

Princípios processuais constitucionais

Firly NASCIMENTO FILHO*

RESUMO: O estudo do processo civil contemporâneo concentra os seus esforços hermenêuticos no sentido de viabilizar os inúmeros princípios que foram albergados no texto constitucional em vigor. Este artigo desenvolve breve comentário sobre os mais relevantes dentre esses princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil; Constituição; princípios.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Devido processo legal; – 3. Isonomia; – 4. Juiz natural; – 5. Promotor natural; – 6. Inafastabilidade do controle jurisdicional; – 7. Proibição de provas ilícitas; – 8. Contraditório e ampla defesa; – 9. Publicidade; – 10. Motivação das decisões judiciais; – 11. Duplo grau de jurisdição; – 12. Duração razoável do processo; – 13. Conclusões; – 14. Bibliografia.

TITLE: *Constitutional Civil Procedure Principles*

ABSTRACT: *The study of contemporary civil procedure law concentrates its efforts in the numerous principles that have been identified in the current Brazilian constitutional text. This article develops brief commentaries on the most important ones among those principles.*

KEYWORDS: *Civil procedure; Constitution; principles.*

CONTENTS: *1. Introduction; – 2. Due process of law; – 3. Equality; – 4. Natural judge; – 5. Natural prosecutor; – 6. Access to justice; 7. Prohibition of illicit evidence; – 8. Adversarial principle and wide defense; – 9. Publicity; – 10. Motivation of judicial decisions; 11. Double degree of jurisdiction; – 12. Reasonable duration of process; – 13. Conclusions; – 14. References.*

1. Introdução

A moderna processualística concentra os seus esforços hermenêuticos no sentido de viabilizar os inúmeros princípios que foram albergados no texto constitucional em vigor¹. Embora, evidentemente, não esgotem esse tema tão carente de estudos², o exame da questão sob o prisma constitucional é, a nosso ver, ponto de partida necessário para a sua análise profícua.

* Professor de Direito Processual Civil da PUC-RIO. Mestre e Doutor em Direito (PUC-RIO). Juiz Federal no Rio de Janeiro.

¹ Constituição Federal de 05.10.88.

² Existem os clássicos estudos do professor Rui Portanova, *Princípios do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995 e do professor Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, 1992, RT e, ainda, artigos esparsos sobre o tema. Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o magnífico estudo da professora Ada Pellegrini Grinover, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: José Bushatsky. 1975.

O nosso estudo tomará por base a classificação sugerida por NELSON NERY JUNIOR: isonomia; juiz e promotor natural; inafastabilidade do controle jurisdicional; contraditório; proibição da prova ilícita; publicidade; duplo grau de jurisdição; motivação das decisões judiciais.³ Por força da inclusão em decorrência da emenda constitucional no. 45/2004 também será objeto de exame a duração razoável do processo.

No Direito brasileiro, é ímpar a obra do professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, que estabelece os marcos daquele considerado o princípio constitucional de maior relevância para o processo, em geral, qual seja o do devido processo legal (*due process of law*) examinado nos seus aspectos: o processual (*procedural*) e o substantivo (*substantive*).⁴

É importante destacar que, no mundo todo, há preocupação com a denominada efetividade do processo, combinada com o que alguns processualistas clássicos denominariam acesso à Justiça. Tais preocupações são sintetizadas pelo jurista alemão WALTHER HABSCHEID nos seguintes tópicos: direito a um julgamento em prazo razoável; direito de ser notificado; direito ao contraditório; direito às provas, proibição de exagerado formalismo; direito à assistência judiciária.⁵

Nunca é demais ressaltar a vinculação necessária entre o Direito Processual e o Direito Constitucional, natural, vez que ambos compõem o ramo do Direito Público. A nossa Constituição, de conteúdo analítico, organizando os Poderes do Estado e estipulando inúmeros direitos fundamentais, de índole individual, coletiva e social, regulamenta, de maneira extensa, diversos institutos cuja atuação é essencial para melhor compreensão do desenvolvimento do processo, nas suas várias ramas (civil, penal, trabalhista, militar, administrativo).

Um dos sujeitos do processo, o magistrado, tem, na Constituição, uma fonte inesgotável de regras que regulamenta suas atividades judicantes, sendo o Poder Judiciário alvo, também, de extenso rol de regras organizacionais, tantas que nem todas são conhecidas pelos bacharéis em Direito. Na mesma linha, embora em menor extensão, o Ministério Público, sujeito especial do processo, com grande relevo na defesa dos interesses da Sociedade.

³ *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, RT: São Paulo, 1992.

⁴ *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Forense: Rio de Janeiro, 1989, p. 3.

⁵ HABSCHEID, Walther. *Les Grands principes de La procédure Civile: Nouveaux Aspects* in Scritti in Onore di ELIO FAZZALARI, Volume Secondo, Milano: Giuffrè Editore, 1993, pp. 03/14.

Inegavelmente, o aumento de prestígio do Poder Judiciário e do Ministério Público decorre da instituição do Estado de Direito Democrático e, por conseqüência, do reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais. Tais direitos exercidos pelos cidadãos fazem realçar, também, a nobre função do advogado, *munus* público tão necessário a uma boa Justiça e considerado, constitucionalmente, função essencial da Justiça.

A estrutura constitucional atual, no que tange aos aspectos relacionados ao processo, em quase sua totalidade, está protegida das reformas liberais empreendidas no solo pátrio vez que consideradas cláusulas pétreas. No entanto, após inúmeras relatorias no Congresso Nacional, ocorreu uma minirreforma do Poder Judiciário, consubstanciada pela emenda constitucional no. 45, de 2004. Suas conseqüências ainda não estão devidamente equacionadas, mas como traço comum dos juristas ao analisar o assunto, verifica-se que ela não atingiu os princípios constitucionais processuais e nem os direitos e garantias fundamentais.

Ressalte-se, ainda, que o tema Jurisdição Constitucional nasceu com HANS KELSEN, ao elaborar estudo sobre a Constituição austríaca de 1920. De lá até os dias de hoje, inúmeros autores se debruçaram sobre o tema valendo realçar, no Brasil, o clássico livro do Professor BARACHO,⁶ da Universidade Federal de Minas Gerais.

A análise desse tema relevante vem reforçada pela edição do Código de Processo Civil de 2015 que, no seu art. 1º, estabelece o parâmetro constitucional como informador das regras processuais.⁷

Nessa trilha o Código de Processo Civil de 2015 incorporou os princípios constitucionais processuais no seu corpo estrutural indicando, em ordem de sequencia: a) inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 3º.); b) duração razoável do processo (art. 4º.); c) isonomia (art. 7º.); d) contraditório (art. 7º. , art. 9º. e art. 10); e) publicidade (art. 11); f) motivação (art.11).

2. Devido processo legal

⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁷ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

O princípio considerado *mater* no que diz respeito às garantias processuais surgiu na Inglaterra, inicialmente sob a locução *law of the land*, resultado do documento imposto pelos barões ingleses ao Rei João, alcunhado “Sem Terra”, início do Século XIII, tendo sido escrito em latim, a língua utilizada pela elite à época.⁸

Foi, no entanto, no desenvolvimento do direito norte-americano que foram estabelecidos os limites do *due process of law* e incorporadas às 5^{a.} e 14^{a.} Emendas à Constituição dos Estados Unidos da América.⁹

A origem do instituto o qualifica como uma garantia eminentemente processual e, nessa condição, ele foi aplicado na Inglaterra e nos Estados Unidos, mesmo após a edição da 14^{a.} Emenda. Nessa linha, com aplicação expressiva na seara criminal, o princípio garantiu a proibição de leis retroativas, o direito ao julgamento por júri, a proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato e a vedação de auto-incriminação forçada.

Além disso, possibilitou o exercício pleno do direito de defesa e o direito ao contraditório, bem como o dever de o Estado informar o cidadão dos termos de qualquer acusação, podendo permanecer calado. Também o direito a advogado contratado ou público ressuma do referido princípio.

Diz-nos ORLANDO BITTAR, em obra clássica, que podemos distinguir três fases no desenrolar histórico do princípio: “...1º) uma fase adjetiva (*due procedure*, diz Mathews); 2º) uma fase posterior substantiva; 3º) declínio da concepção substantiva e tendência a um retrocesso para a fase adjetiva pura.”¹⁰ É bom esclarecer que o professor paraense refere-se ao Direito Processual como adjetivo, nomenclatura que não adotamos atualmente, dada a total independência desse ramo do Direito.

Uma série de julgamentos realizados no ano de 1873, pela Suprema Corte, estabeleceram os lindes de aplicação da 14^{a.} Emenda. Foram os chamados *Slaughter-House Cases*. Um dos litígios tinha como partes um grupo de comerciantes (açougueiros) do Estado de Lousiana contra uma lei estadual que concedera a

⁸ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.9.

⁹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. Op. cit., p. 12.

¹⁰ BITTAR, Orlando. *Estudos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Renovar, Vol. I, 1996, p. 554.

determinada empresa o monopólio, pelo prazo de vinte e cinco anos, da exploração comercial da referida atividade econômica.¹¹

A Suprema Corte, por cinco votos a quatro, decidiu que não caberia controle judicial sobre a lei concessiva do monopólio. Tal decisão limitou o alcance da cláusula *due process of law*.¹²

A superação do devido processo legal observado como de aplicação exclusivamente processual decorreu do maior intervencionismo do Poder Judiciário nos negócios do Estado, no que se convencionou “Governo dos Juizes”,¹³ o que limitou a atividade estatal. O aspecto substantivo nasce, assim, como instrumento controlador do intervencionismo capitaneado pelo Poder Executivo.

O processo iniciou-se com a presidência do Justice HUGHES e tomou proporções avassaladoras com a denominada Corte Warren (*Warren Court*).

De extrema relevância nesse contexto é o afamado *case Lochner v. New York* quando foi invalidada lei que limitava a jornada de trabalho de empregados de padaria, ao argumento de que a cláusula *due process of law* asseguraria a liberdade de contratar. O dono de padaria Lochner fora condenado a pena restritiva de liberdade, por descumprir a lei estadual.¹⁴

O precedente Lochner somente foi modificado nas décadas de 30 e 40, com o predomínio da doutrina do *Welfare State*.

A partir do momento em que passa a legitimar a intervenção do Estado na economia, a Suprema Corte passa a focar sua atenção para proteger os direitos civis, hoje incluídos no grande amálgama denominado direitos fundamentais. Dessa fase ressoa o caso *Roe v. Wade*, tendo o tribunal julgado inconstitucional a proibição legislativa de utilização de métodos anticoncepcionais, por ofensa ao direito de privacidade.¹⁵

O desenvolvimento do princípio no âmbito do direito norte-americano erigiu-o como proteção máxima ao trinômio vida, liberdade e propriedade, abarcando os conceitos de *substantive due process* e *procedural due process*.

¹¹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 49.

¹² SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 50.

¹³ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., p. 57.

¹⁴ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., pp. 65/66.

¹⁵ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. Op. cit., pp. 72/73.

No âmbito do Direito Administrativo ressalta sua aplicação no estabelecimento de limites ao poder de polícia do Estado. A aplicação no direito norte-americano é extremamente ampla, indo desde a intervenção em cláusulas contratuais, passando por questões de comércio exterior, até a proibição de preconceito racial.¹⁶

A incidência do princípio no Brasil assumiu somente sua matriz processual. Nesse sentido, NELSON NÉRY JÚNIOR arrola várias garantias decorrentes de sua aplicação: “a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas a á notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito á assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.”¹⁷

Relacionados ao processo civil, poderíamos incluir a proteção à igualdade entre as partes, o direito de ação, o direito de defesa e o contraditório.¹⁸

Em suma, a igualdade, o juiz natural, o contraditório, as provas, tudo estaria sob o pálio do princípio do devido processo legal ou processo justo, conforme já nos falava AUGUSTO MARIO MORELLO, notável processualista latino-americano.¹⁹

3. Isonomia

O conceito de igualdade é velho nos sistemas jurídicos remontando à Grécia antiga, sendo construção dos seus filósofos. É verdade que, à época, o conceito somente era aplicado aos homens, integrantes do núcleo de poder, excluindo-se os escravos, as mulheres, os estrangeiros.²⁰

¹⁶ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., pp. 34-35.

