

## A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DO JUIZ NO PROCESSO

**Jason Albergaria\***

**Gabriela Lasmar\*\***

**Lívia Maria de Andrade\*\*\***

### **RESUMO**

O anseio por um direito mais célere que vise a obtenção da solução dos conflitos em um lapso temporal menor, sem violar os princípios constitucionais, tem levado a várias modificações no nosso ordenamento jurídico processual. Nesse sentido, tem o magistrado a função de aplicar as normas para possibilitar o exercício dos direitos e garantias individuais, efetivando a prestação jurisdicional através da interpretação argumentativa do caso que lhe foi colocado. Surge aí, a discussão em relação aos limites da atividade interpretativa do juiz e sua relação com o direito individual: ele nasceria mediante o exercício da atividade desenvolvida no processo ou seria anterior a ele? A jurisdição teria função criativa de direitos ou meramente declaratória de direitos pré-existentes? Tentaremos, com o presente trabalho, demonstrar o essencial papel da atividade do magistrado na garantia de eficácia do exercício dos direitos e liberdades individuais, bem como definir os limites da interpretação do juiz na aplicação do direito material.

### **PALAVRAS CHAVES**

INTERPRETAÇÃO; TEORIA DUALISTA; TEORIA MONISTA

### **RESUMEN**

La ansiedad por un derecho más rápido que obtenga la solución de los conflictos en un lapso temporal menor, sin abandonar los principios constitucionalistas, han llevado a varias modificaciones em nuestro ordenamiento jurídico procesal. Así, los jueces tiene

\* Professor de Processo Civil da Faculdade de Direito Milton Campos, Doutorando em Direito pela UFMG, Procurador do Estado, Advogado.

\*\* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Mestranda em direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC).

\*\*\* Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Mestranda em direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC).

la función de aplicar las normas para posibilitar el ejercicio de los derechos individuales, imponiendo la prestación jurisdiccional a través de la interpretación argumentativa de los casos que fueran puestos. Surge ahí, una discusión en relación a los límites de la actividad interpretativa del juez y su relación con el derecho individual: si él nace mediante el ejercicio de una actividad desarrollada en el proceso o si anterior a ella. Hay aún una cuestión: la jurisdicción es una función creativa de los derechos o meramente reconoce derechos que ya existente? Intentamos con ese trabajo responder a esas preguntas, como también mostrar el papel fundamental que es ejercido por el juez al declarar el derecho.

## **PALABRAS-CLAVE**

INTERPRETACIÓN; TEORÍA DUALISTA; TEORÍA MONISTA

## **1 INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos têm-se discutido muito a respeito da renovação do direito processual civil. É inquestionável o anseio da sociedade pela solução dos conflitos em um lapso menor do que o atual, porém sem violação aos princípios constitucionais. A tentativa de superação das insuficiências processuais tem levado o legislador a criar novas leis na esperança de agilizar a solução de um conflito. Como por exemplo, pode-se citar as modificações introduzidas no Código de Processo Civil, tais como aquelas introduzidas com a Lei 11.232/2005 (BRASIL, 2005a), a Lei 11.276/2006 (BRASIL, 2006), e a Lei 11.187/2005 (BRASIL, 2005b). Pode-se dizer que as mencionadas leis foram criadas com o intuito de solucionar um dos problemas do Judiciário, a morosidade. Mas, não basta apenas a criação de novas leis, também é necessário que os intérpretes e aplicadores do Direito acompanhem esse novo pensamento.

O essencial no Direito Processual, já não são os conceitos, mas a nova mentalidade de reforma, que se quer efetiva, e se faz urgente, para dar efetividade a prestação jurisdiccional. E o mecanismo dessa transformação é voltado para o processo, a quem se atribui a missão de reformador social, pelo cumprimento de finalidades políticas e sociais (GONÇALVES, 1992:8).

Nesse sentido, a atividade do magistrado se torna essencial na conquista da efetividade da prestação jurisdicional vez que apesar de vinculada ao direito vigente, é nela que se perfaz a interpretação concreta do caso, conforme os critérios de experiência, oportunidade, justiça, inspirado pelas condições políticas, sociais, econômicas e históricas.

