveniente e outra inconstitucional. De um lado, inconveniente quando a vexata quaestio encerrar direito líquido e certo, pois o novo dispositivo ensejará a impetração do mandado de segurança contra o decisum do relator, que, como dissemos alhures, trará todo um cabedal de recursos propícios a assoberbar, ainda mais, nossos tribunais. De outro, inconstitucional pois a subtração do exame do recurso do colegiado, que é seu juiz natural, culmina em flagrante inconstitucionalidade.<sup>36</sup>*

Vejam, é cediço na doutrina majoritária que o princípio do juiz natural atua em duas frentes, (i) uma direcionada ao juízo enquanto competência constitucional e legalmente delimitada; (ii) outra, frente ao juiz quando se exige imparcialidade na sua atuação, além dos casos da não criação dos tribunais de exceção.

<sup>34</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 238.

<sup>35</sup> A anterior redação do inciso II do art. 527 do CPC assim preceituava: “II – poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, **cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente.**”

<sup>36</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei nº 11.187/2005*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 03 mar. 2009.



Nesse sentido: Nelson Nery Junior<sup>37</sup> e Leonardo Greco<sup>38</sup>

Vemos claramente que, a partir de uma leitura sistemática da constituição e da legislação processual infraconstitucional, temos uma competência fixada, um juiz individualizado, os critérios de divisão funcional observados... A reforma em nada feriu as bases teóricas do processo civil, portanto qualquer crítica não pode prosperar.

Então: 1) possuímos uma lei ordinária federal disciplinando o recurso do agravo que teve o correto trâmite nas casas legislativas obedecendo ao devido processo legislativo, 2) esta mesma lei respeitou ao princípio do devido processo legal substantivo que, pela vertente do princípio da proporcionalidade, um meio que representa “restrição” a um direito fundamental pode ser empregado, desde que, *cumulativamente*: *i*) seja adequado para prestigiar um outro direito fundamental (que deve ser apontado); *ii*) seja necessário para tanto, vale dizer, não existam outros meios que também sejam adequados e que não impliquem restrição ao direito fundamental de que se cuida; e *iii*) seja proporcional em sentido estrito, vale dizer, seu emprego, além de adequado ao prestígio de um direito fundamental, e necessário, na medida em que não existam outros também adequados e menos gravosos, *traga mais vantagens do que desvantagens*, ou, dizendo de uma outra forma, traga maior acréscimo à efetividade do princípio que visa a efetivar do que decréscimo àquele que por ele é restringido,<sup>39</sup> 3) teve como bússola norteadora o princípio da razoável duração do processo, prestigiando o desfogamento do judiciário.

Portanto, acreditamos particularmente, que o legislador foi feliz, pois também reverenciou dentre outros, o respeito ao princípio da adequação bem como ao da instrumentalidade do processo.

No mesmo sentido, mas com outros fundamentos, José Eduardo Carreira Alvim:

*A alteração do inciso II do art. 527 do CPC objetivou harmonizá-lo com o disposto no art. 522, adotando a mesmíssima redação, na conversão do agravo de instrumento, inadequadamente interposto, em agravo retido. A diferença fica por conta da faculdade processual antes conferida ao relator [...] para o dever processual. [...] Seja como for, a restrição [...] tem sua razão de ser, pois a experiência dos pretórios demonstra que, no Brasil, se recorre (agrava-se) de toda e qualquer decisão interlocutória...*<sup>40</sup>

Temos Fredie Didier:

<sup>37</sup> “Nelson Nery Junior reputa necessárias para a observância do princípio do juiz natural: 1) exigência de determinabilidade, ou seja, “prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais”; 2) garantia de justiça material, consubstanciada na “independência de imparcialidade dos juízes”; 3) fixação de competência, por meio de “estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes”; 4) observância da divisão funcional interna. Assevera que a análise dessas condições explicita o conteúdo material do juiz natural, ao exigir independência e imparcialidade do órgão julgador, bem como a imposição de critérios objetivos na distribuição de competência e prévia constituição do juízo.” in SILVA, Carlos Augusto. *O princípio do juiz natural*. Revista Ajuris, Porto Alegre: n. 89, p. 9-28, março/2003

<sup>38</sup> “... o Juiz Natural é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere ‘in abstrato’ o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie.” in GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, 305, mar/2003.