¹⁷ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 36-37.

¹⁸ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 37.

¹⁹ MORELLO, Augusto Mario. *El proceso como realidad social (Los condicionamientos del proceso judicial justo)* apud GOZAINI, Osvaldo A. *La Justicia Constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 191.

²⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Direito Civil Constitucional in 1988-1998 - Uma Década de Constituição* (Org. Margarida Lacombe Camargo). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 125.

A democracia dos gregos, no entanto, apesar de referente ao patriciado, teve influência posterior quando se passou a utilizar o critério ampliativo de povo, integrador daqueles que não possuíam títulos, riquezas ou favores pessoais dos poderosos.

Na era moderna é de ser realçada a contribuição das Revoluções americana e francesa que erigiram o princípio da igualdade como um dos seus pilares filosóficos. Evidentemente, dada sua origem burguesa e, portanto, individualista, o conceito passou a ser considerado apenas sob o aspecto formal, gerando desigualdades econômicas.

No contraponto dessa visão ideológica, o modelo socialista passou a defender também a igualdade material ou substancial, com a intervenção do Estado para reequilibrar as relações econômicas.

O direito de igualdade, conjuntamente com os direitos de liberdade e de fraternidade, formam o tripé do que foi denominado primeira geração dos direitos fundamentais ou direitos do homem.²¹

Na República, o princípio da igualdade serve para fulminar privilégios deferidos por questões de etnia, classe social, inserções políticas ou quaisquer outros motivos. No entanto, na busca da igualdade substancial muitas vezes impõe-se o regramento diferenciado para obter o pleno equilíbrio nas relações sociais, sendo a relação jurídica processual uma delas.

O texto constitucional, como não poderia deixar de ser, contém, explicitamente, menção ao tradicional princípio, de forma genérica, o que nos leva à conclusão de que o mesmo deve ser aplicado às partes na relação processual, onde vem expressamente previsto (CPC de 2015, art. 7º.). O Supremo Tribunal Federal, enfrentando a questão, tem entendido que o seu debate deve ser travado no plano infraconstitucional, não admitindo ofensa reflexa à Constituição. Assim, no Recurso Extraordinário 263.333-DF, relatado pelo Ministro NELSON JOBIM, sendo voto vencido o Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, julgado aos 14.09.99.

Modernamente, quando se fala do tema, procura-se invocar a questão da paridade de armas que deve nortear a atividade processual das partes e que deve ser fiscalizada pelo Estado, na figura do juiz que preside a instrução, e reprimir as tentativas de burla a tal

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 516.

regra. Há, no processo civil, o instituto do atentado para dirimir tais intervenções das partes (CPC-2015, art. 77, VI). No mesmo sentido, o instituto da litigância de má-fé (CPC-2015, art. 77 com vários incisos).

O próprio Estado, quando litiga, está sujeito às regras de igualdade, o que se aplica a órgãos ligados como o Ministério Público embora, atualmente, goze de quase total autonomia nas suas atividades, sendo considerado, por alguns, o Quarto Poder.

No entanto, ainda prevalecem, por consideradas constitucionais, as regras de prazo diferenciado deferidas à Fazenda Pública (CPC-2015, art. 183), ao Ministério Público (CPC-2015, art. 180) e à Defensoria Pública (CPC-2015, art. 186 e Lei Complementar 80/94, art. 128), vez que o escopo é possibilitar a realização da igualdade processual substancial.²² Neste sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal, em ADIN proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, entendendo constitucional a intimação dos advogados pelo Diário Oficial, mantendo a intimação pessoal dos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, como fora determinada pela Lei 9.271/96, que modificou o art. 370 do Código de Processo Penal (ADIN 2.144-DF, Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, julgada medida cautelar aos 11.05.2000, por maioria).

Outra questão que foi debatida decorreu da modificação das leis processuais por Medida Provisória, sendo exemplo o debate travado em torno da Medida Provisória no. 1.984, que foi objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, promovida pelo Partido dos Trabalhadores. A Medida Provisória passou a ser numerada como 2.102. A ADIN foi extinta pelo STF (16.03.2001), por falta de aditamento à petição inicial vez que houve sucessivas reedições. As liminares deferidas foram cassadas.

As medidas diziam respeito às seguintes modificações: a) à modificação do art. 4º, § 8º, da Lei no. 8.437, de 20.06.92 (“Ao verificar que a liminar esgotou, no todo ou em parte, o objeto da ação ou foi deferida em flagrante ofensa à lei e à jurisprudência de tribunal superior, o presidente do tribunal poderá suspendê-la com eficácia retroativa à data em que foi concedida, tornando sem efeito qualquer ato executivo dela decorrente.”); b) art. 4º.-A, da Lei 8.437/92 (“Nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como pelas autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão, poderá o tribunal, a qualquer tempo, conceder medida cautelar para suspender os efeitos da sentença

²² NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 4.

rescindenda.”); c) art. 6º, § 3º, da Lei no. 9.028, de 12.04.95 (“Aplica-se aos procuradores ou advogados integrantes dos órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União o contido no caput e no § 2º. deste artigo, quanto aos processos em trâmite na Justiça de primeiro grau de jurisdição”). Tratava-se da intimação pessoal dos membros da Advocacia da União.

Ressalte-se que a Emenda Constitucional número 32, de 2001 proibiu Medida Provisória sobre direito processual penal e processual civil, dentre outras limitações.

Julgando tema correlato, o Superior Tribunal de Justiça fixou, em sede de recursos repetitivos o seguinte: “O termo inicial da contagem do prazo para impugnar decisão judicial é, para o Ministério Público, a data da entrega dos autos na repartição administrativa do órgão, sendo irrelevante que a intimação pessoal tenha se dado em audiência, em cartório ou por mandado”. E decidiu que também seria aplicável à Defensoria Pública.²³

4. Juiz natural

Duas normas constitucionais confortam o clássico princípio denominado pelos germânicos de juiz legal (*gesetzlicher Richter*),²⁴ a inserida no inciso XXXVII, do art. 5º. que proíbe os tribunais de exceção e aquela inscrita no inciso LIII do mesmo dispositivo que determina que o processo e a sentença devem ser realizados pela autoridade competente.

É evidente que a especialização da atividade jurisdicional não rompe com tal princípio, vez que a existência dos referidos órgãos é resultado natural da complexidade das relações sociais e fruto da divisão do trabalho do Estado. Cabe à lei e à Constituição definir os limites de atuação dos órgãos jurisdicionais.

Também não constitui violação do princípio analisado a existência de regras que fixam a competência pelo exercício de determinada atividade, como aquela cometida ao Supremo Tribunal Federal para o julgamento do Presidente da República quando comete crime comum. O mesmo ocorre com o julgamento de autoridades como magistrados, membros do Ministério Público, etc. Trata-se aqui da denominada prerrogativa de foro que costuma ser impropriamente denominada de foro privilegiado.

²³ Recursos referenciados: REsp 1.349.935 e HC 296.759

²⁴ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 57

Mesmo aquelas protetivas previstas no Código de Processo Civil, como a pertinente à competência em favor do idoso (CPC-2015, art.53, III, e)). não ofendem tal princípio. Nesse caso, prevalece o interesse público no sentido de proteger o hipossuficiente.²⁵

A definição do juízo competente em instrumentos legais é de suma importância no Estado Democrático de Direito, pois impede que o governo de plantão determine, ao seu bel prazer, qual tribunal merece julgar determinado tipo de conflito e de pessoas.

A proibição de tribunais de exceção é uma das conseqüências da definição do juízo natural o que, em última instância, envolve, sempre, uma definição de competência, ou seja, de limites de atuação do órgão jurisdicional.

Os códigos costumam também diferenciar as regras de competência internacional²⁶ e de competência interna.²⁷ O Código de Processo Civil de 2015 manteve essa organização e incluiu regras de cooperação nacional²⁸ e internacional.²⁹

Esses limites podem ter variegada natureza que poderíamos chama critérios norteadores de divisão do trabalho jurisdicional ou critérios para atribuição de competência entre os órgãos jurisdicionais.

Nessa linha, a doutrina costuma identificar cinco critérios fundamentais: a) matéria; b) valor; c) pessoa; d) território; e) funcional.³⁰ O CPC de 2015 tentou simplificar os critérios estabelecendo na maior parte das normas a referencia à competência absoluta e relativa.³¹

A identificação do juiz natural obedecerá a esses parâmetros, o que acarreta o exame necessário dos instrumentos normativos que definem os limites da atividade jurisdicional.

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 59. No caso o autor faz referencia às normas do CPC/73 que protegiam as mulheres em tema de fixação de competência.

²⁶ Arts. 21 a 25 agora sob o titulo Limites da Jurisdição nacional.

²⁷ Arts. 42/66.

²⁸ Arts. 67/69.

²⁹ Arts. 26/41.

³⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva. PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competência no Processo Civil*. São Paulo: RT. AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 134.

³¹ Art. 43. Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta. Também o art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.

Ressalte-se, ademais, que somente um juízo é o natural. Concorrendo dois ou mais juízos instaura-se conflito que será dirimido em favor de um deles. Um dos critérios possíveis é o da prevenção quando os juízos tiverem competência concorrente. Outro poderá ser pela exclusão através de critério de competência absoluta (funcional, material ou em razão da pessoa). Nessa linha, o juízo federal é o juiz natural da União Federal, inclusive para decidir da sua intervenção no processo. Nesse caso, consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça não haveria conflito.³² O Código de Processo Civil de 2015 incorporou tal interpretação (art. 45).

Com a equiparação dos processos civil, penal e administrativo pode ser defendida, com maior lastro, que os julgamentos administrativos também devem obediência ao referido princípio. Assim, no processo disciplinar cabe à autoridade administrativa competente aplicar a pena. Tal autoridade é aquela a quem o servidor está diretamente subordinado, como, por exemplo, cabe ao juiz titular da Vara punir seus servidores, em determinados limites. As penas mais graves, como a de demissão ou cassação de aposentadoria são da atribuição dos órgãos superiores do Poder Judiciário.

Em suma, o princípio do juiz natural proíbe a criação de órgãos jurisdicionais ou administrativos, após a ocorrência dos fatos ou para efetuar o julgamento de determinadas pessoas. Assim, para o direito interno seria violador do princípio a criação de um Tribunal de Nuremberg.

5. Promotor natural

Ao lado do já conhecido e debatido princípio do juiz natural alguns doutrinadores de relevo aludem ao princípio do Promotor Natural.

A Constituição Federal de 1988 permitiu a construção doutrinária de tal princípio na medida em que estabeleceu regras de atribuições ao Ministério Público, notadamente a exclusividade de promover a ação penal pública. Ao definir, por outro lado, que caberia à autoridade competente processar alguém também delegou ao legislador o estabelecimento dos critérios de fixação de atividades para determinados órgãos de atuação, que vincularia o integrante do Ministério Público aí lotado, impedindo que os

³² Súmula 150: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”. Súmula 224: Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito.

autos de determinado processo fossem distribuídos em desacordo com os critérios estabelecidos em lei.³³

Esse princípio também impediria a nomeação de promotor *ad hoc* o denominado promotor especial afastando o promotor da origem da causa.

Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça validou a nomeação de promotor *ad hoc* quando da existência de greve da categoria, em precedente originário do Estado de Goiás (HC 1669/GO, Relator o Ministro PEDRO ACIOLI, julgado pela 6ª. Turma aos 27.04.93). Como fundamento de decidir entendeu que a ausência do Ministério Público paralisaria a atividade jurisdicional. Nesse julgamento houve voto vencido do Ministro ADHEMAR MACIEL.

