XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diego Mongrell González; José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Ricardo Augusto Bonotto Barboza.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-607-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase como ponto de maior destaque das inovações, à adoção da doutrina do Precedente Judicial.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil.

Atenciosamente,

José Alcebiades De Oliveira Junior (Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões);

Diego Mongrell González (Universidad de Buenos Aires);

Ricardo Augusto Bonotto Barboza (Universidade de Araraquara);

Orlando Luiz Zanon Junior (Universidade do Vale do Itajaí).

REFLEXÕES SOBRE O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO JUSPOLÍTICA

REFLECTIONS ON THE PROCESS AS A JUSPOLITICAL INSTITUTION

Jônatas Luiz Moreira de Paula [1]
Albino Gabriel Turbay Junior [2]

Resumo

Com a missão do Estado Democrático de Direito, há a necessidade de se rever a concepção do processo, pois além de instrumento da jurisdição, se torna como a ferramenta necessária para a efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, não cabe mais a análise do processo pela finalidade puramente jurídica, é preciso compreender as finalidades política e social, para que desta forma a instrumentalidade do processo alcance toda a complexidade da sociedade com seus direitos e deveres. É preciso compreender o processo como instituição e como meio para atingir os interesses do Estado e sociedade, em especial para que o processo seja um meio de efetividade destes interesses. Por isso, o processo se apresenta como uma instituição juspolítica que possui precisas finalidades políticas, jurídicas e sociais. O processo caracteriza-se como instituição por demonstrar uma dinâmica com complexidade de atos e regulação pelo direito, sendo juspolítica por ser um meio de alcançar os interesses do Estado e de proteger direitos fundamentais. Assim, a partir de pesquisa bibliográfica e na jurisprudência, este artigo faz análise teórica sobre processo e suas finalidades e promove reflexões sobre o processo como instituição juspolítica.

Palavras-chave: Jurisdição, Estado de direito, Finalidades do processo, Metodologia do processo, Processo e direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

With the mission of the Democratic State of Law, there is a need to review the design of the process, because in addition to being an instrument of jurisdiction, it becomes the necessary tool for the realization of fundamental rights. In this sense, it is no longer necessary to analyze the process for a purely legal purpose, it is necessary to understand the political and social purposes, so that the instrumentality of the process reaches all the complexity of society with its rights and duties. It is necessary to understand the process as an institution and as a means to achieve the interests of the State and society, especially so that the process is a means of effectiveness of these interests. Therefore, the process presents itself as a legal institution that has precise political, legal and social purposes. The process is characterized as

[1] Advogado. Mestre (UEL), Doutor (UFPR) e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Professor Titular da UNIPAR.

[2] Advogado. Doutor em Direito pela ITE/Bauru. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Unipar.

an institution for demonstrating a dynamic with complexity of acts and regulation by law, being juspolitical for being a means of achieving the interests of the State and protecting fundamental rights. Thus, based on bibliographic research and jurisprudence, this article makes a theoretical analysis of the process and its purposes and promotes reflections on the process as a juspolitical institution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdiction, Rule of law, Process purposes, Process methodology, Process and fundamental rights

1 INTRODUÇÃO

A doutrina processual havia pacificado o entendimento sobre a natureza jurídica do processo: trata-se de uma relação jurídica triangular, eis que a dinâmica procedimental dessa relação jurídica era animada pela atuação de seus protagonistas – juiz, autor e réu – e assim fazia valer a regra do *actus trium personarum: iudex, actoris et rei*.

Mesmo com a pacificação doutrinária, remanescia crítica a esse entendimento de que o processo triangularizado permitia uma indevida aproximação à concepção do "processo das partes", cuja característica marcante é fincar o juiz como um sujeito equidistante das partes e com função de pronunciar a sentença resolutiva da lide.

Trata-se de uma discussão sem fim, pois ainda que se estruture um sistema processual marcadamente interventivo, a ponto de sufocar iniciativas particulares, levando a condução do processo a um "paternalismo judicial" e inviabilizando a busca pela tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, como preconiza a idéia do acesso à uma ordem jurídica justa.

Ocorre que, em tempos de efetivação de direitos fundamentais, o processo passa a ter uma concepção mais ampla, que reclama não só a adequada solução do litígio, como também exige e a presença do Estado para realizar as suas funções institucionais. Assim, mais que a solução jurídica do litígio, o processo também passa a ter funções sócio-políticas derivadas da institucionalização do serviço jurisdicional.

Nessa concepção surge o processo como instituição juspolítica, derivado de um Estado Democrático de Direito que prioriza na sua atividade a efetivação de direitos fundamentais, a começar pela instauração e desenvolvimento da relação processual, e conclui pelos efeitos que a resolução da lide irradiam na sociedade. É uma concepção de processo que se concilia com noções de processo como relação jurídica e como instrumentalidade, mas que ao final marca três faces: a política, a jurídica e a social.

Elaborado com base em pesquisa teórica e bibliográfica, este artigo tem como objetivo, a partir da análise da instrumentalidade do processo e suas finalidades, apresentar reflexões sobre uma teoria do processo como instituição juspolítica.

2 AS FINALIDADES DO PROCESSO

Para pensar nas finalidades do processo no plano de um sistema constitucional, de proteção de direitos fundamentais e de uma sociedade complexa, é preciso superar a visão puramente jurídica do processo, desta forma, ter um olhar sobre o processo e sua utilidade para a sociedade.

Desta forma, o processo em sua instrumentalidade deve ser analisado em suas finalidades jurídica, social e política. Neste sentido, da superação da visão puramente jurídica, Dinamarco (2020, p. 162-163) afirma que: “A consciência dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes antes excluídos de suas preocupações”.

Por esta perspectiva, serão analisadas as finalidades do processo.