<sup>39</sup> SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Alguns questionamentos em torno da execução fiscal*. in: Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). *Execução fiscal*. 1 ed. São Paulo: RT, 2008, v. 14, p. 269-292.

<sup>40</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Alterações do código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 243-244.



*Em vez de determinar o não-conhecimento do recurso, o legislador cria regra de aproveitamento do ato processual indevidamente praticado, em nítida aplicação ao princípio da instrumentalidade das formas.*<sup>41</sup>

*Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial;*

A intimação do agravado, dando-se por ofício dirigido ao advogado ou mesmo por publicação no diário oficial, preza impecavelmente pelo princípio da publicidade, bem como está presente também o princípio do contraditório e paridade das armas, ao conceder o prazo de dez dias para resposta do agravado.

*Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...) VI - ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do caput deste artigo, mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.*

Nos casos especificados na prescrição legal, abrir-se-á vista dos autos ao Ministério Público. É necessário frisar que o Ministério Público não atuará em todo e qualquer processo que tenha a interposição de um agravo, mas apenas naqueles em que o recurso tiver sido interposto e a intervenção ministerial seja obrigatória.

Luiz Guilherme Marinoni ao apreciar a atual sistemática do recurso entende que a decisão liminar do relator, nos casos dos incisos II e III, é irrecorrível, somente podendo ser objeto de pedido de reconsideração, dirigida ao próprio relator, sendo apreciada pelo colegiado apenas por ocasião do julgamento do agravo (art. 527, parágrafo único, do CPC).<sup>42</sup>

Assim, a supressão do agravo interno, dá maior credibilidade ao relator, afirmando que fora um retrocesso a previsão do agravo interno na medida em que permitia a duplicação de recursos cabíveis, eliminando a intenção de celeridade buscada por aquela modificação.

## CONCLUSÃO

Superou-se o Estado Legalista e impôs-se o Estado Constitucional. O homem de mero coadjuvante passa a ser ator principal traduzido em sua dignidade. Institutos clássicos do processo civil são redimensionados sob a ótica dos direitos fundamentais. Ao Estado não cabe mais o papel burocrático de garantir ao cidadão uma sentença inerte e ineficaz, cabe-lhe agora promover a proteção apropriadamente concreta sob a nomenclatura de tutela jurisdicional efetiva adequada e adaptável ao direito material *sub judice*.

<sup>41</sup> DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil - vol.3*. 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2007. p. 126

<sup>42</sup> Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, vol. 2 - Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 547/548



Nesse quadro, é necessário percebermos que a repercussão reflexiva da atuação das normas constitucionais sobre os demais ramos do direito, em especial sobre o processo civil, revela-se apropriada e necessária.

Assim, nos é permitido afirmar que a evolução do processo civil com suas novas tendências, está trilhando um caminho evolutivo e de mão única, com o escopo de se chegar a uma justiça social célere e efetiva.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Alterações do código de processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo*. In: Temas de direito processual, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo." in São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 18-19, jul/dez. 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil V. II*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Lições de Direito Processual Civil V.III*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CRUZ, Danilo Nascimento. *Premissas históricas e teóricas sobre a constitucionalização do direito*. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2010 - volume 13, n. 1, p. 205-224, mai. 2010

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a evolução do processo e o inciso II do art. 527 do CPC*. Blog Piauí Jurídico, Teresina, ano 2. Disponível em: <http://piauijuridico.blogspot.com/2008/09/notas-sobre-evolu-do-processo-e-o.html>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil - vol.3*. 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 7 – 9. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Revista Jurídica, 305, mar/2003.

JORGE, Flávio Cheim. *A nova reforma processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, vol. 2 - Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito fundamental de ação*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Breves reflexões sobre a reforma do agravo na Lei nº 11.187/2005*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1104, 10 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8616>>. Acesso em: 03 de fevereiro de 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. RePro, São Paulo: RT, 1999.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Alguns questionamentos em torno da execução fiscal*. in: Ives Gandra da Silva Martins. (Org.). *Execução fiscal*. 1 ed. São Paulo: RT, 2008, v. 14, p. 269-292.

SILVA, Carlos Augusto. *O princípio do juiz natural*. Revista Ajuris, Porto Alegre: n. 89, p. 9-28, março/2003

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. 1. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo: A Virada do Paradigma Racional e Político no Processo Civil Brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. Porto Alegre, 2005, f.251-252. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Curitiba, 2005, f. 121. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.