Em outro julgado rejeitou a alegação de ter sido violado o princípio em foco, legitimando a designação de promotores para atuar em Tribunal de Júri, sendo relator o Ministro FERNANDO GONÇALVES (HC 12.616-MG, julgado em 06.02.2001).

Na mesma toada após a edição da Constituição Federal, mas antes do advento da legislação que regulamentou a carreira a atribuições do Ministério Público, o mesmo tribunal legitimou a designação de promotor especial, em recurso oferecido em mandado de segurança originário do Rio de Janeiro (ROMS 745/RJ, Relator o Ministro JOSÉ DANTAS, julgado pela 5ª. Turma, aos 18.02.91). O julgamento também foi realizado por maioria de votos.

Em outro precedente da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, foi sufragada a tese do promotor natural, entendendo o acórdão que o réu tem o direito subjetivo de conhecer o órgão do Ministério Público que funciona na acusação (RESP 11722/SP, Relator o Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, julgado aos 08.09.92).

Dois outros precedentes mais antigos sufragaram a tese contrária permitindo a nomeação de promotor *ad hoc* em situações de calamidade pública, não conhecendo do recurso especial ofertado. O primeiro, relatado pelo Ministro COSTA LEITE, é originário da sexta turma (RESP 2123/ES, julgado aos 21.08.90); o segundo, originário da quinta turma, foi relatado pelo Ministro ASSIS TOLEDO (RESP 9132/AC, julgado aos 17.06.91).

³³ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. pp. 80/81.

Essas decisões dissonantes levaram Leonardo Greco a concluir que o princípio do promotor natural não tem sido acolhido pela jurisprudência.³⁴

No âmbito do Supremo Tribunal Federal há clara divergência, consoante se pode observar do seguinte precedente:

Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Princípio do Promotor Natural. Inexistência (precedentes). Ação Penal Originária no STJ. Inquérito Judicial do TRF. Denegação. 1. Trata-se de habeas corpus impetrado contra julgamento da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça que recebeu denúncia contra o paciente como incurso nas sanções do art. 333, do Código Penal. 2. Tese de nulidade do procedimento que tramitou perante o TRF da 3ª Região sob o fundamento da violação do princípio do promotor natural, o que representaria. 3. *O STF não reconhece o postulado do promotor natural como inerente ao direito brasileiro (HC 67.759, Pleno, DJ 01.07.1993): "Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO: Divergência, apenas, quanto à aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade de "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO). - Reconhecimento da possibilidade de instituição de princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SIDNEY SANCHES). - Posição de expressa rejeição à existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES". 4. Tal orientação foi mais recentemente confirmada no HC nº 84.468/ES (rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 20.02.2006). Não há que se cogitar da existência do princípio do promotor natural no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Ainda que não fosse por tal fundamento, todo procedimento, desde a sua origem até a instauração da ação penal perante o Superior Tribunal de Justiça, ocorreu de forma transparente e com integral observância dos critérios previamente impostos de distribuição de processos na Procuradoria Regional da República da 3ª Região, não havendo qualquer tipo de manipulação ou burla na distribuição processual de modo a que se conduzisse, propositadamente, a este ou àquele membro do Ministério Público o feito em questão, em flagrante e inaceitável desrespeito ao princípio do devido processo legal 6. Deixou-se de adotar o critério numérico (referente ao finais dos algarismos lançados segundo a ordem de entrada dos feitos na Procuradoria Regional) para se considerar a ordem de entrada das*

³⁴ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*, p. 10 in BuscaLegis.ccj.ufsc.Br, acessado aos 24.11.2009.

representações junto ao Núcleo do Órgão Especial (NOE) em correspondência à ordem de ingresso dos Procuradores no referido Núcleo. 7. Na estreita via do habeas corpus, os impetrantes não conseguiram demonstrar a existência de qualquer vício ou mácula na atribuição do procedimento inquisitorial que tramitou perante o TRF da 3ª Região às Procuradoras Regionais da República. 8. Não houve, portanto, designação casuística, ou criação de "acusador de exceção". 9. Habeas corpus denegado.³⁵

Embora o precedente invoque aquele outro, da relatoria do Ministro César Peluso, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, em processo relacionado a magistrado federal, realizando exame do voto proferido pelo relator, não se infere que ocorre a rejeição ao princípio do promotor natural. Ao contrário, a argumentação desenvolvida é no sentido de admitir a existência do princípio, mas considerar que não existiu, no caso concreto, qualquer ofensa pela designação de membro do Ministério Público Federal para apresentar denúncia.³⁶

6. Inafastabilidade do controle jurisdicional

A Constituição hoje é expressa quando determina que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser afastada do controle pelo Poder Judiciário. No Brasil, tal garantia tem renovado relevo na medida em que não admitimos o Contencioso Administrativo, que transfere para órgãos separados da estrutura do Poder Judiciário o conhecimento e julgamento de litígios envolvendo o Estado como parte.³⁷

Diz o mestre de Lisboa JORGE MIRANDA que somente quem tem consciência dos seus direitos pode ter consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou efetivação.³⁸

O acesso ao controle jurisdicional realiza-se através de advogado, salvo situações que a lei excepciona, como no caso da legislação que regulamenta os Juizados Especiais, cuja constitucionalidade já foi afirmada pelo Excelso Pretório.³⁹ Os direitos coletivos ou difusos podem ser protegidos também através da atuação do Ministério Público. Ambos

³⁵ HC 90277/DF, Relatora: Min. Ellen Gracie, Julgamento: 17/06/2008, Segunda Turma, v.u. estiveram ausentes os Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

³⁶ HC 84.468/DF, Relator Min. Cesar Peluso, julgamento:07.02.2006, Primeira Turma, v.u.

³⁷ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 574.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 229.

³⁹ Privado ou público, referimo-nos aqui à Defensoria Pública, peça basilar quando o tema é acesso à Justiça.

compõem funções essenciais ao Poder Judiciário (CRFB, art. 127 e 133, respectivamente).

A garantia de acesso ao Judiciário está intimamente relacionada com a compreensão do princípio do *due process of law*, traduzido pelo constitucionalista português CANOTILHO, como sendo um processo justo estabelecido para privar alguém da vida, liberdade ou propriedade.⁴⁰

Na concepção do professor de Coimbra a proteção de acesso ao Judiciário é um direito de defesa do particular perante os poderes públicos, quer contra atos administrativos ou contra atos de particulares.

Vinculado aos direitos fundamentais o acesso à Justiça forma um “núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária”,⁴¹ traduzido na monopolização da coação física legítima, no dever de manutenção da paz jurídica e na proibição de autodefesa. Frise-se que um dos escopos da Jurisdição é preservar a paz social.

O acesso deve ser efetivo e material, o que significa dizer que a resposta apresentada pelo Estado deve dirimir o conflito existente ou legitimar a situação ofertada, em prazo razoável. Tal concepção, no entanto, não afasta a necessidade de preenchimento de determinados pressupostos pertinentes ao exercício do direito de ação e à formação e regular desenvolvimento do processo.⁴²

Outra discussão recentemente estabelecida no direito pátrio diz respeito à possibilidade de a lei restringir o acesso à justiça, impedindo o deferimento, pelo magistrado, de medidas liminares com conteúdo cautelar ou tutela antecipada.

Como sabido a tutela cautelar tem por escopo proteger a coisa litigiosa ao passo que a tutela antecipada objetiva a satisfação do autor antes do advento da coisa julgada, sendo ambas sujeitas a requisitos estabelecidos em lei (atualmente inseridas na tutela provisória em conjunto com a tutela de evidência, a teor dos arts. 294/311 do CPC de 2015).

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 448/449.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 452.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 452. O autor refere-se genericamente a pressupostos processuais. Os mesmos podem existir desde que sejam dotados de razoabilidade e não impeçam a atividade jurisdicional.

O texto constitucional permite o acesso à justiça quando a parte é lesionada ou está ameaçada de sê-lo. Isso justifica a proteção cautelar e as medidas liminares que caracterizam os denominados provimentos antecipatórios.

O Supremo Tribunal Federal afastou essa interpretação, decidindo Ação Direta de Constitucionalidade, ao analisar as regras da Lei no. 9.494/97, fruto da convolação da Medida Provisória no. 1570/96, que determinou regras restritivas quanto à concessão de medidas liminares cautelares e de tutela antecipada, em relação a causas pertinentes a verbas alimentares devidas pela Fazenda Pública. Além disso, definiu, em liminar proferida em ação direta de constitucionalidade, que a Suprema Corte teria direito ao poder geral de cautela conferido pelo art. 798 do CPC. Com essa decisão houve efeito vinculante em relação às demais decisões de primeiro e segundo grau sobre a matéria. O Supremo Tribunal Federal ratificou a liminar e julgou procedente o pedido declaratório, vencido somente o Ministro Marco Aurélio.⁴³

A decisão do Sumo Areópago foi proferida antes do advento da lei que regulamentou o procedimento das ações direta de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (Lei no. 9.868, de 10.11.99).

A ação direta constitui-se como processo objetivo, prevalecendo o interesse público, fundado na defesa da Constituição, assumindo o Tribunal um instrumento de controle de natureza política que recai apenas sobre os atos normativos do Poder Público, sendo sua fiscalização realizada após a publicação da Lei, federal ou estadual, portanto *a posteriori*.

Outrossim, se violado o preceito normativo caberá o controle abstrato da Lei, conforme prevê o art. 103 da Constituição Federal da República.

No que se refere à concessão de liminar em providência cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, conforme consta no art. 102, I, p, da Constituição Federal e no art. 170 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deve ser levado em conta a deliberação por maioria dos seus Ministros.

⁴³ ADC 04-DF, julgada aos 01.10.2008, redator para o acórdão o Ministro CELSO DE MELLO. O julgamento foi iniciado em 21.10.1999.

A atual lei regulamentadora especifica a possibilidade no seu art. 10, que encaminha a necessidade de prévio contraditório.⁴⁴ Além disso, o art. 22 estabelece o quorum mínimo para deliberação em oito ministros.

Aliás, tal linha de pensamento se coaduna com a própria objetividade da natureza jurídica do processo de ação de inconstitucionalidade, eis que os efeitos da decisão pretoriana alcançam a coletividade.

É necessário ressaltar que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal estendem-se para além dos interessados na relação processual objetiva, tornando-se oponível *erga omnes*, resultando em observância obrigatória por outros órgãos como o Senado Federal que deverá cumprir a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

A natureza jurídica da decisão proferida em processo objetivo é declaratória, produzindo efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, eis que conforme já assinalado o Tribunal pelo regime da nova Lei n.º 9.868/99 possui autonomia para dispor sobre os efeitos de sua decisão, inclusive em sede liminar do deferimento da medida cautelar.

A fiscalização da constitucionalidade pode ser declarada parcialmente com possibilidade de redução do texto, conforme influência do Direito alemão, bem como para salvar a norma impugnada, o Tribunal poderá estabelecer a interpretação que se coadune com a Constituição, evitando-se, assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica posta sob exame.

Atualmente, assume o Tribunal, em suas decisões, uma maior ênfase ao sistema de interpretação constitucional. Nesse campo, seguindo os ensinamentos do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO⁴⁵, os princípios da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, o da unidade, da razoabilidade, da efetividade, da interpretação conforme a constituição, devem embasar a estrutura da análise e julgamento das leis perante o texto constitucional.

⁴⁴ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

⁴⁵ BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 150-244.

O Código de Processo Civil de 2015 incorporou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no seu artigo 3º.

7. Proibição de provas ilícitas

Duas regras devem ser trazidas à balha para análise conjunta: a primeira proíbe a utilização de provas ilícitas; a segunda permite a quebra do sigilo das comunicações mediante autorização judicial e exclusivamente para o processo penal. Esta regra sofreu regulamentação pela Lei no. 9.296, de 24.07.96.