2.1 Finalidade política do processo

A jurisdição é uma das formas de manifestação da soberania estatal. Essa manifestação se faz por meio do processo como ambiente para o pronunciamento da tutela jurisdicional, o momento em que há o auge de toda a atividade jurisdicional.

A atividade jurisdicional é uma das atividades orgânicas do Estado e isso está atrelado historicamente à própria evolução do estado desde o Código de Hamurabi (1.772 a.C.), tido como a legislação escrita mais antiga que se tem conhecimento (PAULA, 2018, p. 13).

O processo tem a missão de ser o meio, perante a necessidade de resolução dos conflitos em uma sociedade, de contribuir para “a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado” (DINAMARCO, 2020, p. 166). Neste sentido, conforme Dinamarco (2020, p. 167): “Eis um importantíssimo aspecto positivo do exercício da jurisdição, erigindo-se a estabilidade das instituições estatais em relevante escopo político do processo e fator da segurança jurídica, que é um valor cultivado em sede constitucional”.

Mesmo na concorrência de outros sistemas de composição de conflitos sociais (arbitragem, conciliação/mediação extrajudicial e outros meios de autotutela), de alguma forma o processo manteve o predomínio político, posto que lhe cabia desenvolver a execução das deliberações tomadas nesses sistemas, senão exercer um próprio controle de legalidade, especialmente no que se refere à conciliação/mediação/transação e nos casos de legítima defesa.

O controle processual sobre essas formas alternativas de composição de litígios (consensuais ou não) atende a um predicado político: o processo é instrumento da jurisdição, que por sua vez é a atividade estatal destinado a manter a coesão social mediante a aplicação do direito.

Diante disso há uma evidente finalidade política do processo: é o instrumento por meio do qual o Estado, através da jurisdição, realiza uma de suas tarefas essenciais, que é o da solução dos conflitos sociais mediante a aplicação de normas jurídicas. Há um nítido propósito nessa tarefa: o combate ao justicialismo social, ou seja, o combate à ação direta de cidadãos que por meio da violência física ou por outros meios (como o linchamento moral nas redes sociais) procuram resolver as diferenças pessoais e políticas, bem como a de fazer valer a manifestação da soberania nacional com a preponderância da atividade estatal interventiva e resolutiva de conflitos sociais mediante a aplicação da ordem jurídica nativa.

Sendo assim tem-se a função política do processo: instrumento da jurisdição que assegura o exercício da soberania nacional, pois pelo processo há o pronunciamento da ordem jurídica estatal sobre os conflitos litígios e nela exercer controle estatal da solução desses litígios, evitando-se assim o justicialismo social.

2.2 Finalidade jurídica do processo

Oriundo da atividade estatal, pode-se ter nos fins jurídicos do processo outra manifestação da soberania: a aplicação do direito nacional. Isso advém da LINDB-Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) e especialmente no artigo 4º ao estabelecer que *quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*

Nota-se que há uma prevalência do direito brasileiro, a começar pela legislação nacional – constitucional e infraconstitucional e legislação infralegal – seguido da aplicação dos precedentes criados pelos tribunais. Na ausência desses aplicam-se a analogia, costumes e os princípios gerais do direito. Também a doutrina encontra espaço nesse enredo. Na excepcional ausência desses, então poder-se-ia cogitar na aplicação do direito alienígena.

Além da assegurar a aplicação do direito nacional, o processo também propicia o controle estatal sobre atos e relações jurídicas praticado pelos particulares e ajustá-los em conformidade com o direito nacional, se for o caso.

Também com relação à ordem jurídica pode-se encontrar no processo as funções interpretativa, aplicativa, integrativa e complementadora.

Com efeito.

É da essência da atividade jurisdicional a interpretação de fatos e normas jurídicas para que se elabore o conhecimento jurídico adequado ao caso concreto. Sem que haja essa atividade interpretativa certamente a atividade jurisdicional seria equiparada à atividade

legislativa, posto que essa interpreta fatos e normas jurídicas para casos genéricos, abstratos e impessoais.

Como função típica da jurisdição, a atividade interpretativa se manifesta especialmente pelo sistema de precedentes (CPC, art. 927[1]), pois é através do efeito vinculante que a interpretação dada pelos tribunais passa a ter eficácia obrigatória não só entre os particulares nos processos judiciais como também em órgãos público e agências reguladoras.

A função aplicativa geralmente ocorre nos casos concretos por meio da tutela jurisdicional (declaratória, condenatória, constitutiva, desconstitutiva, mandamental, executiva *lato sensu*, executiva *estrito sensu* ou cautelar). Mas pode incidir em processos futuros ou até mesmo no âmbito de órgãos públicos ou agências reguladoras por meio das súmulas ou jurisprudência vinculantes, nos termos do artigo 927 do CPC.

Já a função integradora dá-se por duas maneiras: mantendo a coerência da jurisprudência dos tribunais e exercendo o controle de constitucionalidade das leis. No primeiro caso, nota-se que é dever dos tribunais manter a coerência da jurisprudência a fim de preservar a segurança jurídica e combater aquilo que se chama de "jurisprudência lotérica": distintos órgãos jurisdicionais pronunciando entendimentos divergentes sobre a mesma norma jurídica. Em tais casos, havendo a jurisprudência disforme, atenta-se contra a racionalidade do sistema jurídico e vulnera contra a segurança jurídica (CPC, art. 926[2]). No segundo caso, a integração do sistema jurídico ocorre na análise e detecção de leis ou atos normativos inconstitucionais. Essa atividade tanto pode ocorrer através do controle de constitucionalidade que pode ser concentrado ou difuso. Detectada inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, compete ao Poder Judiciário comunicar ao Poder Legislativo da respectiva unidade federativa para que suspenda a vigência e os efeitos da lei ou do ato normativo, ou ainda aguardar a iniciativa do legitimado para a propositura da ADIn. Ao exercer a atividade integrativa a jurisdição contribui para a sistematização e racionalidade da ordem jurídica, evitando-se incoerências entre as normas jurídicas.