Esse trabalho, portanto, pretende discutir a função hermenêutica do juiz no processo para que o mesmo cumpra a função que lhe toca, qual seja, entregar a prestação jurisdicional, direito, pois, subjetivo do indivíduo inserido num estado democrático de direito. No exercício da interpretação, terá ele ou não a função de criar o Direito? E qual seria o limite de criação do Direito? Essas são algumas das questões que serão respondidas ao longo deste trabalho.

## **2 A DUALIDADE DAS CORRENTES HERMEUTICAS NO PROCESSO**

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões do direito, sua função social e sua interpretação, abrindo espaço para a nova hermenêutica e para a teoria dos direitos fundamentais.

A novidade não está na existência de princípios, mas no reconhecimento de sua normatividade: os princípios constitucionais, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade e seus postulados básicos. Servem de guia para o intérprete, condensando valores, e unindo o sistema. Conquistaram o status de norma jurídica.

Nesse diapasão, o ordenamento processual brasileiro vem tentando acompanhar os anseios da sociedade. A interpretação dinâmica (sociológica, política e econômica) da Constituição da República e de outros textos legais é mais rápida do que as mudanças feitas pelo legislador. Dentro dessa perspectiva, discute-se duas teorias no direito processual civil: a monista e a dualista.

Tradicionalmente, a interpretação jurídica assentava-se num modelo de regras, aplicáveis mediante subsunção, cabendo ao intérprete apenas revelar o sentido da norma e fazê-la incidir sobre o caso concreto.

Dentro da nova hermenêutica processual, o relato da norma demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada.

Qual então seria o modelo de interpretação mais adequado para garantir a efetividade da prestação jurisdicional? É isso que se discutirá a seguir.

A teoria unitária, preconizada por Carnelutti, menciona que o direito objetivo não tem condições para disciplinar todos os conflitos, sendo necessário o processo, muitas vezes, para complementar o comando da lei. É o processo que torna eficaz a aplicação da norma concreta. Nele ocorrerá a constituição do direito (DINAMARCO, 2002a:49). No mesmo sentido Bulow afirma que o direito forma-se escalonadamente, a principiar da norma incompleta contida na lei e consumando-se com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo do caso concreto (DINAMARCO, 2002a:46). Para Kelsen, a sentença é a fonte do direito, que irá determinar a conduta coativa do indivíduo (DINAMARCO, 2002a:46). E, para Calamandrei é o juiz que transforma em comando concreto a norma abstrata, a qual se dirige a todos e a nenhum, a norma da lei é em si mesma uma hipótese abstrata e inerte, por isso será o juiz que irá mencionar o que é a norma, comandando e impondo sanções. (DINAMARCO, 2002a:50)

Por outro lado, para a teoria dualista do ordenamento jurídico, incluindo o posicionamento de Chiovenda (DINAMARCO, 2002a:51), Liebman (DINAMARCO, 2002a:52) e Fazzalari (DINAMARCO, 2002a:53), as regras abstratas tornam-se concretas automaticamente, sem qualquer participação do juiz, no momento em que ocorre o fato enquadrado em suas previsões. A atividade do juiz não é criativa. O processo existe como meio. O direito material é suficiente para criar direitos e obrigações. A norma processual é a norma neutra para a corrente dualista. Para Chiovenda o ordenamento jurídico cinde-se nitidamente em Direito Material e Direito Processual. (DINAMARCO, 2002a:51)

Nesse sentido entende Fazzalari (2006:135-136) que, na linguagem comum, as normas de primeiro grau são geralmente indicadas com o adjetivo de “substanciais” enquanto que as normas, por assim dizer, de segundo grau, reguladoras da jurisdição, se