A citada lei foi atacada por ADIN⁴⁶ proposta pela ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) que pretendeu invalidar a norma concernente à quebra de sigilo das comunicações em sistemas de telemática e informática (arts. 1º e 10), por violadoras do direito à intimidade. O pedido foi conhecido, mas a medida liminar não foi deferida, por ausência de *periculum in mora* e o mérito não foi julgado pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que a autora seria parte ilegítima e o processo foi extinto em 2001.

É importante ressaltar que antes do advento da Lei no. 9.296/96 a Suprema Corte brasileira considerava ilícitas as provas obtidas mediante quebra do sigilo telefônico, mesmo com autorização judicial, sendo *leading case* o *Habeas Corpus* no. 69.912, relatado pelo Ministro SEPULVEDA PERTENCE.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, a norma constitucional pátria, ao eleger o valor segurança como seu corolário, vedou a utilização do princípio da proporcionalidade, tornando nulo qualquer processo que tenha prova ilícita como supedâneo.⁴⁷

Nessa linha, sendo a prova produzida com violação da intimidade e à vida privada do cidadão, bem como quebrando o sigilo das comunicações, ela é ilícita e, portanto, imprestável.⁴⁸

A posição do Supremo Tribunal Federal que baliza, a toda evidência, a interpretação sobre o tema segue na mesma trilha, ressaltando, no entanto, quanto às conseqüências

⁴⁶ ADIN No. 1.488-DF, Rel. Min. NÉRY DA SILVEIRA, acórdão proferido aos 07.11.96 in RTJ 171/760-772. Decisão de extinção aos 09.03.2001.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e provas Ilícitas in Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 217.

⁴⁸ AI no. 1.802/93, 4ª. CC, Rel. Des. SEMY GLANZ, in BARROSO, Op. cit., p. 218.

da admissão das mesmas no processo, sua irrelevância e a existência de provas independentes daquela colhida ilicitamente.⁴⁹

Apesar dessa clara postura hermenêutica, outros tribunais continuam tentando aplicar o princípio da proporcionalidade em variegados casos, notadamente na esfera criminal tentando opor dois interesses: a intimidade *versus* o combate à criminalidade, por exemplo,⁵⁰ interpretação que não tem tido o apoio da boa doutrina.

Outro tema que vem sendo debatido na Suprema Corte é aquele relacionado às provas obtidas por derivação, aplicando-se o princípio do *fruits of the poisonous tree*, criado pelo direito norte-americano.

A expressão *fruits of the poisonous tree* foi utilizada, pela primeira vez, no *case Nardone v. United States*, de 1939, julgando, como relator o *Justice FRANKFURTER*. A mesma decisão, contudo, admitiu a possibilidade da utilização de provas obtidas ilicitamente, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Em outro caso, de 1963, o liberal *Justice BRENNAN* continuou na trilha de abrandamento da regra hermenêutica questionando a possibilidade de conhecimento dos fatos por outros meios, embora declarasse ilícita a prova primariamente obtida.

Como se verifica naquele país a tese também não é tranqüila. Para aqueles que a admitem e, no Brasil, o julgamento foi efetuado por maioria de votos, as provas derivadas de provas consideradas ilícitas também são contaminadas pelo vício anterior, inviabilizando sua utilização não somente no mesmo processo, como em outros que veio a originar.⁵¹

8. Contraditório e ampla defesa

O contraditório necessário, previsto em cláusula constitucional,⁵² está intimamente vinculado à ampla defesa exercitada pelas partes, informando a participação obrigatória dos litigantes em todas as fases e atos do processo.

⁴⁹ HC 69.912-0-RS, Rel. Ministro SEPULVEDA PERTENCE in BARROSO, Op. cit., p. 219.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 220

⁵¹ Ap. 307/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, maioria de votos, j. 13.12.94. trata-se de ação penal proposta contra Fernando Collor de Mello e Paulo Cesar Farias, dentre outros réus.

⁵² Constituição Federal, art. 5º, LV

Desse princípio decorre a obrigatoriedade de comunicação às partes de todos os atos processuais através da citação, da intimação e da notificação, oferecendo-lhes oportunidade de impugnar a atividade desenvolvida pelo magistrado, quando essa causar dano ou ameaçar direito do litigante.

O contraditório se desenvolve de modo dialético. A cada ato praticado por uma parte ou determinado pelo juiz, deve ser dada a oportunidade de participação do sujeito não integrante do referido ato.

Essa garantia está vinculada ao princípio da ampla defesa. A efetividade de tal princípio está, por sua vez, ligada à atividade de técnico, com plena habilitação, vale dizer, advogado. Assim, a defesa técnica realiza os dois princípios que estão intimamente ligados.

O contraditório atinge tanto o direito de ação quanto o direito de defesa, incluindo respeito aos prazos, produção de provas, limites à intervenção do juiz no processo.

Do mesmo modo, a intervenção na relação processual faz incidir o princípio. Nessa linha, os terceiros, nas suas várias modalidades de integração são atingidos pelos efeitos benéficos e maléficos do instituto. Na mesma linha o Ministério Público, quando atua como sujeito especial do processo.⁵³

Não há incompatibilidade entre os princípios do contraditório e da ampla defesa com o instituto da revelia. A contestação é um ônus e a sua não apresentação tempestivamente acarreta a presunção *juris tantum* sobre a veracidade dos fatos articulados na exordial. No processo civil não há obrigatoriedade de interveniência de advogado ou curador especial em todos os casos.

A figura do Curador Especial somente se aplica nas hipóteses arroladas no art. 72 do C.P.C de 2015 que institucionalizou na lei geral o que já era previsto na legislação reguladora da Defensoria Pública, consoante regra inscrita na legislação de regência. A Constituição Federal determina a organização da Defensoria Pública, quer no âmbito da União Federal, quer na esfera dos Estados. A carreira, cujo acesso é exclusivo por concurso público, foi regulamentada pela Lei Complementar nº 80, de 12.01.94. Para

⁵³ NÉRY JÚNIOR, Nelson. Op. cit. p. 122.

alguns autores a defesa é de natureza obrigatória, ante os termos da norma constitucional que determina a ampla defesa, inclusive em processos administrativos.⁵⁴ Erigido como regra de cunho constitucional a obrigatoriedade do contraditório, inclusive nos processos administrativos, consolidou, no Brasil, a tendência universalista de privilegiar a necessidade da defesa para legitimar o processo, induzindo a participação das partes a fim de possibilitar se não uma decisão justa, pelo menos mitigar os prejuízos causados pelo ato decisório, de inegáveis repercussões na vida privada e social, dependendo da natureza do litígio.

A efetividade do contraditório está intimamente vinculada à paridade entre os litigantes ou interessados⁵⁵. A denominada paridade de armas, para utilizarmos uma expressão de CÂNDIDO DINAMARCO⁵⁶, nada mais é do que reflexo do princípio constitucional da isonomia e, no processo, muitas vezes ocorre a disparidade de meios entre os litigantes, cabendo ao Estado o papel de reequilibrar a situação, seja através do poder conferido ao Juiz de determinar a produção de provas, ou da utilização do poder geral de cautela e, ainda, conferindo ao necessitado ampla e gratuita assistência judicial fornecendo-lhe profissionais capazes de bem defender suas pretensões.⁵⁷

Para que haja defesa efetiva o sistema processual organiza atos de comunicação, que têm por escopo, além de vincular a parte ao processo (citação), informá-la da prática de determinados atos ou de abstenção dos mesmos (intimação).

A citação constitui o ato de comunicação de maior relevância para o processo por ser aquele que integra o réu à relação processual, possibilitando sua defesa, tendo como escopo, ainda, comunicar aos interessados a existência de determinada pretensão que se relaciona com sua situação jurídica, nesse último caso ela está vinculada ao chamado procedimento edital, comum nas ações de usucapião e nas ações discriminatórias.

⁵⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.218-222.

⁵⁵ DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: RT, 1987, especialmente pp. 177/193.

⁵⁶ DINAMARCO, CÂNDIDO. Op.citada, p. 191. O autor remonta à TARZIA, G. (*Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*). A mesma tese defendida em *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in Riv.Dir.Proc. 1998, 657.

⁵⁷ A Constituição Federal determina a organização da Defensoria Pública, quer no âmbito da União Federal, quer na esfera dos Estados. A carreira, cujo acesso é exclusivo por concurso público, está regulamentada pela Lei Complementar nº 80, de 12.01.94. O art. 4º., XVI relaciona o exercício da curadoria especial como uma das funções institucionais da Defensoria Pública.

Para alguns autores, como Nagib Slaibi Filho, a defesa é de natureza obrigatória, ante os termos da norma constitucional que determina a ampla defesa, inclusive em processos administrativos (*Anotações à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 1989, in *O Devido Processo de Lei*, especialmente pp. 218/222).

Tal ato processual é sempre necessário, pena de nulidade absoluta. Todavia, o sistema processual permite o ingresso do réu, espontaneamente no processo.

Até o advento da Lei nº 8.710, de 24 de setembro de 1993, a regra geral referente ao cumprimento do ato citatório era a de sua realização mediante oficial de justiça, agente auxiliar do Poder Judiciário, que portava mandado do juiz para tal fim.

Com a modificação do sistema inúmeras regras sobre o tema foram atingidas, passando a vigorar a que determinava ser o ato citatório efetivado pelo correio, exceto nas seguintes hipóteses: a) nas ações de estado; b) quando o réu fosse pessoa incapaz; c) quando a ré fosse pessoa de direito público; d) nos processos de execução; e) quando o local não fosse atingido por serviço postal; e f) quando o autor requeresse de outra forma.⁵⁸

O Processo Civil conquistou, dessa forma, condições melhores para acelerar sua tramitação, por ser o Serviço Postal Brasileiro dotado de excelentes condições estruturais e de eficácia para cumprir tão relevante encargo. É certo que todas as correspondências seriam postadas com aviso de recebimento, o conhecido A.R. passando a correr o prazo da juntada aos autos do referido documento comprobatório da citação.⁵⁹

O ato citatório deveria ser requerido pela parte na petição inicial, sendo um dos seus requisitos, consoante a norma inserta no Art. 282, do Código de Processo Civil de 1973. O Código de Processo Civil de 2015 não renovou tal requisito o que encaminha para a sua desnecessidade.⁶⁰

A citação pode ser pessoal ou não pessoal, esta quando o Código permite sua efetivação em pessoa que não seja a parte ré.⁶¹

Quanto à forma ela pode ser postal, por oficial de justiça ou por edital.

Esse modelo foi mantido pelo CPC de 2015 que estabeleceu as regras nos arts. 238/259 (citação) e arts. 269/275 (intimação)

⁵⁸ Art. 222, do CPC/73, na nova redação da Lei nº 8.710/93.

⁵⁹ Art. 241, do CPC/73, na nova redação da Lei nº 8.710/93.

⁶⁰ Art. 319 do CPC de 2015.

⁶¹ Art. 215, caput, § 1º e § 2º; Art. 12, § 3º, ambos do CPC/73.

A modalidade especial efetuada por oficial de justiça que denominada citação por hora certa, que ocorre quando a tentativa de localizar a parte ré não foi bem-sucedida, bem como se suspeita de sua ocultação foi mantida pelo CPC de 2015 reduzida de três para duas vezes a procura do réu. Nesse caso, caberá ao auxiliar do juízo intimar pessoa da família do réu ou seu vizinho, comunicando que irá efetuar a citação em dia e hora certos. Após isso, caso o réu não compareça, caberá ao escrivão confirmar o ato remetendo telex ou telegrama ao endereço em que deveria ocorrer o ato citatório.⁶²

Tanto a citação por hora certa quanto a citação por edital são modalidades de citação ficta, sendo obrigatória a nomeação de Curador Especial ao réu caso ele não compareça ao processo para oferecer defesa, na esteira da regra do Art. 72, do Digesto Processual Civil de 2015.