---

[1] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[2] Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

A função complementadora exercida no processo porque deriva da (função) integrativa e assim auxilia na preservação da ordem jurídica como sistema. Essa função complementadora pode-se dar em virtude das lacunas ou contradições do direito.

Na existência de lacunas normativas do direito, a jurisdição suplementa a ordem jurídica por meio do processo através das fontes subsidiárias prevista no artigo 4º da LINDB[3], que são a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. A equidade somente será admitida "nos casos admitidos em lei" conforme art. 140, parágrafo único do CPC (BRASIL, 2015).

Diante disso a finalidade jurídica permite que haja muito mais que o controle da aplicação do direito, mas também a harmonia e sistematização do ordenamento jurídico e ainda a integração e suplementação do conhecimento jurídico.

Essa finalidade, sem sombra de dúvida, é a que melhor caracteriza a tese do processo como instituição, pois em torno do escopo a ser alcançado e das funções derivadas, o processo retrata todo um arcabouço jurídico que deve ser considerado quando de sua instauração e desenvolvimento. E ao estabelecer o respeito a esse arcabouço jurídico, nota-se que novamente o processo refuta a ação dos justiceiros sociais e assegura a preponderância institucional do Estado Democrático de Direito.

2.3. Finalidade sociológica do processo

Por fim, o processo se revela como o instrumento da jurisdição para atingir os escopos sociais esperados. Num primeiro momento o processo será a ferramenta de composição de conflitos sociais para nele pronunciar a tutela jurisdicional resolutiva do litígio. Então a finalidade sociológica, num primeiro momento, se confina às partes litigantes. Mas num segundo momento pode-se observar a irradiação da jurisdição por meio do processo, posto que havendo composição de conflitos individuais de litígios constrói-se estruturalmente a paz social por meio de critérios jurídicos.

Conforme Dinamarco (2020, p. 164): "O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade."

Numa outra concepção, a evolução de estruturas processuais ocorridas sobremaneira a partir da década de 1980, permitiu-se a ampliação da atividade jurisdicional nos processos coletivos e assim permitir a jurisdição nas demandas de massa. Os ventos da busca pela tutela

[3] Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

jurisdicional dos interesses coletivos e difusos sopraram muito forte já na década de 1990 e ganharam reforço com o CPC de 2105 quando se adotou os procedimentos de formação de precedentes para demandas repetitivas, além das técnicas de repercussão geral no recurso extraordinário e de recursos repetitivos que já haviam sido adotados na primeira década desse milênio.

Também é possível detectar nessa finalidade um caráter pedagógico que o processo emprega à sociedade de modo geral: o respeito às regras jurídicas como critério de convivência social. E por convivência social não só se entende como meio de tolerância à individualidade diferentes dentro do mesmo grupo social, como também meio de desenvolvimento individual e do próprio corpo social, através da diversas formas de relacionamento interindividuais, como a familiar, a profissional, a desportiva, a escolar, a negocial, a política etc.

Assim ocorrendo a finalidade sociológica do processo cria obstáculos à ação de justiceiros sociais, eis que estes procuram impor os seus anseios em detrimento ao Estado Democrático de Direito, sob o argumento de melhor realizar a pauta de desenvolvimento/proteção da sociedade.

3 PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO JUSPOLÍTICA

Em vista do exposto, o processo é uma instituição em razão de dois fatores. O primeiro decorre da própria noção do vocábulo processo, porque implica a ideia de *avançar*, compreendendo que significa uma série de acontecimentos que modificam determinada realidade. A partir daí considera – segundo fator – que o processo é uma série de acontecimentos que revela sua realidade dinâmica, constituído na sua essência pelo movimento, em clara oposição à situação estática ou de repouso (NEVES, 1995, p. 180).

Nessa linha o processo passa ser concebido como uma instituição porque nele está compreendido uma complexidade de atos, um método, um modo de ação, unitário, regulado pelo direito para obter um fim (COUTURE, 1993, p. 143-144).

Manuel Moron Palomino (1993, p. 152) arrola as consequências derivadas dessa tese: a) o processo constitui uma realidade de tendência permanente de onde poderão nascer e extinguir processos concretos, porque a ideia e possibilidade de processo sempre permanecerá; b) as partes, em relação ao órgão jurisdicional, não estão situadas no plano de igualdade, senão o de subordinação; e c) o processo não é modificável pela vontade dos sujeitos, salvo em reduzidas hipóteses.

Uma crítica recorrente que se faz a teoria do processo, sobretudo como relação jurídica, é que ela é o espelho do Estado Liberal do século XIX, onde, à guisa da isonomia entre os cidadãos, ele trata o direito em disputa como um objeto, em absoluta desconsideração das pessoas envolvidas.

Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 431-432) bem expressa essa percepção ao afirmar que:

> A teoria da relação jurídica processual, se é capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai em busca do juiz em face daquele que resiste à sua pretensão, encobre as intenções do Estado ou de quem exerce o poder, além de ignorar as necessidades das partes, assim como as situações de direito material e as diferentes realidades dos casos concretos.
> A pretensa neutralidade do conceito de realidade jurídica processual certamente escamoteou a realidade concreta, permitindo a construção de uma ciência processual que se queria bastante ou supunha que poderia viver imersa em si mesma, sem olhar para a realidade de direito material e para a vida dos homens.

Todavia ainda que não se queira levar ao âmbito do Estado a postura ideológica de governos, o Estado tem finalidades bem definidas e que devem ser observadas por todos os poderes da república, incluindo-se o Poder Judiciário. Por isso pode-se dizer que o Estado tem interesses *macros* e interesses *micros* em relação a cada processo, de acordo com os objetivos estatais perseguidos.