qualificam como “processuais” (usando-se como sinônimos os atributos “processual” e “jurisdicional”). Trata-se, em verdade, de uma linguagem convencional e aceitável enquanto tal. Para que não se incorra no erro de pensar que as normas chamadas substanciais sejam assim qualificadas porque somente elas criam “substância”, ou seja, incidem sobre o patrimônio (em sentido lato) do sujeito, criando para ele poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições, em verdade também as normas “processuais” criam poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições, seja no curso do processo, seja, ao final, fora dele. E ainda faz uma crítica: resulta assim confirmado que, se o dualismo “norma substancial” – normas processuais” emerge do conteúdo das normas, isto é, dos ordenamentos positivos, e também do nosso atual, não tem fundamento a tendência conhecida por “monística”, já superada, mas que reaparece de tanto em tanto, a qual nega a distinção entre a esfera do direito substancial e aquela de direito processual e reduz o direito ao momento da tutela jurisdicional, limitando o ordenamento ao processo. A verdade é que longe de exaurir a categoria do “jurídico”, as normas “processuais” (reguladoras da jurisdição) e as atividades que as realizam em concreto são meramente complementares ou, conforme se queira, auxiliares no que diz respeito às normas ( e às atividades) “substanciais”: pressupõem a existência e a efetividade em concreto destas últimas. O que obviamente não impede que, nos ordenamentos nos quais são organizadas e funcionam normas de justiça, elas lhes constituam, de fato, o pilar, mas daí a sustentar a exclusividade ou o primado da justiça no mundo vai uma longa distância.

O que se quer dizer é que a aplicação da regra material abstrata e geral nem sempre poderá gerar resultados satisfatórios. O processo, como direito, para cumprir a função que lhe toca, deve pautar seu procedimento na observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Já no momento de aplicação do direito material, a equidade surge, nas palavras de Liebman (1985:177), como: *corretivo da rígida aplicação da regra abstrata, que permite dobrá-la, conforme as necessidades do caso*. Equidade esta que não significa arbítrio do intérprete, tão somente o molde ao caso concreto dos rigores da rígida aplicação da lei.

Portanto, cada fato concreto apresenta aspectos e peculiaridades próprias, de modo que a aplicação da regra processual deve sempre se operar, enquanto garantia de exercício das liberdades individuais. Já a aplicação do direito material, em última

análise, dependerá do exercício interpretativo do magistrado, o que se demonstra adiante.

## 2.1 PROBLEMAS DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA E DE SUA FUNDAMENTAÇÃO

Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um.

A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito constitui a pré-compreensão.

O direito não pode reduzir-se a um conjunto de normas em vigor, num sistema completo e dogmático. O direito não tem postura puramente descritiva da realidade. Cabe a ele prescrever o dever ser e fazê-lo valer para as situações concretas, atuando sobre a realidade. Não é um dado, mas uma criação advinda da relação entre o intérprete, a norma, e a realidade.

Nesse sentido, inconcebível a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto.

Os princípios constitucionais ganham força no Estado Democrático, seja de forma explícita ou não, passando a ser a síntese dos valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia da sociedade e seus postulados básicos. Servem de guia para o intérprete, condensando valores, e unindo o sistema.

A ordem jurídica atual, um tanto quanto pluralista, pode abrigar valores e fundamentos diversos, muitas vezes contrapostos, originando várias interpretações para a mesma norma.

Para Norberto Bobbio (1996:212-213) a interpretação é uma atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Mas o que significa interpretar? Este termo, com, efeito, não é exclusivo da linguagem jurídica, sendo usado em muitos outros campos. Há várias formas de interpretação: declarativa, integrativa, lógico, gramatical, histórico, dentre outras.

Para o autor Cândido Rangel Dinamarco (1996:149) todo instrumento é meio, e todo meio só se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico

há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Ou seja, para ele a interpretação teleológica seria a mais adequada para se compreender os escopos do processo. O mesmo autor ainda ressalta que:

Fixar os escopos do processo equivale, ainda a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição. A tomada de consciência teleológica, incluindo especificação de todos os objetivos visados e do modo como se interagem, constitui peça importantíssima no quadro instrumentalista do processo: sem compreender a sua instrumentalidade assim integrada e apoiada nessas colunas, não se estaria dando a ela a condição de verdadeira premissa metodológica, nem seria possível extrair dela quaisquer conseqüências cientificamente úteis ou aptas a propiciar a melhoria do serviço jurisdicional. Em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos. (DINAMARCO, 1996:150)