Os requisitos para a citação por edital estão enumerados no Art. 256, do CPC de 2015, sendo certo que ela ocorre quando o réu estiver em local incerto, ignorado ou inacessível, além de outras hipóteses previstas em lei.⁶³

Embora não prevista no Digesto Processual Civil, existe, ainda, no sistema adotado no Brasil, a citação por fac-símile prevista na Lei 8.245/91 que regula as relações locatícias, desde que conste no contrato previsão expressa.

A intimação é o ato de comunicação processual que tem por fito cientificar alguém de que deve fazer ou deixar de fazer alguma coisa.⁶⁴

A intimação pode ser efetuada pelo escrivão, pelo oficial de justiça ou através da publicação do despacho ou decisão do juiz no órgão oficial do Poder Judiciário.⁶⁵

Não havia previsibilidade legal para a intimação via edital ou por hora certa, sendo, no entanto, tais modalidades eram aceitas, em atendimento à interpretação analógica.⁶⁶ O Código de Processo Civil de 2015 passou a prever tais modalidades no art. 275, § 2º.

⁶² ART. 252 do CPC de 2015.

⁶³ Art. 1.071 (usucapião) e art. 626 (inventário) ambos do CPC de 2015. A usucapião deixou de ser organizada em procedimento especial, mirando o legislador na modalidade extrajudicial daí o art.1.071 remeter à LRP (Lei de Registros Públicos – Lei no. 6.015/73). Inúmeras regras sobre citação são encontradas em leis esparsas, modificando as normas embutidas no Código de Processo Civil.

⁶⁴ A intimação está definida no Art. 269 do CPC de 2015.

⁶⁵ - Normalmente, o órgão oficial é o Diário Oficial do Estado, podendo, no entanto, nas Comarcas do interior dos Estados, haver a publicação em jornais de circulação local. Caso haja mais de uma publicação a escolha é efetuada mediante o regular procedimento licitatório, hoje regido pela Lei nº 8.666/93, com alterações posteriores.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, p. 268.

Os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública tem a prerrogativa funcional de serem intimados pessoalmente, para a prática dos atos processuais.⁶⁷ O Código de Processo Civil de 2015 ampliou tal prerrogativa para os advogados públicos.⁶⁸

A sistemática implantada pela Lei nº 8.710, de 24 de setembro de 1993, acarretou a instalação no tema da regra geral aplicável às citações, no sentido de que os referidos atos devem ser praticados, preferencialmente, através do serviço postal, se fazendo pelos outros meios quando frustrado o cumprimento do ato.⁶⁹ Essa regra foi mantida no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.⁷⁰

De novo o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever citação por meio eletrônico.⁷¹

Do mesmo modo que a citação, a legislação inquilinária prevê a existência da intimação por fac-símile. É de ser salientado que, mesmo se não houvesse previsão, a mesma poderia ser adotada diante da aplicação da regra interpretativa da analogia.

Sob o título resposta do réu, o Código de Processo Civil de 2015 determinou a concentração defensiva incluindo as três modalidades de defesa anteriormente previstas: as exceções de incompetência; a reconvenção; e a contestação.⁷² Houve manutenção da autonomia somente para as exceções de impedimento e de suspeição.⁷³

Além dessas espécies de defesa houve a incorporação na peça contestatória dos incidentes de impugnação ao valor da causa e impugnação à gratuidade de Justiça.⁷⁴

Cumprido distinguir, primeiramente, que se costuma dividir a defesa apresentada pelo réu em duas categorias: a peremptória e a dilatória (contra o processo) e a direta e indireta (contra o mérito).

⁶⁷ O art. 236, § 2º, do CPC/73 determinava a intimação pessoal do membro do Ministério Público. Quanto ao Defensor Público, tal disposição encontrava-se no Art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060, de 05.02.50, que regulava a prestação da Assistência Judiciária às partes carentes, tal inovação foi introduzida pela Lei no. 7.871, de 08.11.89 e foi incorporada à Lei Complementar no. 80, de 12 de janeiro de 1994, que regulamentou, em nível nacional, a carreira de Defensor Público (art. 44, inciso I).

⁶⁸ O art. 180 prevê a intimação pessoal do Ministério Público. O art. 183 da Advocacia Pública e o art. 186 da Defensoria Pública.

⁶⁹ Art. 238, do CPC/73, na redação da Lei nº 8.710/93.

⁷⁰ Art. 246.

⁷¹ Art. 246, V.

⁷² Arts. 335/342.

⁷³ Arts. 144/148.

⁷⁴ Arts. 291/293 (valor da causa). Arts. 98/102 (gratuidade de Justiça).

A defesa de natureza peremptória tem por objetivo a extinção do processo, sem julgamento de mérito, ante a existência de algum vício que impossibilite o regular prosseguimento do mesmo, como, por exemplo, a inexistência de alguma das condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes).

Será dilatória a defesa apresentada quando a sua aceitação somente acarretar a procrastinação do feito, como, *verbi gratia* ocorre com a incompetência absoluta ou relativa.

No que se refere ao mérito a defesa apresentada poderá somente restringir-se à negativa dos fatos articulados pelo autor, limitando-se a parte ré a aguardar a produção das provas dos fatos constitutivos do direito, cujo ônus pertence ao ocupante do pólo ativo da relação processual.⁷⁵

Quando o réu pretender alegar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, tal defesa se reputa indireta, cabendo ao mesmo o *onus probandi*.

Como exemplo de fato impeditivo poderíamos exemplificar com a alegação de incapacidade absoluta para contratar; como fato modificativo citaríamos a novação; e, como fato extintivo, o pagamento. Em todas essas hipóteses caberia ao réu comprovar o alegado.⁷⁶

Essa realidade ainda permanece embora o Código de Processo Civil de 2015 tenha admitido a teoria dinâmica do ônus da prova, que permite a inversão da responsabilidade pela sua produção.⁷⁷

O artigo 337 do Código de Processo Civil de 2015 enumera matérias que devem ser alegadas antes de a parte enfrentar o mérito da causa. São elas: inexistência ou nulidade da citação, incompetência absoluta, incompetência relativa, incorreção do valor da causa, inépcia da petição inicial, incapacidade da parte, defeito de

⁷⁵ Tal regra é excepcionada pelo Código de Defesa do Consumidor que, inovando na espécie transferiu para o fornecedor tal ônus (Lei nº 8.078, de 08.09.90).

⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 48. O autor remonta ao CPC de 1973.

⁷⁷ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

representação, falta de autorização, conexão, preempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem, ausência de legitimidade, ausência de interesse processual, falta de caução ou prestação exigida pela lei como pré-requisito, indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Deve a contestação ser apresentada de forma articulada, vale dizer, rebatendo, ponto por ponto, o alegado na peça exordial, salvo se o conjunto da defesa apresentada contradizer algum fato não negado, na dicção do art. 341 do Código de Processo Civil de 2015.⁷⁸ A especificação defensiva não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial nos termos do parágrafo único do citado artigo 341.

Tal regramento, no entanto, encontra exceção quando da ocorrência de citação ficta ou sendo o réu preso, caso não ocorra a resposta, caracterizada, dessa forma, a revelia. Nesse caso, consoante a norma inscrita no artigo 72, do Código de Processo Civil de 2015, deverá haver a nomeação de Curador Especial, pena de nulidade do processo.

A apresentação da peça contestatória limita a controvérsia, não podendo o réu alegar novos fatos, salvo direito superveniente ou circunstâncias que caracterizem nulidade absoluta.⁷⁹

As exceções são de três espécies: incompetência, impedimento e suspeição.

A primeira diz respeito à incompetência relativa, que é aquela passível de prorrogação, caso não alegada pelas partes no prazo legal e tem como objetivo regularizar uma determinada situação do órgão judicial: o juízo. Não pode o juiz ser tachado de incompetente, em termos processuais, pois tal vício é do órgão, não da pessoa física que o ocupa.

A oposição da referida defesa, de nítida coloração dilatória, determina a suspensão do processo, segundo a doutrina, dominante até o julgamento do incidente em primeiro grau de jurisdição.

⁷⁸ Além disso, o mesmo artigo refere-se a duas outras hipóteses: a inadmissibilidade da confissão e a inexistência de instrumento público instruindo a peça vestibular, sendo o documento referente à substância do ato, v.g.: certidão de casamento ou escritura pública.

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, além disso, cita a presunção de fatos não contestados serem considerados verazes, bem como acarretar a responsabilidade do réu pelo pagamento das custas do retardamento do processo e da sucumbência. (Op. citada, pág. 50)

Na sistemática do Código de Processo Civil de 2015 passou a ser possível a distribuição da contestação no juízo apontado como competente com a finalidade de prevenir o Juízo⁸⁰ e somente ocorre menção à suspensão da audiência de conciliação ou mediação designada.⁸¹ Apesar disso é de bom alvitre ampliar a suspensão até a definição do Juízo competente mesmo que por ato do próprio juízo. Destaque-se que ainda é divergente a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em tema de competência por não presente no rol do art. 1.015, do Código de Processo Civil de 2015.⁸²

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a autonomia das exceções de impedimento e suspeição. Nesse caso, há o processamento em autos apartados, eis que tal modalidade de resposta se concretiza em petição autônoma das demais, nominado aquele que alega o vício de excipiente e a outra parte de excepto.

Os motivos que caracterizam o impedimento constam do conteúdo do artigo 144, do Digesto Processual Civil de 2015⁸³ e sua existência proíbe a participação do juiz no processo, sendo considerada causa de nulidade absoluta, sujeitando a decisão à ação rescisória, conforme comando expresso no artigo 966, I do já citado diploma legal.⁸⁴

⁸⁰ Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

⁸¹ Art. 340... § 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

⁸² Pelo cabimento: REsp 1.679.909, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, 4a. Turma, STJ, julgado aos 14.11.2017, v.u.

⁸³ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

⁸⁴ A ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos, a contar do trânsito em julgado da decisão. Após decorrido o referido biênio, mesmo que esteja caracterizada qualquer nulidade absoluta, por motivos de segurança, não há como modificar a decisão. O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu outros marcos tais como o vinculado ao art. 966, VII (VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável). Nesse caso, pelo comando do art. 975 o prazo passa a cinco anos (§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.). outro marco de relevo diz respeito à inexigibilidade do título executivo em cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública no caso de confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (art. 535, III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;) complementado pelo parágrafo quinto (§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição

Apesar de ser regulamentado segundo um mesmo procedimento, a alegação de suspeição não mereceu o mesmo tratamento do impedimento causando, com isso, justo repúdio de parte da doutrina.

Os motivos ensejadores da suspeição estão catalogados no art. 145, do Código de Processo Civil de 2015⁸⁵ e sua incidência lança sobre o juiz a pecha de parcialidade com a causa, dada sua vinculação com as partes ou com o objeto da causa.

No entanto, a decisão proferida por juiz suspeito não serve de fundamento para a ação rescisória, por não prevista tal hipótese em qualquer inciso do art. 966, do Código de Processo Civil de 2015.

Tanto a exceção de impedimento, quanto a de suspeição cria um incidente processual tendo como excepto o juiz da causa, pois a alegação é endereçada, sempre, à pessoa física, nunca ao juízo. Dessa forma, a aceitação de tal circunstância, ou seja, a incidência de qualquer motivo de suspeição ou impedimento afasta o juiz do feito. Em havendo resistência do julgador, por outro lado, a circunstância de ser o mesmo interessado no desfecho do incidente transfere ao órgão revisor o julgamento do fato, podendo o relator do incidente suspender o processo ou determinar o seu prosseguimento.