No Brasil, os fins macros estão definidos no artigo 3º da CF, ao estipular que:

> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Esse dispositivo constitucional, visto como norma programática, possui caráter obrigatório, com vinculação imperativa a todos os poderes públicos – ou seja, à atividade legislativa, à prática judicial e à administração – no sentido de concretizar os fins previstos. O conteúdo do artigo 3º da CF marca o desenvolvimento do ordenamento jurídico, apontando objetivos e proibindo o retrocesso, funcionando como parâmetro essencial para a interpretação e concretização da Constituição Federal (BERCOVICI, 2001, p. 93-94).

E essa mudança de postura ocorreu com a maior recepção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e sua repercussão na cultura jurídica. Isso se deu, sobremaneira, a partir da redemocratização brasileira na década de 1980 e a promulgação da Constituição Federal em 1988.

Mas ainda havia rescaldos de uma concepção de menor influência dos direitos fundamentais na atividade jurisdicional. Isso pode ser constatado com algumas decisões do STJ (BRASIL, 2001), a saber:

> CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp nº 252083/RJ, 2ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 26/03/2001, p. 415)

Mas essa mudança de postura se deu ao longo das primeiras décadas do século XXI com o chamado ativismo judicial e que, ao conferir eficácia imediata dos direitos fundamentais, passou não só a ingressar em assuntos dos Poderes Executivo e Legislativo, como também a fazer determinações de condutas aos agentes desses poderes. Mas cumpre dizer que tal ingresso e tais determinações estão baseadas em critérios jurídicos, máxime por normas e princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Seria desnecessário citar decisões judiciais que exemplificam o ativismo judicial dos últimos anos, mas acredita-se a sua utilidade a fim de demonstrar a incorporação do discurso dos direitos fundamentais na estrutura do julgamento. E neste caso toma-se como um dos marcos desse revisionismo judicial a decisão do STJ que, numa demanda ambiental, deliberou expressamente que (BRASIL, 2004):

> 1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. **A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos**

> **direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.** 5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.
> (RESP nº 575998/MG, 1ª CCiv., rel. Min. Luiz Fux, j. 07/10/2004) (negritou-se)

Note-se que a postura ativista jurisdicional precisaria, metodologicamente, redefinir o conceito de discricionariedade administrativa, que não haverá se, entre da ação ou omissão do agente público, houver ofensa a direitos fundamentais.

Daí, então, pode-se compreender o conteúdo de outras decisões, por exemplo, derivando do Princípio da Dignidade Humana, determinou o TJRS (RIO GRANDE DO SUL, 2006):

> APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À SAÚDE E À EDUCAÇÃO. VAGA EM ESCOLA ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DA VAGA EM ESCOLA ESPECIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INCLUSÃO SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DA DEMANDA. Por atribuição constitucional (artigo 127, caput, da CF), e expressa previsão legal (artigo 201, V, e artigo 208, III, do ECA), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes. DIREITO À SAÚDE E À EDUCAÇÃO. VAGA EM ESCOLA ESPECIAL. Segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, "o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo" (in Caderno de Direito Natural Lei Positiva e Lei Natural, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso desprovido. Sentença mantida em reexame necessário.
> (Apel. e Reex. Nec. nº 70014719330, 7ª CCiv., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 07/06/2006)

E como proclamou o TJSP (SÃO PAULO, 2009):

> MANDADO DE SEGURANÇA. Fornecimento de cadeira de rodas. Admissibilidade. Hipótese em que se assegura o direito de melhor qualidade de vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Decisão mantida. Recursos improvidos.
> (Apel. Civ. nº 0017001-86.2009.8.26.0000, 2ª CDPub., rel. Des. Vera Angrisani, j. 26/05/2009)

Apresentado tais decisões, apenas para ilustrar a mudança de postura da atividade jurisdicional, nota-se que o conteúdo de suas decisões passou a ser guiado essencialmente pela efetivação dos direitos fundamentais, em nome da democracia, sendo assim um pressuposto de legitimação do processo.

Por outro lado, o Estado Democrático de Direito também tem interesses micros em cada processo, que é justamente o respeito às regras processuais dispostas tanto na Constituição Federal como em leis infraconstitucionais, concentradamente nos Códigos de Processo Civil e Penal. É o garantismo formal que ganha efetivação no desenvolvimento da relação processual.

Isso porque o respeito às regras de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo nada mais é que um atendimento aos preceitos constitucionais do Princípio da Legalidade e do Princípio do Devido Processo Legal (art. 5º, *caput*, II[4] e LIV[5]).

Os Princípios da Legalidade e do Devido Processo Legal são princípios reveladores da fonte do direito processual e, mais contundentemente, acerca da matriz das "regras do jogo" em que a liberdade ou a patrimônio de uma pessoa poderá sofrer algum tipo de constrição.

O Princípio do Devido Processo Legal, como previsto no artigo 5º, LIV, da CF, pouco ou quase nada acrescentaria no sistema processual brasileiro. Isso porque tal princípio, como se encontra disposto, estaria a fazer papel de fonte do direito processual e assim concorrendo com o Princípio Legalidade (CF, art. 5º, *caput* e inciso II), próprio do sistema jurídico brasileiro.

Assim tanto o Princípio do Devido Processo Legal como o Princípio da Legalidade exercem o papel de fonte principal do sistema processual. Contudo, há um gravame: o Princípio da Legalidade se adequa ao sistema romanístico, que é básico no sistema jurídico brasileiro, e é diferente do Princípio do Devido Processo Legal, que se ajusta ao sistema da *common law*, originários dos países anglo-saxões.