Por outro lado, o professor Aroldo Plínio Gonçalves (1992:182) defende que deverá ser feita uma depuração do processual e do não-processual, de modo que a técnica se mantenha intacta e as opções ideológicas sejam tratadas fora do direito processual. Ainda ressalta que a admissão de escopos metajurídicos da jurisdição e do processo pressupõem, necessariamente, a existência de três ordens distintas: a jurídica, a social e a política. Os escopos metajurídicos só poderiam ser entendidos como escopos pré-jurídicos. O mesmo Autor admite a separação entre o direito material e processual, nos casos em que o jurisdicionado pede a proteção do Estado, argüindo sua lesão ou ameaça. No seu entendimento, o direito processual disciplina o exercício do poder jurisdicional, e, através do processo, será apreciado o pedido e emanará o provimento, não se permitindo a confusão entre a finalidade do processo com as diversificadas finalidades do direito material ou substancial. Ou seja, os escopos do processo devem ser discutidos antes da elaboração da lei, que seria o momento oportuno, e não durante o desenvolvimento processual.

É inquestionável que o que se busca hoje é o aprimoramento da prestação do serviço jurisdicional que é dado através do desenvolvimento do processo. Mas, o que se tem questionado é qual seria o limite da técnica.

O intérprete freqüentemente deparar-se-á com antagonismos inevitáveis, devendo proceder a uma escolha fundamentada, preservando o núcleo fundamental de cada regra.

Como não existe critério abstrato que imponha a supremacia de uma norma sobre a outra, com exceção dos critérios de especialização e anterioridade, deve-se fazer concessões recíprocas no caso concreto de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo dos direitos fundamentais em oposição.

A solução deve se fundar em linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores. O uso da razoabilidade seria um mecanismo de controle da atividade discricionária legislativa e administrativa pelo judiciário quando não haja adequação entre meio e fim, quando não haja proporcionalidade entre o que se perde e o que se ganha.

Não é demais lembrar que a função hermenêutica não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento, não se trata, pois, de voluntarismo, mas de invalidação de discriminações infundadas, exigências absurdas e vantagens indevidas.

Modernamente, não se descarta a subsunção da atividade interpretativa, ou seja, o silogismo entre fato, norma e solução (premissa maior, menor e conclusão), mas reconhece-se a necessidade do trabalho do intérprete de forma multidirecional, a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos, especialmente quando enseja a aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas e conflitantes.

De forma que a atividade jurisdicional deve se pautar, basicamente, em três passos: (i) detectar as normas existentes para a solução do caso; (ii) examinar os fatos e conseqüências práticas da incidência de cada norma sobre ele; (iii) aplicação da subsunção, se suficiente ou ponderação no caso de soluções conflitantes (atribuir peso aos diversos elementos da disputa) usando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Conforme Luís Roberto Barroso (2006:57):

A jurisprudência tem admitido a teoria dos princípios, da ponderação de valores, e da argumentação. A dignidade da pessoa humana começa a ganhar densidade jurídica e a servir de fundamento para as decisões judiciais. Ao lado dela, o princípio instrumental da razoabilidade funciona como a justa medida de aplicação de qualquer norma, tanto na ponderação feita entre princípios, quanto na dosagem dos efeitos e regras.

O pós-positivismo, portanto, é uma superação do legalismo no sentido de reconhecer valores compartilhados pela sociedade, que integram o sistema jurídico, mesmo não estando positivados.

É evidente que o anseio pela agilidade processual muitas vezes faz com que o juiz não siga rigorosamente a lei. No entanto, por outro lado, é a regra processual vigente que irá garantir a paridade entre as partes, através da aplicação de normas pré-estabelecidas. Os princípios processuais constitucionais então, ganham efetiva necessidade de eficácia como forma de conceder ao indivíduo, através de sua aplicação, o provimento jurisdicional justo, independentemente do direito material aplicado.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

Os princípios constitucionais do processo norteiam o sentido em que se deverá dar a interpretação pelo aplicador do direito. Estão sujeitos a variações histórico-culturais e políticas no tempo e no espaço, no tocante à sua extensão e à interpretação que merece dentro de cada sistema constitucional (DINAMARCO, 1996:30).