Decidido o incidente pelo Tribunal, o processo terá o seu regular prosseguimento ou com o anterior juiz, em caso de não acolhimento da alegação de suspeição ou impedimento ou com juiz designado especialmente pelo tribunal.⁸⁶

Apesar de a reconvenção ser muito mais do que mera peça defensiva, modalidade de resposta caracterizada por conter um ato positivo do réu, contra-atacando seu

Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.). Assim, o termo inicial para a ação rescisória passa a ser o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal (§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.). Pela demora nos julgamentos realizados pela nossa Suprema Corte essa norma cria um fato contrário à segurança jurídica.

⁸⁵ Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. § 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões...

⁸⁶ Outra hipótese pode ocorrer com a participação do juiz tabelar que, em regra é o da Vara imediatamente superior.

opponente, baseado em causa conexa resolveu o legislador de 2015 também concentrá-la na contestação.⁸⁷

O Código de Processo Civil de 2015 refere-se, aliás, a conexão com a causa ou o fundamento de defesa situação que seria mais ampla daquela referida no artigo 55.

Por força do movimento de concentração defensiva e rearrumação de vários institutos, a preliminar de ilegitimidade alberga caracteres da antiga intervenção de terceiros intitulada Nomeação à Autoria.⁸⁸

Com o fito de facilitar a atuação do réu, havendo alegação de incompetência relativa pode a peça ser apresentada no foro do domicílio do réu, com comunicação imediata ao Juízo da causa, de preferência por meio eletrônico.⁸⁹ Caso a incompetência seja declarada o Juízo que recebeu a contestação será prevento para a ação proposta.⁹⁰

O prazo para apresentação da defesa continua de quinze dias,⁹¹ com as modificações dos prazos diferenciados para os litisconsortes,⁹² para a Defensoria Pública,⁹³ para o Ministério Público⁹⁴ e para a Fazenda Pública.⁹⁵

Com a instituição do procedimento comum os marcos para a contagem de prazos também são modificados,⁹⁶ podendo partir da data da audiência de conciliação ou mediação cujo comparecimento passa a ser obrigatório, sob pena de multa, bem como os critérios para a contagem que passaram a ser em dias úteis para os prazos processuais.⁹⁷ Aqui também houve a inclusão de norma que estabelece o termo inicial vinculado à data do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou mediação.

Observadas tais modificações o corpo da peça defensiva tradicional mantém a estrutura desenhada pelo revogado Código de Processo Civil de 1973.

⁸⁷ Art. 343.

⁸⁸ Código de Processo Civil de 2015, arts. 338-339.

⁸⁹ Código de Processo Civil de 2015, art. 340.

⁹⁰ Código de Processo Civil de 2015, art. 340.

⁹¹ Código de Processo Civil de 2015, art. 335.

⁹² Código de Processo Civil de 2015, art. 229.

⁹³ Código de Processo Civil de 2015, art. 186.

⁹⁴ Código de Processo Civil de 2015, art. 180.

⁹⁵ Código de Processo Civil de 2015, art. 183.

⁹⁶ Código de Processo Civil de 2015, art. 335.

⁹⁷ Código de Processo Civil de 2015, art. 219.

Nessa linha, a contestação deve ser articulada.⁹⁸

Do mesmo modo, o rol de preliminares é mantido, com os acréscimos já indicados. Assim, temos como matéria que deve ser alegada antes do mérito: inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta e relativa; incorreção do valor da causa; inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; convenção de arbitragem; ausência de legitimidade ou de interesse processual; falta de caução ou de outra ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.⁹⁹

E, apesar da mudança do regime das preclusões que permite alegar todas as matérias no recurso de apelação, sendo extinto o agravo retido, existem dois tópicos que, se não alegados como preliminares, precluem: a incompetência relativa e a convenção de arbitragem, que também não podem ser conhecidas *ex officio*.¹⁰⁰

O novo Código de Processo Civil excluiu as exceções processuais da organização da defesa tendo ocorrido, inclusive, excluído o título resposta do réu. As hipóteses de impedimento e de suspeição foram mantidas nos arts. 144-148, mas a sua apresentação passa a ocorrer por petição, originando um incidente autônomo.

O projeto inicial não previa a reconvenção tendo optado pela previsão do pedido contraposto que é a alternativa hoje existente no procedimento sumário do CPC de 1973¹⁰¹ e nos Juizados Especiais Cíveis.¹⁰²

Essa exclusão romperia com uma tradição no sistema processual pátrio que recebeu o instituto a partir da influência do direito romano que na novela 96 e na constituição de Justiniano tratava do tema e que foi recebido pelas Ordenações Afonsinas sob o título “Das ações e reconvenções”.¹⁰³

⁹⁸ Código de Processo Civil de 2015, art. 341.

⁹⁹ Código de Processo Civil de 2015, art. 337.

¹⁰⁰ Código de Processo Civil de 2015, art. 337, § 5º. e § 6º.

¹⁰¹ Art. 278. Não obtida a conciliação, oferecerá o réu, na própria audiência, resposta escrita ou oral, acompanhada de documentos e rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará seus quesitos desde logo, podendo indicar assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995) § 1º *É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, desde que fundado nos mesmos fatos referidos na inicial* (grifo nosso).

¹⁰² Lei no. 9.099-95. Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.

¹⁰³ Santos, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 94.

O instituto foi mantido nas Ordenações Manoelinas e, depois, nas Filipinas. Em Portugal, o Código de Processo Civil de 1876 também incorporou a reconvenção.¹⁰⁴

Esse movimento avançou pelo Brasil influenciando o Regulamento 737 de 1850, bem como os Códigos Estaduais e no CPC de 1939.¹⁰⁵

O novo CPC apresenta as regras de reconvenção no art. 344.¹⁰⁶ Logo no início paira uma dúvida quanto à autonomia da peça reconvençional, pois a norma indica que a reconvenção será apresentada na contestação.

Aparentemente, apesar de ter mantido a reconvenção, o novo CPC adotou o modelo do processo do trabalho onde a mesma deve ser incluída no bojo da própria contestação. Não haverá, contudo, qualquer nulidade em caso de apresentação da peça de forma autônoma, privilegiando-se a finalidade do ato em detrimento das formas aplicando o princípio da instrumentalidade do processo tão caro a Candido Rangel Dinamarco.¹⁰⁷

No pertinente à relação de conexidade permanecem os mesmos pressupostos podendo aqui aplicar-se as referencias de Leonardo Greco aplicáveis ao modelo anterior. Nesse sentido, podem surgir pedidos diversos motivados pelo vínculo com a causa de pedir ou pedidos idênticos.¹⁰⁸

No primeiro caso teríamos a ação baseada em relação contratual onde o autor postula a condenação no pagamento de uma prestação e o reconvinte afirma violação de cláusula contratual e postula a rescisão da avença.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Santos, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 106.

¹⁰⁵ Santos, Moacyr Amaral. *Da Reconvenção no Direito Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1966, p. 107-108.

¹⁰⁶ Art. 344. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. § 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de quinze dias. § 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção. § 3º Contra a decisão que indeferir liminarmente a reconvenção ou que a julgar liminarmente improcedente cabe agravo de instrumento. § 4º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro. § 5º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro. § 6º Se o autor for substituído processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituído processual. § 7º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação.

¹⁰⁷ Dinamarco, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁰⁸ Greco, Leonardo. *Instituições de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 77.

¹⁰⁹ Greco, Leonardo. *Instituições de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 77. No mesmo sentido, Amaral Santos, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268.

A ação de separação judicial contenciosa pode receber uma reconvenção e ambas possuírem os mesmos pedidos, mas os fundamentos podem ser diversos e, frequentemente o são.¹¹⁰ Deve ser destacado que, apesar de, atualmente, por força de comando constitucional, inexistir mais limite rigoroso quanto ao divórcio,¹¹¹ o Código de Processo Civil mantém a ação de separação judicial ao prever regra de competência.¹¹²

A conexão com o fundamento de defesa está jungida com algum argumento defensivo. Leonardo Greco indica o exemplo de uma ação de cobrança onde a defesa apresentada é a compensação e, além disso, a existência de um crédito remanescente dessa outra relação contratual. Esse valor poderia ser cobrado mediante reconvenção.¹¹³

Manteve o sistema o procedimento de intimação do reconvido através do seu advogado. O ato, no CPC de 1973 possuía forma de intimação mas força de citação.¹¹⁴ Lição que continua válida diante da não modificação da norma.

Houve inovação quanto à desistência da ação não se comunicar automaticamente à reconvenção, ocorrendo a ampliação para a hipótese de extinção da ação (na verdade processo) sem exame de mérito. No CPC de 1973 a previsão dessas hipóteses constava do art. 267.¹¹⁵ No novo estatuto é referida no art. 495.¹¹⁶ Os fundamentos para extinção do processo não sofreram modificação estrutural.

¹¹⁰ Greco, Leonardo. *Instituições de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 78.

¹¹¹ CRFB, art. 226, § 6º. Com a modificação realizada pela Emenda Constitucional no. 66, de 2010 imediatamente após o casamento pode o casal postular o divórcio sem aguardar qualquer período, como anteriormente existia, com prazo de um ano após a separação judicial ou de dois anos havendo separação de fato.

¹¹² Código de Processo Civil de 2015, art. 53, I.

¹¹³ Greco, Leonardo. *Instituições de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 78.

¹¹⁴ Arruda Alvim. José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil, vol. 2*. São Paulo: RT, 1997, p.313-314.

¹¹⁵ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996) VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código.

¹¹⁶ Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência, nos termos do art. 348; VIII – homologar a desistência da ação;

O novo Código esclareceu um dos pontos mais polêmicos ocorridos no CPC de 1973, que originou acerbo debate entre os processualistas, consubstanciado na verificação de qual seria o recurso cabível contra a decisão que indeferisse, liminarmente, a reconvenção.

De um lado, Sergio Bermudes e Alcides de Mendonça Lima defendendo o cabimento da apelação; do outro, Arruda Alvim, J.J. Calmon de Passos, Carlos Silveira Noronha e Moacyr Amaral Santos, dentre outros.¹¹⁷

A opção foi adotar a interpretação da corrente dominante. Agora, sem polêmica, cabe agravo nessa hipótese.

Também restou esclarecido, como já apontava a doutrina, que é possível a reconvenção criar um litisconsórcio.¹¹⁸

Além disso, estabeleceu também a possibilidade de a reconvenção ser proposta pelo réu em litisconsórcio com um terceiro, criando uma via de mão dupla.

Em suma, permite-se a criação do litisconsórcio no polo ativo e no polo passivo com a reconvenção.

Houve esclarecimento quanto à possibilidade de existir reconvenção em casos de substituição processual. Aqui se aplica a regra da legitimação extraordinária quando o titular da ação, autorizado por lei, persegue a proteção de pretensão alheia e não própria. Na doutrina, Luiz Fux já defendia tal possibilidade indicando o exemplo da ação de responsabilidade civil proposta por acionista minoritário para obter a condenação dos administradores da sociedade, mas limitando o pleito reconvenicional à sociedade e somente caso o autor pudesse atuar com substituto processual da mesma.¹¹⁹ Aplica-se o princípio da identidade bilateral relativa à identidade subjetiva do direito.¹²⁰ A última alteração especificou a possibilidade de apresentação de reconvenção independentemente de contestação.

IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código.

¹¹⁷ Fornaciari Júnior. Clito. *Da Reconvenção no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 168-169.

¹¹⁸ Fux, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 551-552. Contra: Frederico Marques, José. *Manual de Direito Processual Civil vol 2*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 95.

¹¹⁹ Fux, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 551.

¹²⁰ Passos, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 312.

Embora não prevista no sistema anterior e também não seja comum no dia-a-dia forense tal possibilidade sempre foi admitida.¹²¹ Sobre o tema poderia haver a ressalva da impossibilidade de se apresentar reconvenção sem contestação quando o vínculo fosse com o fundamento de defesa.¹²² O que comumente sofreu rejeição foi a apresentação em momentos diversos das duas peças defensivas dada a regra de concomitância prevista no CPC de 1973.