Nas precisas palavras de Ángel Tinoco Pastrana (2001, p. 19-20), se considera que a *common law* como uma das três grandes famílias da tradição jurídica ocidental (as outras duas seriam a romanística e a dos Direitos Nórdicos) e teve suas origens nos precedentes judiciais das antigas Cortes de Direito Comum e que atualmente se refere a todo o conjunto de precedentes judiciais. A expressão "comum" significa que essas cortes, a despeito de supervisionarem a atuação das Cortes locais, também construíram e aplicaram um sistema jurídico uniforme para todo o território inglês (denominado "inglês" para diferenciar-se dos antigos Direitos locais). Atualmente a expressão *common law* é empregada com outros significados, como para diferenciar o sistema jurídico anglo-americano do sistema

[4] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei
[5] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal

romanístico (*civil law*) e para caracterizar o Direito jurisprudencial em contraposição ao Direito legislado, mas sem se confundir com a *equity*.

Em termos práticos, essa distinção mostra que a lei vigente é a fonte normativa do sistema processual brasileiro, em virtude do Princípio da Legalidade; diferentemente do Devido Processo Legal, cuja fonte normativa decorre dos costumes e da razão, acolhidos expressamente pelos tribunais da *common law*, embora não se negue a força da lei mesmo nos países que seguem a *common law*.

E certamente pode-se perceber facilmente que os costumes e a razão, quando muito, estão a influenciar a produção legislativa no Direito Processual brasileiro. Por isso a lei é fonte do direito processual, como se vê dos típicos exemplos: Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), Código de Processo Penal (Lei nº Decreto-lei nº 3.689/1941), Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985).

Em contrapartida, não se vê uma maior participação dos costumes, da razão ou até mesmo de princípios na composição do sistema processual brasileiro. Pode-se afirmar que esses elementos encontram-se diluídos em norma legislada, seja de caráter constitucional ou não. Também não se vê dos precedentes judiciais a mesma importância, onde, salvo algumas exceções (como a exigência do pré-questionamento no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial), quase não possuem qualquer ingerência nas fontes do sistema processual brasileiro.

Assim não se vê maior eficácia do Princípio do Devido Processo Legal no sistema processual brasileiro enquanto examinado sob a perspectiva de fonte normativa do processo, em razão do sistema romanístico adotado.

Entretanto, caso seja abandonada a interpretação gramatical do artigo 5º, LIV, da CF, e se permitir a uma maior incursão doutrinária e investigação histórica do *due process of law*, poder-se-á obter uma maior riqueza de conhecimentos hauridos do Devido Processo Legal e, consequentemente, ter uma maior influência na composição do sistema processual brasileiro no que se refere a proteção de interesses.

Sobre os interesses micro do Estado em cada processo também se estende as lições do garantismo processual, eis que os seus postulados bem solidificam o respeito às "regras do jogo" a fim de se ter um processo e uma decisão judicial válida e eficaz.

Neste sentido, sendo o processo uma instituição – complexidade de atos e método regulado pelo direito -, e, sendo o processo um meio para alcançar interesses do Estado e de proteção dos direitos fundamentais, percebe-se como instituição juspolítica.

3.1 A metodologia jurídica do processo

Constatado a concepção institucional do processo, há que se reconhecer um fundamento para a existência juspolítica do processo: como ferramenta da jurisdição, aqui vista como atuação estatal, e como metodologia necessária para a formulação do modelo da tutela jurisdicional (sanção jurídica).

E sendo assim tem-se no dualismo o procedimento necessário para consorciar a Justiça ideal e a Justiça humana. Explica-se. Inicialmente, ao menos para fins desta obra, tem-se por Justiça ideal aquela projetada pelo sistema legal. Ou seja, a Justiça ideal é aquela constante de normas abstratas, genéricas e impessoais, que são hábeis para estabelecer parâmetros jurídicos para a coletividade e que por assim acabam por contemplar direitos e deveres subjetivos. Já a Justiça humana é aquela originada de condutas efetivamente realizadas pelos indivíduos, seja por meio de atos ou fatos que possuem correspondência as normas legais abstratas, genéricas e impessoais. Mas a análise de incidência e correspondência de normas legais abstratas, genéricas e impessoais ao caso concreto será feito por meio do processo e pronunciado pela jurisdição. Assim o pronunciamento jurisdicional cria o chamado direito objetivo, ou seja a criação de uma norma pessoal, concreta, real e embutida de sanção jurídica.

Essa visualização pode ser melhor detalhada.

Primeiro, alguns conceitos importantes para a reflexão que se propõe. A relação direito subjetivo e dever jurídico representam a bilateralidade do direito. Neste sentido, direito subjetivo é uma qualidade atribuída pela norma conforme determinadas situações em que uma pessoa se encontra, podendo exigir o cumprimento de uma conduta (dever) de uma outra pessoa (SICHES, 1997, p. 234).

Por outro lado (bilateralidade), o dever jurídico é a conduta determinada pela norma jurídica, sendo que sua essência se determina porque a infração da conduta exigida constitui pressuposto para a sanção jurídica (SICHES, 1997, 242).

Desta forma, o direito objetivo enquanto norma, projetando-se sobre situações concretas, determina a relação entre o direito subjetivo e o dever jurídico (SICHES, 1997, p. 233).

Com efeito.

O direito subjetivo surge como fundamento normativo que distribui bens jurídicos (benefícios jurídicos) que passam a incorporar o patrimônio jurídico de uma pessoa (natural ou jurídica) que hipoteticamente e pelo fenômeno da subsunção pode qualificar-se como titular desse direito subjetivo e a partir disso a possibilidade de exigir o cumprimento do dever jurídico correspondente a quem se sujeita a tal determinação. A distribuição de bens jurídicos

aos membros da sociedade decorre da política jurídica e expõe a contraprestação estatal em proteger determinados segmentos ou situações fáticas dentro dos paradigmas democráticos de um determinado momento histórico. Este fenômeno é classicamente admitido pelo contrato social de inspiração iluminista.

O direito subjetivo se apresenta como um conjunto de bens jurídicos contemplados pelo Estado de Direito, que se incorpora ao patrimônio jurídico de um indivíduo (como a vida, a liberdade, a igualdade, ao patrimônio, à cidadania e à participação política) ou se manifesta na dimensão de uma coletividade (como o direito ao meio ambiente sadio, à integridade do patrimônio público, histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico e do consumidor), mesmo não considerando a coletividade como personalidade jurídica, mas um ente receptor de convergência de direitos subjetivos dessa dimensão.