O princípio do contraditório, previsto como garantia fundamental no artigo 5º, LV da Constituição da República assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como princípio absoluto, deverá ser sempre observado, sob pena de nulidade do processo (THEODORO JÚNIOR, 2003a:24). Ressalta-se que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar as partes a regra de isonomia e paridade no exercício das faculdades processuais. Disso não decorre, porém a supremacia absoluta e plena do contraditório sobre todos os demais princípios (THEODORO JÚNIOR, 2003a:24). Há casos em que a medida jurisdicional prestada poderá ser tardia se não houver a imediata atuação estatal, como é o caso, por exemplo, das medidas liminares concedidas *inaudita altera parte*.

Cabe ressaltar que, ao conceder uma medida liminar o julgador realiza cognição sumária, sem apreciar todas as questões de fato e de direito que envolvem o litígio, sendo-lhe lícito deferir os efeitos da tutela pleiteada somente se cabalmente houver sido demonstrada a plausibilidade do direito e o risco da lesão pela demora da prestação jurisdicional. Frise-se, neste ponto, que tais requisitos não podem se transformar numa completa e definitiva eliminação da garantia do contraditório e da ampla defesa. Tão logo seja determinado o cumprimento da medida, haverá de ser propiciada à parte contrária a possibilidade de defender-se e de rever e, se for o caso, de reverter a providência liminar (THEODORO JÚNIOR, 2003a:25).

O princípio do contraditório é também a garantia de participação das partes, mas em simétrica paridade, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento da medida jurisdicional que vier a ser imposta (GONÇALVES, 1992:120).

Nas palavras de Nelson Nery Júnior (1995):

[...] além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade da partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestamente do princípio do contraditório

As atuais reformas legislativas vêm exigindo uma maior atuação dos juízes na condução do processo. No entanto, o juiz continua sendo um terceiro alheio aos interesses das partes para que ao final do procedimento possa emitir o seu provimento em relação à questão colocada de forma neutra e imparcial.

Ressalta-se que o atual conceito de contraditório não é mais a mera participação no processo. Essa era a idéia originária, de participação, como o auge das garantias processuais. Modernamente a participação paritária se desenvolve entre as partes, em razão da disputa se passar entre elas, titulares dos interesses que serão atingidos pelo provimento (GONÇALVES, 1992:121).

O artigo 5º LV da Constituição Federal utilizou-se da expressão aos “litigantes” e aos “acusados” mas se refere ao conceito de mais amplo de parte processual.

Assim, no conceito de Liebman, todos os que participam do processo perante o Juiz, com o objetivo de uma sentença de mérito, incluindo-se aí o autor, o réu, o assistente, o oponente, o nomeado a autoria, o denunciado à lide e o chamado ao processo – designados como terceiros se prevalecem do princípio do contraditório.

Igualmente, não se deve restringir a aplicação do princípio do contraditório somente as pessoas físicas, eis que o artigo 5º da Constituição Federal à primeira vista poderia se referir somente ao cidadão ou pessoa natural, mas na verdade o princípio pode ser invocado tanto pela pessoa física como pela pessoa jurídica.

O contraditório, tecnicamente considerado, significa, de um lado, a necessária **informação** dos atos do processo às partes e, de outro, a possível **reação** destas aos atos desfavoráveis. Informação necessária e obrigatória. Reação eventual e possível. (DINAMARCO, 1986:93)

Cappelletti (1982:211) em sua obra ensina com muita propriedade que contraditório significa direito ao conhecimento e à participação, participar conhecendo, participar agindo; ele é, em suma, a garantia que assegura a possibilidade de participação do interessados.

Assim, o contraditório é formado por um primeiro momento, pela necessidade de dar-se conhecimento da existência de determinado ato. O segundo momento do contraditório é a reação.

É a possibilidade que o interessado possui de reagir aos atos que lhe sejam desfavoráveis. A reação, no entanto, é eventual, devendo ser necessariamente garantida a possibilidade de sua manifestação.(LA CHINA, 1970:394)<sup>1</sup>

Uma vez que os interessados estão com interesse divergentes, deve-se lembrar que o contraditório não é o “dizer” e “contradizer” sobre a matéria controvertida, não é o conteúdo da discussão que se trava no processo sobre a questão material e que tem por centro os interesses divergentes (GONÇALVES,1992:127).