A apresentação de contestação e reconvenção de formas autônomas remete a outro debate relacionado à revelia quando a doutrina se biparte, de um lado, na defesa de sua existência somente quando não é apresentada qualquer espécie de resposta;¹²³ de outro, aduzindo que existe a revelia se a contestação não for apresentada,¹²⁴ mas sim a reconvenção.

A inclusão da reconvenção no bojo da peça contestatória busca resolver esse dilema.

Questão de extrema importância debatida no sistema do CPC de 1973 foi o de identificar as denominadas ações dúplices. Nesse caso, inviável a reconvenção por possibilidade de pedido contraposto na própria contestação. Apontam-se, nesse caso, o procedimento sumário, a consignação em pagamento, a prestação de contas, as possessórias, a desapropriação, os Juizados Especiais Cíveis.¹²⁵

Destaque-se que no âmbito dos Juizados Especiais e do procedimento sumário (agora revogado) o pedido contraposto sempre foi mais limitado pois vinculado aos fatos narrados na exordial somente.¹²⁶

Também de forma majoritária admitem-se reconvenções sucessivas¹²⁷ ou reconvenção de reconvenção.¹²⁸ Nesse ponto, a corrente minoritária lavrava sua tese, dentre outros

¹²¹ Fux, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 554.

¹²² Fux, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 554.

¹²³ Dinamarco, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. III*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 507-508.

¹²⁴ Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sergio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2006, p. 130-131.

¹²⁵ Amendoeira Junior, Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 444. Dinamarco, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. III*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 502-504. Theodoro Junior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, vol 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 439.

¹²⁶ Greco, Leonardo. *Instituições de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 83.

¹²⁷ Dinamarco, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. III*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 504-505.

¹²⁸ Greco, Leonardo. *Instituições de Processo Civil (Processo de Conhecimento)*, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 79.

argumentos, na possível eternização dos processos e na limitação da defesa na reconvenção á contestação.¹²⁹

Continua também aplicável a restrição do sistema anterior quanto à reconvenção em execução.¹³⁰

Ação e reconvenção compõem duas relações autônomas (*conventio* e *reconventio* dos romanos). As provas produzidas no curso do processo simultâneo serão comunicadas quanto a fatos comuns. Devem ser julgadas em conjunto, consoante aponta, na linha da interpretação assente, Fred Didier Junior.¹³¹ E ainda devem ter condenações autônomas, com as consecutórias verbas sucumbenciais.¹³²

Inúmeras regras existem, tanto no Código de Processo Civil, como em leis esparsas que inadmitem a reconvenção. Face ao texto constitucional que prevê a ampla defesa com os recursos a ela inerentes, tais dispositivos são de duvidosa constitucionalidade. No entanto, salvo engano, não houve, até o presente momento, pronunciamento judicial a respeito do assunto.¹³³

É no campo abrangente das provas que o princípio do contraditório sofre seus maiores reveses, dando lugar, com freqüência, ao chamado cerceamento de defesa que nada mais é do que uma violação clara ao citado princípio.

Nesse âmbito surge a questão pertinente à denominada prova emprestada. Esta é a prova produzida em determinado processo e que uma das partes deseja transplantar para outro. Há quem entenda que o transplante fere o princípio da imediação.¹³⁴ ARAKEN DE ASSIS, em voto proferido em julgamento realizado no TJ/RS defendeu a posição de que a prova oral emprestada ofenderia ao princípio do contraditório.¹³⁵

É certo que a análise da prova emprestada deve ser cercada de cuidados, notadamente quando produzida entre partes diversas daquelas onde se pretende dar eficácia. No

¹²⁹ Calmon de Passos. J.J. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 363.

¹³⁰ Greco Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 149.

¹³¹ Didier Junior. Fred. *Curso de Direito Processual Civil, vol 1*. Bahia: Ed. Juspodium, 2007, p. 453.

¹³² Didier Junior. Fred. *Curso de Direito Processual Civil, vol 1*. Bahia: Ed. Juspodium, 2007, p. 453.

¹³³ O art. 315, do C.P.C. proibia a reconvenção no procedimento sumaríssimo. Instituído o procedimento sumário, a proibição continuou, admitindo-se, no entanto, pedido condenatório formulado pelo réu referente aos mesmos fatos articulados na exordial, transformando o referido procedimento em dúplice. A Lei nº 6.515/77, que regulamenta o divórcio proíbe a reconvenção quando o pedido for de conversão de separação judicial. A lei 7.244/84, que regulamentava o Juizado de Pequenas Causas também proibia tal espécie de defesa. A atual Lei no. 9.099/95 segue na mesma linha, mas admite também a contestação com força dúplice, nos moldes do estabelecido para o rito sumário. Por outro lado, nas ações denominadas dúplices, como as ações possessórias elas são inadmitidas, por ter a contestação força reconvenicional.

¹³⁴ NÉRY JÚNIOR. Nelson. *Princípios*, op. cit., p. 139. O autor cita as lições de PEDRO BATISTA MARTINS in *Comentários ao CPC*, v. III, 1960, pp. 258-259.

¹³⁵ Revista de Jurisprudência do TJ/RS, agosto de 1997, no. 183, p. 177.

entanto, mesmo quando proferida em outro processo entre as mesmas partes o juiz que preside a relação que recebe a prova emprestada tem plena liberdade na formação do seu juízo de convicção sobre o assunto.¹³⁶

O Código de Processo Civil de 2015 admite, expressamente, a prova emprestada (art. 372).

Mesmo na tutela provisória e naqueles procedimentos que admitem a concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, existe a necessidade do contraditório que pode ser exercido amplamente, embora diluído no tempo.

Embora mitigado, vez que o autor porta um título caracterizado por ter liquidez e certeza, também se aplica o princípio do contraditório no processo executivo. Dois são os caminhos que o executado pode trilhar para defender sua pretensão: o natural dos embargos e da impugnação ao cumprimento de sentença e a hoje denominada objeção de pré-executividade.¹³⁷

9. Publicidade

O processo é público, sendo tal regra corolário do Estado de Direito, permitindo-se o acesso de todos aos autos, embora a participação seja restrita às partes e a seus procuradores, bem como ao juiz da causa, ao membro do Ministério Público, e, ainda, aos serventuários e auxiliares indicados pelo Juízo.

Tal corolário, no entanto, pode ser excepcionado, com autorização de norma constitucional, existindo, no âmbito do Processo Civil, a regra insculpida no art. 189, do Código de Processo Civil de 2015, que assegura o sigilo em determinados processos, onde predomina o interesse público.¹³⁸

É importante destacar, ainda, que, mesmo nos processos considerados públicos podem advir documentos sobre os quais recaiam o sigilo, assim como os dados bancários das

¹³⁶ NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Princípios*, op. cit., pp. 139/140.

¹³⁷ NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Princípios*, op. cit., p. 129.

¹³⁸ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. A cláusula interesse público pode albergar diversas interpretações, não havendo consenso sobre o seu exato sentido e limite.

partes. Tais documentos ou informações estão diretamente vinculadas à intimidade dos litigantes, um dos considerados direitos fundamentais.

O direito ao sigilo bancário está vinculado ao direito à intimidade, sendo guardião primeiro dele o estabelecimento bancário que somente cede os dados constantes dos seus cadastros às autoridades estabelecidas em lei. Tal direito não é absoluto¹³⁹ mas sua utilização nos procedimentos somente transfere a responsabilidade pela guarda do sigilo. Há evidente interesse público na defesa dos direitos fundamentais. Assim, seria possível quebrar o sigilo bancário em procedimento judicial, mas sua divulgação do público não seria possível, por violação do direito à intimidade, constitucionalmente assegurado, com inegáveis prejuízos, além daqueles advindos da condenação criminal ou civil da parte.

Idêntico dever de guardar sigilo é aplicável às Comissões Parlamentares de Inquérito que possuem poderes investigatórios, nos termos da nossa atual Constituição e que vem aplicando com muito vigor e com alguma eficiência¹⁴⁰. É evidente que os membros do Poder Legislativo não tem a mesma formação dos magistrados e nem a sua postura imparcial, que é dever imposto pela lei. Os eventuais excessos, no entanto, tem sido expurgados pelo Supremo Tribunal Federal que, em sucessivos acórdãos, tem balizado a atuação das referidas comissões.

Outro debate sobre o tema ocorreu quanto à constitucionalidade da quebra do sigilo bancário por autoridade administrativa, conforme autorizado pela Lei Complementar no. 105, de 10 de janeiro de 2001, na medida em que a Lei Maior somente autorizaria tal quebra mediante decisão judicial, permitindo o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Parece que a invasão da privacidade do cidadão pelo Estado deve ser cercada de todo cuidado. Assim, no nosso sistema, que privilegia a atividade do Poder Judiciário, como guardião das liberdades públicas, no Estado Democrático de Direito, devem ser mantidos os procedimentos judiciais como únicos a permitir, justificadamente, o ingresso na esfera individual dos cidadãos. Até porque as decisões judiciais são necessariamente motivadas e sujeitas a rígidos controles recursais. Tal, infelizmente, não ocorre na esfera administrativa como, inclusive, já decidiu a nossa Suprema Corte.

¹³⁹ AIETA, Vânia Siciliano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 143-147.

¹⁴⁰ PEIXINHO, Manoel Messias e GUANABARA, Ricardo. *Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípios, Poderes e Limites*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

O afastamento do sigilo de dados como o referente a operações bancárias e o de telecomunicações conduz a uma ampla discussão sobre as liberdades públicas, mais hodiernamente encampadas pela perspectiva dos direitos fundamentais.

É certo que, em sede constitucional, não há referência ao sigilo bancário de forma expressa, havendo quem retire o seu fundamento da proteção ao sigilo de dados (CF, art. 50., XII) ou da norma protetora do direito à intimidade (CF, art. 50., X). No que concerne ao sigilo das comunicações telefônicas ele possui norma expressa.

Por tradição, a quebra do sigilo de qualquer natureza tem sido atribuída ao Poder Judiciário, com o intuito precípua de instruir processo judicial a ser proposto ou ainda em curso.

A atuação do Poder Judiciário como órgão colaborador da atividade administrativa, inclusive disciplinar constitui fato novo no cenário jurídico nacional, tendo, contudo, sido enfrentado, parcialmente, pelo Supremo Tribunal Federal, ao disponibilizar dados colhidos através da quebra de sigilo, com órgãos correicionais do próprio Judiciário (Inquérito 2424). No caso referido tratou-se de partilhar quebra de sigilo telefônico com o Superior Tribunal de Justiça e com o Conselho Nacional de Justiça.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela a constitucionalidade da Lei Complementar no. 105/2001 legitimando a quebra do sigilo bancário por autoridades administrativas.¹⁴¹

10. Motivação das decisões judiciais

Este princípio seria de todo despiciendo vez que decorre do princípio lógico de que todos devem saber os fundamentos de suas condenações, que acarretam a perda de bens e direitos.

Há precedentes em outros países, como a Itália e a Grécia, como nos informa NELSON NÉRY JÚNIOR.¹⁴²

¹⁴¹ Recurso Extraordinário (RE) 601314, de relatoria do ministro Edson Fachin, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859 e ADIs 2390, 2386 e 2397.

¹⁴² NÉRY JÚNIOR. Nelson. *Princípios*, Op. cit. p. 153.

Certo é que a sentença é uma das peças fundamentais do processo, catalogada como ato de pronunciamento do juiz, possuindo três requisitos formais: relatório, fundamentação e dispositivo. Assim, pena de nulidade, deve a sentença conter os fundamentos de fato e de direito que levam à conclusão, mesmo que sucintos.