O direito subjetivo se formaliza normativamente mediante a promulgação de lei abstrata, genérica, impessoal e ideal. Será abstrata porque contempla situações hipotéticas, sem conteúdo materializador, definindo apenas uma estrutura comportamental vaga, cabendo aos sujeitos acomodar-se a ela, de acordo com a previsão legal, mediante uma operação mental de subsunção do fato à norma. Será genérica porque a lei prevê a hipótese em situações amplas, não cabendo regularizar situações concretas. Será impessoal posto que, dada o seu caráter hipotético e genérico, não regula situações pessoais, de tal maneira que não se identifica um indivíduo em si quanto ao direcionamento da norma. E será ideal porque há uma conduta imaginada pela lei a ser praticada pelas pessoas envolvidas, especialmente em que supostamente se atribui o dever jurídico. Isso revela, em caráter programático, tanto do direito subjetivo como do dever jurídico, ao fito de modelar uma conduta social.

No entanto, o direito subjetivo não encerra um único modo ou uma única via para a sua proteção. Existem várias situações que um direito subjetivo se desdobra em vários interesses. Assim o direito subjetivo se distingue do interesse, porque o interesse deriva do comportamento ou situação a ser materializada que melhor exprime a vontade do titular do direito subjetivo. O interesse surge do direito subjetivo e se apresenta como a maneira ou o modo de satisfação do direito subjetivo. Toma-se, por exemplo, o direito subjetivo de crédito que se originou de uma relação contratual, eis que o interesse pode ser exercido de diversas maneiras, como pela cobrança amigável (interesse), pela compensação de créditos (interesse), pela cessão de créditos (interesse), pela propositura da ação execução desse crédito (interesse) ou pela propositura da ação de rescisão do contrato (interesse).

Tradicionalmente poder-se-ia dizer que todo interesse advém do direito subjetivo. Por isso há que se considerar para fins jurídicos que todo o interesse deva ser juridicamente

relevante e contemplado explícita ou implicitamente pela norma jurídica. Se não houver tal relevância jurídica, o interesse somente será moral, econômico, político ou religioso, e não terá força suficiente de proteção jurisdicional.

O interesse é o liame entre o direito material e o direito processual, pois dele se exprimirá o comportamento ou a situação a ser materializada por determinação judicial e a justificativa para o acesso à justiça e o desenvolvimento da máquina judiciária. No primeiro caso tem-se a pretensão; no segundo o interesse de agir.

O dever jurídico, assim como o direito subjetivo, surge como fundamento normativo da imposição de uma conduta. A invocação do dever jurídico surge contra supostamente quem age ou ameaça em contrário ao direito subjetivo. Da imposição do dever jurídico a outrem sobressai a pretensão, pois, em *ultima ratio*, significa o exercício processual do interesse eleito.

Tanto o direito subjetivo como o dever jurídico serão invocados no caso concreto em razão do fenômeno da subsunção do fato à norma subjetiva, como se verá adiante.

Do dever jurídico se extrai os conceitos amplíssimos de responsabilidade ou de encargo a ser imputado a quem se enquadra em tal situação. Tais conceitos advirão de uma situação fática ou de um descumprimento contratual, sendo que tanto um como outro resulta numa situação de lesão ou na ameaça ao direito subjetivo.

Da constatação do descumprimento do dever jurídico que resultou na lesão ou ameaça ao direito subjetivo surgirá a imputação da sanção jurídica. Por isso compreende-se que a sanção jurídica é diretamente relacionada com a pretensão/resistência e será o conteúdo da tutela jurisdicional a ser proclamada judicialmente, seja em benefício do autor, seja em benefício do réu.

Note-se que, dentro de uma visão tradicional, a sanção jurídica por estar diretamente relacionada com a pretensão e a tutela jurisdicional, pode-se confundir com o interesse, pois será aquela a melhor maneira de exercitar este. Contudo, como se verá adiante, a sanção jurídica não está impositivamente a cargo do manifesto da parte, mas, isto sim, a cargo da solução adequada que o juiz encontrar para o caso concreto, por compreender que seja a melhor forma jurídica de efetivar de dar efetividade ao direito subjetivo lesado ou ameaçado.

Visto isso, pode-se observar no processo o método adequado para a imputação da sanção jurídica.

Se o direito subjetivo distribui bens e interesses aos cidadãos e à coletividade, a sua eficácia espontânea depende essencialmente do cumprimento espontâneo do dever jurídico. Neste aspecto, há, por operação mental, um procedimento de adequação entre, de um lado, o

titular (ou o seu representante) do direito subjetivo e, de outro, o indivíduo ao qual se imputa a responsabilidade ou encargo oriundo do dever jurídico.

Tem-se como típico exemplo, a regra do artigo 5º, XXII[6], da CF, na qual se assegura o direito de propriedade como direito subjetivo, e o artigo 1.228[7] do CC como formas de exercício do interesse referente à propriedade: o seu uso, gozo, disposição e a reivindicação da coisa. Em tal caso, pessoas que se enquadram na situação de proprietário – como aqueles que possuem o bem imóvel ou móvel registrado em seu nome ou na posse de coisa móvel – estão enquadradas na situação subjetiva de proprietário; e, em vista do caráter *erga omnes* do direito de propriedade, há que se exigir da coletividade o dever jurídico de respeito ao *ter* subjetivo conferido ao proprietário. Tal situação decorre do fato de o direito subjetivo advir de uma lei que apresenta norma abstrata, genérica, impessoal e ideal, como visto anteriormente.