A tese jurídica utilizada de quitação, compensação, transação, prescrição não é contraditório. Não é objeto do contraditório a *res dubia* ou *quaestio*. O contraditório é

---

<sup>1</sup> No mesmo sentido, a doutrina brasileira: - GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.126. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 123-124 DINAMARCO, Candido R. *Os Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 94-95.

um princípio processual, é garantia efetiva de participação no processo administrativo ou judicial, com igual tratamento de oportunidades e simétrica paridade de armas.

O magistrado, neste diapasão, se manifesta como um terceiro independente, que não apenas declara o direito, em exercício de serviço público estatal, mas oportuniza às partes a possibilidade de tomarem medidas suscetíveis de corroboração de suas alegações para com isso, permitir a condução paritária do processo, em última análise, garantindo o contraditório entre as partes e proferindo decisão justa.

Em contrapartida, é inegável a necessidade de agilidade no desenvolvimento do processo. O provimento jurisdicional atrasado não traduz os efeitos sociais pretendidos, gerando incertezas e descrédito acerca do resultado do conflito. Necessário prestigiar a celeridade e economia processuais e a instrumentalidade do processo, que meio para resolução dos conflitos, não pode transmutar-se em entrave, para se chegar ao fim.

Embora louvável a necessidade de agilidade aos feitos, como necessidade que se impõe ao Judiciário, o devido processo legal se erige como garantia efetiva da prestação jurisdicional adequada e não como simples direito subjetivo. Assim, acima da celeridade processual, se projeta a garantia fundamental da ampla defesa e do contraditório, cuja violação anula o processo por cerceamento de defesa.

E sendo o processo modernamente visto como um dos principais instrumentos a realização e defesa das liberdades fundamentais, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior <sup>2</sup>:

[...] essa função restará gravemente comprometida se, dentro dele, a atividade probatória não se inspirar nos grandes princípios que inspiram o devido processo legal, com os consectários indispensáveis do contraditório e ampla defesa das partes e da imparcialidade do julgado.

É nesse sentido a opinião do Professor Aroldo Plínio Gonçalves (1992:124-125):

A preocupação com o rápido desenvolvimento do processo, com a sup-eração do estigma da morosidade da Justiça que prejudica o próprio direito de acesso ao judiciário, porque esse direito é também o direito à resposta do Estado ao jurisdicionado, é compartilhada hoje

---

<sup>2</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. A Garantia do Devido Processo Legal e o Grave Problema do Ajuste dos Procedimentos aos Anseios de Efetiva e Adequada Tutela Jurisdicional.

por toda a doutrina do Direito Processual Civil. As propostas de novas categorias e de novas vias que abreviem o momento da decisão são particularmente voltadas para a economia e a celeridade como predicados essenciais da decisão justa, sobretudo quanto a natureza dos interesses em jogo exige que os ritos sejam simplificados [DINAMARCO,1986:3/8]. Contudo, a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes [KAZUO et al, 1985], e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo.

Embora a Constituição da República em seu artigo 5º, LXXVIII, assegure como direito e garantia fundamental a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, deve-se interpretar este dispositivo à luz da necessidade maior de garantia de prolação de uma decisão justa. De nada adiantaria uma decisão rápida se às partes não houver sido concedida oportunidades equânimes de manifestação, em expressa violação ao contraditório. Isso porque, certamente no futuro, a decisão seria anulada e novamente todo o procedimento seria iniciado, comprometendo, sem dúvida a efetividade da prestação jurisdicional.

O Professor Cândido Rangel Dinamarco (1996:136) salienta que:

Multiplicam-se na experiência dos tribunais os casos em que se examina as alegações de cerceamento de defesa e então as regras do procedimento são invocadas, mas nem sempre com a consciência de que a solução há de ser buscada invariavelmente no modo como a conduta judicial criticada se projete sobre a garantia político-constitucional do contraditório. O prejuízo, sem o qual nulidade alguma se pronuncia, é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória, onde o procedimento ficar maculado mas ilesa a garantia de participação, cerceamento algum houve à defesa da parte. Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso.