É certo que o magistrado no nosso sistema está proferindo sentença de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, corolário do princípio da independência da magistratura.

A análise dos motivos que servem de espeque à sentença e, por extensão, aos acórdãos que lhe seguem, é vinculada ao direito de recurso que as partes têm para poder tentar reverter a decisão proferida que lhes causem prejuízos.

Assim, não podem mais subsistir as decisões genéricas, de indeferimento ou deferimento sem respaldo em texto de lei, da jurisprudência ou da doutrina.

Mesmo as decisões que julgam extinto o processo sem julgamento de mérito devem ser fundamentadas mesmo que sucintamente.

Buscando esclarecer a extensão da norma constitucional o Código de Processo Civil de 2015 impôs a fundamentação analítica a teor do art. 489.¹⁴³

11. Duplo grau de jurisdição

A recorribilidade ou duplo grau de jurisdição permite às partes impugnar as decisões dos julgadores, admitindo-se, como regra geral, o acesso a dois julgamentos, o que poderemos chamar como Jurisdição ordinária em contraposição à extraordinária.

¹⁴³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

É um princípio assentado nos diversos sistemas processuais hoje existentes, permitindo que o próprio Judiciário exerça controle interno sobre a justiça e legalidade de suas decisões.¹⁴⁴

O Pacto de San Jose da Costa Rica que enuncia os direitos humanos que devem ser seguidos pelos países americanos indica no seu art. 8º. 2, letra h como sendo uma garantia judicial o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Ao definir a competência dos tribunais para conhecer de causas originariamente ou em grau de recurso a Constituição incorporou o princípio do duplo grau, porém sem feição absoluta, podendo o legislador infraconstitucional restringir o acesso mediante a imposição de requisitos que compõem o chamado juízo de admissibilidade recursal.¹⁴⁵

No mesmo sentido, pode o legislador estabelecer que a impugnação inoerirá em pequenas causas, como já efetuou na Lei de Execuções Fiscais e no âmbito dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/84), bem como na atual legislação dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95). No primeiro caso estabeleceu um recurso endereçado ao próprio juiz denominado embargos infringentes; nos dois últimos permitiu a existência de recurso a órgão colegiado, mas da mesma instância (Turmas Recursais).

O duplo grau somente se efetiva mediante ato voluntário da parte litigante, sendo exceção ao sistema a previsão contida no artigo 496, do Código de Processo Civil de 2015, que preconiza a denominada remessa obrigatória do processo à instância revisora.¹⁴⁶

¹⁴⁴ GRINOVER *et ALLII*, *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 69.

¹⁴⁵ NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 248/249.

¹⁴⁶ Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa. A Lei nº 1.533/51, que regulava o Mandado de Segurança previa o duplo grau obrigatório (Art. 12, Parágrafo único), a regra foi repetida na atual lei de regência (Lei no. 12.016/2009, art. 14, §1º.; o mesmo ocorre na Lei nº 4.717, de 29.06.65, que normatiza a ação popular (art. 19). Por outro lado, o verbete nº 45, da Súmula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal

Houve debate sobre a aplicabilidade no referido princípio no plano administrativo, discussão que ocorreu por força de legislação que impôs o recolhimento de parcela dos valores discutidos como depósito recursal garantidor de instância. A decisão inicial foi pela validade da norma vez que tal princípio não se aplicaria ao procedimento administrativo, sendo válido o ato que restringiu a atividade recursal no âmbito tributário federal.¹⁴⁷

Posteriormente a interpretação foi modificada desaguando na edição da súmula vinculante no. 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Como fundamento de decidir apontou o relator: "(...) A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na Lei 70.235/72." (ADI 1976, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, 28.3.2007, DJ de 18.5.2007)

Outra decisão, desta vez do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à inaplicabilidade do duplo grau necessário de jurisdição à sentença proferida em embargos à execução que rejeita a postulação de Autarquia.¹⁴⁸

de Justiça prescreve: "No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública". Tal decisão decorre do fato de que o instituto visa proteger a Fazenda, não prejudicá-la.

¹⁴⁷ Recurso extraordinário. Admissibilidade de recurso administrativo. Depósito de 30% do valor do débito. - O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIMC 1.922, de que fui relator, indeferiu o pedido de medida liminar contra o § 2º do art. 33 do Decreto Federal 70.235/72, com a redação dada pelo artigo 32 da Medida Provisória 1.863-53/99 (resultado de reedições sucessivas, e entre elas se acha a Medida Provisória 1.621-30/99), por entender ausente a plausibilidade jurídica da tese de ofensa aos incisos XXXIV, XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição. Salientou-se, ainda, nesse acórdão que isso ocorria inclusive pela inexistência, na Carta Magna, da garantia ao duplo grau de jurisdição na via administrativa, sendo esse depósito requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não o pagamento de taxa para o exercício do direito de petição. Posteriormente também assim foi decidido no RE 234.425 em caso análogo. Dessa orientação, divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido." (RE 311023, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 18/09/2001, DJ 26-10-2001).

¹⁴⁸ ERESp 226.387-RS, Rel. originário Ministro GARCIA VIEIRA, Rel. para acórdão Ministro FONTES DE ALENCAR, julgado em 7/3/2001, Corte Especial.

Há, pois, intenso debate sobre o tópico sem que possamos afirmar que existe um duplo grau de jurisdição como direito fundamental, o que decorre da falta de previsibilidade expressa do tema no texto constitucional.

12. Duração razoável do processo

A questão da demora no fornecimento da prestação é tema que vem sendo perquirido em todo o mundo. Há evidente conflito entre os valores prestação e segurança jurídicas. Há quem entenda, a meu ver com inteira procedência, que a questão da rapidez acima de tudo nada mais é do que um mito.¹⁴⁹

Apesar disso, a tendência estabelecida na Europa continental é a de punir os Estados que excedem prazos razoáveis para a resolução do processo. Naquele sítio surgiu, a partir de 1950, com a edição da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, um direito ao processo sem dilações indevidas,¹⁵⁰ sendo tal regra incluída na Constituição espanhola de 1978 (art. 24).

Idêntica regra foi inscrita na Convenção Americana sobre Direitos Humanos lavrada na Costa Rica em 1969.

O princípio foi incluído no sistema constitucional pela emenda no. 45, de 2004 e assim está posto: “CF, Art. 5º. LXXVIII. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O Código de Processo Civil de 2015 replicou o princípio na norma do art. 4º.¹⁵¹

A demora na prestação jurisdicional tem sido uma crítica constante quanto ao Poder Judiciário nacional tendo constato, inclusive, em relatório oficial do Banco Mundial (O documento técnico no. 319, com o título *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe –Elementos para Reforma*, datado de 1996, teve a assessoria de Malcolm D. Rowat, Sri-Ram Aiyer, Manning Cabrol e Bryant Garth e estabeleceu como objetivos,

¹⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Futuro da Justiça: Alguns Mitos*. São Paulo: RT, Revista de Processo 99, pp. 141/150, 2000.

¹⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 103.

¹⁵¹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

quebrar o monopólio do Judiciário, garantir o direito de propriedade e possibilitar o desenvolvimento econômico do setor privado).¹⁵²

A responsabilidade civil do Estado por demora na prestação jurisdicional no Brasil, no entanto, não tem sido admitida pelos pretórios.

13. Conclusões

Os princípios constitucionais aplicáveis ao processo vem tendo uma interpretação bastante precisa por parte dos pretórios, servindo de meio para a plena defesa dos direitos fundamentais.

É certo que poderemos avançar na medida em que a consciência democrática esteja instaurada no nosso sistema jurídico, notadamente no judicial, responsável pela regular aplicação do processo, instrumento natural da jurisdição estatal.

É essencial que o nosso país siga pela trilha do pleno respeito às liberdades individuais, bem como aos direitos coletivos e difusos, todos essenciais para a formação de uma sociedade mais justa e menos hierarquizada, como a que conhecemos.

A inserção dos princípios no âmbito da legislação ordinária teve o claro objetivo de ampliar o seu campo de aplicação tendo como norte o razoável desenrolar do processo e atingir a entrega plena da prestação jurisdicional.

O processo serve, assim, à plena instauração da República no seu sentido mais querido que é o de significar que o patrimônio do Estado não pode ser apropriado individualmente, pelos governantes temporários, mas pertencer a todos.

Deve-se, na trilha dos ensinamentos do Professor RICARDO LOBO TORRES¹⁵³, arrimado na boa doutrina germânica e norte-americana, entender o processo judicial como realizador dos direitos fundamentais, sociais e difusos, fundamentando, plenamente, o exercício da cidadania, valendo os princípios como paradigma de utilização na interpretação dos casos concretos e, mesmo, como referência nos chamados processos objetivos, analisados sob a perspectiva abstrata.

¹⁵² MACIEL, Cláudio Baldino. *A Reforma do Poder Judiciário e a influência do Banco Mundial in* www.BdJur.com.br, pp. 66/76, acessado aos 11.01.2010.

¹⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in Teoria dos Direitos Fundamentais* (Org. Ricardo Lobo Torres), Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 320.

Assim, os direitos fundamentais que, segundo PABLO LUCAS VERDÚ¹⁵⁴, nasceram com a República de Weimar, devem ser aplicados no âmbito do processo que deve ser instrumento de realização da Justiça.

14. Bibliografia

AIETA, Vânia Sicilano. *A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ASSIS, Araken de – Acórdão do TJ/RS in Revista de Jurisprudência do TJ/RS, agosto de 1997, n.º 183, p. 177.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, 1992.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Futuro da Justiça: Alguns Mitos*. Revista de Processo 99: 141/150, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *A Viagem Redonda: Habeas Data, Direitos Constitucionais e provas Ilícitas in Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, São Paulo, 1996.

BITTAR, Orlando. *Estudos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho*, Vol I, Renovar, Rio de Janeiro, 1996.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *O Direito Civil Constitucional in 1988-1998 - Uma Década de Constituição* (Org. Margarida Lacombe Camargo). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*, RT, 1987.

GRINOVER et alii, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: José Bushatsky. 1975.

HABSCHEID, Walther. *Les Grands Principes De La Procédure Civile: Nouveaux Aspects* in Scritti In Onore di ELIO FAZZALARI, Volume Secondo, Milano: Giuffrè Editore, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MORELLO, Augusto Mario. *El proceso como realidad social (Los condicionamientos del proceso judicial justo)* apud GOZAINI, Osvaldo A , *La Justicia Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

¹⁵⁴ VERDÚ, PABLO LUCAS. *Los Derechos Humanos como "Religión Civil". Derechos Humanos y Concepción del Mundo y de la Vida. Sus Desafíos Presentes in Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a PAULO BONAVIDES* (org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho), São Paulo: Malheiros, 2001, p. 533.

- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, São Paulo, 1992, RT
- NÉRY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*, 2ª. Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 1988.
- PEIXINHO, Manoel Messias e GUANABARA, Ricardo. *Comissões Parlamentares de Inquérito: Princípios, Poderes e Limites*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 1996.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 1977.
- PIZZOL, Patricia Miranda. *A Competencia no Processo Civil*, São Paulo: RT, 2003.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 1989. in *O Devido Processo de Lei*.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto - *Curso de Direito Processual Civil*.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, in *Teoria dos Direitos Fundamentais* (Org. Ricardo Lobo Torres), Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- VERDÚ, PABLO LUCAS. *Los Derechos Humanos como "Religión Civil". Derechos Humanos y Concepción del Mundo y de la Vida. Sus Desafíos Presentes in Direito Constitucional, Estudos em Homenagem a PAULO BONAVIDES* (org. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho), São Paulo: Malheiros, 2001.

civilistica.com

Recebido em: 25.01.2018

Publicação a convite.

Como citar: NASCIMENTO FILHO, Firly. Princípios processuais constitucionais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 2, 2018. Disponível em: <<http://civilistica.com/principios-processuais-constitucionais/>>. Data de acesso.