Note-se que a eficácia espontânea do direito subjetivo fica na absoluta dependência do respeito ao dever jurídico. Portanto o espontâneo cumprimento do dever jurídico (que no exemplo dado seria o de não molestar a coisa alheia) resultará na conseqüente eficácia espontânea do direito subjetivo do proprietário em relação aos interesses inerentes (uso, gozo, disposição e reivindicação).

Entretanto, infelizmente, a vida social geralmente põe em choque interesses envolvendo indivíduos, entre estes e a coletividade e entre aqueles e o poder público, e disto resulta na espontânea ineficácia do direito subjetivo (lesão ou ameaça) causado em razão da direta e proporcional espontânea ineficácia do dever jurídico. Tal situação que ocorre no plano da relação material dos envolvidos clama por intervenção jurisdicional ao fito de apaziguar o conflito de interesses.

Neste aspecto tem-se o pressuposto necessário e indispensável para a intervenção jurisdicional mediante o acesso à justiça: a existência de uma lesão ou ameaça ao direito subjetivo (CF, art. 5º, XXXV).

Caberá à pessoa, que supostamente se enquadra na condição subjetiva de proprietário, promover a ação (que também é um direito subjetivo), ao fito de reclamar uma tutela jurisdicional protetiva de seu direito subjetivo que se encontra espontaneamente lesado ou ameaçado. A tutela jurisdicional requerida é a síntese do interesse – aqui entendido como a forma ou o modo de melhor exercer o direito subjetivo que se vocaliza pela pretensão, mas que na sentença estará expressada pela sanção jurídica eventualmente cominada ao réu.

---

[6] XXII - é garantido o direito de propriedade.

[7] Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O pólo passivo da ação será composto pela pessoa (ou várias pessoas) que supostamente se enquadra na condição subjetiva de dever jurídico e que, por ato espontâneo, supostamente deu causa à lesão ou ameaça a um direito subjetivo do autor.

Proposta a ação, a relação processual irá se desenvolver, e após colhida a defesa e produzidas as provas, advirá a sentença. A sentença irá examinar, preliminarmente, se a relação de adequação entre o autor e o direito subjetivo, a do réu e o dever jurídico, e a relação de causalidade entre a ação/omissão do réu originou a espontânea ineficácia do direito subjetivo (lesão ou ameaça). Presente tal relação de adequação, tem-se, então, o fenômeno da subsunção dos fatos à norma, que imporá uma conseqüência jurídica, que é a sanção.

A sanção jurídica pode-se confundir com a própria tutela jurisdicional pleiteada na ação, ou seja, a sanção pode ser exatamente o interesse manifestado pelo autor que irá sobrepor-se ao réu. Essa visão é tradicional no direito processual civil, em vista da regra da proibição da sentença *infra, citra, extra* e *ultra petita* (CPC, arts. 2º, 141 e 492). Contudo, desde as modificações ocorridas em 1994 e reiteradas nos artigos 497[8] e 498[9] do CPC vigente, bem como a necessidade de proteção do interesse público quando a demanda envolver direitos indisponíveis, hão de permitir (senão impor) ao juiz que formule a tutela jurisdicional adequada para a proteção do direito subjetivo, impondo-se a sanção jurídica com a finalidade precípua de efetivar o direito na sua forma específica ou pelo seu resultado prático equivalente, mesmo que isso signifique na fungibilidade do pedido sem violar a regra da proibição da sentença *extra* e *ultra petita*. O institucionalização do processo como instrumento da jurisdição permite que prepondere o processo limitado ao interesse das partes quando a própria lide versa diretamente sobre interesses indisponíveis. As demandas ambientais são belos exemplos dessa passagem, pois compete ao juiz elaborar a tutela adequada que melhor restaure a área degradada.

De todo modo, ao ser proferida a sentença, busca-se (ou tem-se) o combate à ineficácia do direito subjetivo mediante a imposição da sanção jurídica. Ou seja, a imposição da sanção jurídica significa o exercício concreto do interesse do titular como meio de satisfação de seu direito subjetivo.

Assim toda a situação subjetiva de enquadramento do direito subjetivo e do dever jurídico dada por uma norma abstrata, genérica, impessoal e ideal, se transforma em direito

---

[8] Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

[9] Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

objetivo, ou seja em uma norma concreta, pessoal, real e, sobretudo, embutida de sanção jurídica. Será norma concreta porque advém de um caso que existiu no plano material (situação fática ou relação jurídica); será norma pessoal porque envolve partes específicas e determinadas que a jurisdição reconheceu como enquadradas numa relação de direitos subjetivo e dever jurídico; será norma real porque em virtude do caso concreto, há que se aplicar a conduta idealizada pela norma, ao fito de retomar o comportamento imaginado por ela; e, por fim, terá sanção jurídica porque no plano subjetivo, a sanção não é exercida, ao passo que no plano concreto, a sanção será aplicada e realizada como meio necessário para conferir a eficácia forçada ao direito subjetivo que se encontrava espontaneamente ineficaz.

Desta forma há que se reconhecer que a proteção jurisdicional de direitos sob a ótica da metodologia do processo, ocorre a partir da aplicação jurídica, pois esta visa materializar o dever jurídico espontaneamente descumprido. Ou seja, a base de atuação da sentença é a efetivação da sanção jurídica sobre deveres jurídicos espontaneamente descumpridos.

Constata-se, pois, que o direito subjetivo surge como parâmetro jurídico para a elaboração do conhecimento jurídico apto a moldar o direito objetivo. A sentença significa a transposição do direito subjetivo para o direito objetivo porque a mudança de uma norma abstrata, genérica, impessoal e ideal, para uma norma concreta, pessoal, real e embutida de sanção jurídica, significa igualmente a transposição de uma conduta social imaginada para uma conduta social determinada, cuja materialização (ou eficácia) será dada pela efetivação da sanção jurídica.

A transposição jurídica do direito subjetivo para o direito objetivo não é a criação de direitos distintos, mas, isto sim, a alteração de norma subjetiva (abstrata, genérica, impessoal e ideal) para uma norma objetiva (concreta, pessoal, real e embutida de sanção jurídica).

Daí concluir que o direito objetivo, assim que criado judicialmente em vista do caso concreto, passa a incorporar o ordenamento jurídico, sendo que a execução da sentença e a coisa julgada são os momentos máximos dessa incorporação, eis o direito objetivo passa a ser lei entre as partes (CPC, art. 503).[10]

3.3 A metodologia institucional do processo

Se o processo é o instrumento pela qual a jurisdição realiza a sua atividade institucional, o próprio processo é uma instituição a serviço da ordem jurídica (viabilizar o

[10] Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. (...)

pronunciamento da tutela jurisdicional) e também da ordem política, pois por meio dele a jurisdição exerce a sua atividade institucional.

Mais do que isso, o processo se apresenta como um elemento indispensável para a associação política: com a sua necessidade institucional, o processo impede que os próprios cidadãos façam "justiça com a próprias mãos". A criação e efetivação de direitos nos casos litigiosos deverá ser realizado pelo Estado por meio do processo. A busca pela realização da justiça pelas próprias mãos configura o crime de exercício arbitrário das próprias razões.[11]

Diante disso pode-se especular sobre a metodologia institucional do processo. Cada processo é um retrato fragmentado da sociedade e da ordem jurídica e cada retrato é convergido para o Estado Democrático de Direito que, por meio da jurisdição, o moldura conforme a tutela jurisdicional pronunciada.

O retrato social do processo é marcado pelo desejo de "justiça" que surge a partir do litígio. Neste aspecto o processo é a ferramenta necessária para se evitar a "justiça com as próprias mãos". Ou seja o processo é o instrumento civilizado para a solução dos conflitos sociais onde a razão humana, a demonstração empírica dos fatos e a aplicação de regras humanas por meio um juiz imparcial serão os elementos preponderantes.

O retrato jurídico é visto no processo por meio da manifestação dos interesses do autor e do réu, pela atuação dos advogados, Ministério Público, juiz e auxiliares da justiça, pelas regras de instauração e desenvolvimento válido do processo, da produção das provas, das decisões, recursos e execução. A dinâmica processual, como visto, é regrada pelo procedimento. Institutos como ação, defesa, direito probatório, decisão judicial e recursos, são indispensáveis para a estruturação de um processo válido e eficaz.

Por isso pode-se afirmar que "ter um processo" apresenta várias faces. A primeira face é a política, pois o processo é o instrumento da jurisdição, o que efetivamente coopera para a associação política atender ao propósito pelo qual fora instituída que é a negação da possibilidade da "justiça com as próprias mãos". A segunda face é a jurídica, pois o processo é a ferramenta para o debate jurídico em torno do "litígio civilizado", ou seja tendo o ordenamento jurídico como o conjunto das regras que irão resolver a lide e que permite o envolvimento de todos os sujeitos da relação processual, realçando o seu caráter institucional. E a terceira face é a social, pois o processo permite que as partes debatem e autoanalisem as

---

[11] CP: Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

suas pretensões e interesses, provocando o amadurecimento da causa, a revisão de suas pretensões e eventual conciliação/transação entre as partes, o que não se mostrava possível no momento pré-processual.

Enfim, o processo em si se justifica por ser uma instituição juspolítica de serventia para a sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em torno do exposto, observa-se que o processo superou a visão de que era uma mera ferramenta para a resolução de litígios, com finalidade puramente jurídica, para se apresentar como instrumento da jurisdição.

Adequando-se a uma sociedade complexa e com novos direitos que representam a diversidade social, a jurisdição agora se alinha à missão institucional do Estado Democrático de Direito em efetivar direitos fundamentais, o que implica, necessariamente, na reformulação do próprio processo.

Neste sentido, além da finalidade jurídica, o processo deve ser visto por suas finalidades política e social, desta forma, o processo contribui para a estabilidade das instituições estatais e do ordenamento jurídico, e ainda, para a pacificação social.

A partir da compreensão do processo como instituição juspolítica, o processo deve ser visto em suas várias faces, na política, pelo cumprimento das finalidades do Estado e por evitar a possibilidade da chamada "justiça com as próprias mãos", na jurídica, pelo debate civilizado sobre o conflito de interesses, com participação de todos envolvidos por uma resolução conforme o ordenamento jurídico, e, na social, para que os envolvidos compreendam o conflito, suas pretensões e interesses na busca da solução e de uma educação prospectiva em torno dos litígios.

Assim, o processo passa a estar ajustado aos objetivos constitucionalmente previstos, o que permitiu a reformulação na sua abordagem. Nessa quadra o processo passa a ser visto na sua concepção institucional juspolítica e desse modo permanecerá enquanto o Estado mantiver seu alinhamento em prol da realização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Superação das Desigualdades Regionais. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out./2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo regimental no Recurso Especial nº 252083/RJ**. Segunda Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicação DJ: 26/03/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 575998/MG**. Primeira Câmara Cível. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 07/10/2004.

BRASIL. Lei. 13.105 de 16 março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Seção 1, 17 mar. 2015, p.1.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

MORON PALOMINO, Manuel. **Derecho Procesal Civil:** Cuestiones fundamentales. Madrid: Marcial Pons, 1993.

NEVES, Celso. **Estrutura Fundamental do Processo Civil:** Tutela Jurídica Processual, Ação, Processo e Procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 180.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira. **O Estado Jurisdicional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). **Apelação e Reexame Necessário nº 70014719330**. Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado: 07/06/2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). **Apelação Cível nº 0017001-86.2009.8.26.0000**. Segunda Câmara Direito Público. Relatora: Des. Vera Angrisani. Julgado: 16/05/2009.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofía del derecho**. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 1997.

TINOCO PASTRANA, Ángel. **Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2001.