É necessário que o juiz, no exercício da função que lhe compete, individualize as normas a serem aplicadas e interprete concretamente, ponderando princípios, na busca da entrega da prestação jurisdicional justa. Não se pode permitir jamais que a morosidade do judiciário, questão de cunho eminentemente político-administrativa, sirva de guarida para situações de desobediência aos princípios constitucionais. Como já se demonstrou, decisão justa não é aquela prolatada de forma rápida e sim aquela

relacionada aos princípios norteadores de um estado democrático de direito, transmutada, principalmente, na eficácia do exercício dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, considerando a necessidade de entrega do provimento jurisdicional justo, sendo aquele cujo trâmite se deu em estrita observância do contraditório, discute-se, ainda, o acesso ao judiciário, como medida eficaz ao exercício das garantias e liberdades fundamentais.

O princípio da garantia de ingresso em juízo tem sido cada vez mais ampliado. O Estado Democrático de Direito tem tentado cada vez mais garantir que todos tenham acesso ao Judiciário, sem exclusão.

A Constituição da República de 1988 garante em seu artigo 5º, LXXIV que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. É inquestionável que muitos cidadãos não têm condições de arcar com os custos de um processo judicial, mas nem por isso, podem ficar impedidos de exercer o direito de ação, caso algum dos seus direitos seja lesionado ou esteja na iminência de o sê-lo.

Visando permitir o exercício do direito de ação a quem dela necessite, a Lei n.º 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 foi editada regulamentando a matéria.

Nesse sentido temos o posicionamento do professor Humberto Theodoro Júnior (2003a:41):

O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma Justiça barata e rápida. O ideal seria, portanto, o processo gratuito, com acesso facilitado a todos os cidadãos, em condição de plena igualdade. Isto, porém, ainda não foi atingido nem pelos países mais adiantados, de modo que as despesas processuais correm por conta dos litigantes, salvo apenas os casos de assistência judiciária dispensada aos comprovadamente pobres (Lei n.º 1.060/50).

O benefício da assistência judiciária, portanto, é direito subjetivo, público do indivíduo que posteriormente veio também a ser alargado para atingir a pessoa jurídica.

Para ser beneficiário dos efeitos da Lei n.º 1.060/50 é necessário que a situação econômica não permita ao indivíduo pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 2º da lei citada, exigindo-se, para fins de comprovação, tão somente a declaração do necessitado.

De forma que a atividade interpretativa do juiz, neste ponto, não pode decorrer de exigências desarrazoadas, contrárias ao texto legal.

Por outro lado, tendo o juiz razões convincentes no sentido de a parte que requer o benefício não ser hipossuficiente, poderá indeferir o pedido, pois ainda que a pobreza legal seja presumida mediante a simples afirmação, ela não subsiste se houverem indícios em sentido contrário.

Portanto, a assistência judiciária é instituto destinado a favorecer o exercício da defesa judicial de direitos e interesses, com o ingresso em juízo, sem o qual não é possível o acesso à justiça, a pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes.

No âmbito da proteção dos direitos coletivos, legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial para defesa de interesses difusos, tais como no caso de impetração de mandado de segurança coletivo, ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, ação civil pública e ação popular (DINAMARCO, 1996:304).

Nesse sentido, a tendência processual é exatamente alargar a abrangência da prestação jurisdicional, sujeitando qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, seja individual ou coletiva ao amparo judicial. O que, por óbvio, não teria sentido se o devido processo legal não fosse respeitado, que, em última análise, é manifestado também pelo princípio do devido processo da legalidade.

A legalidade constitui assim, segurança para o sistema jurídico, limitando o exercício do poder pelo juiz, que deve se pautar sempre dentro do direito vigente. De forma que seu dever perante as partes abrange a concessão de oportunidades processuais, tais como aquelas definidas na lei e postas à disposição dos litigantes, para atuação de cada uma conforme sua conveniência (DINAMARCO, 1996:304-305). Caberá ao magistrado agir dentro de seus próprios limites, observando as regras que as normas jurídicas lhe impõem, como por exemplo, aquela definida no artigo 93, X, da Constituição da República, que preleciona a necessidade de fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade.

Imprescindível, neste ponto, a atividade judicial com vistas à racional interpretação e efetividade das regras formais do processo, que são inerentes a legalidade do Estado-de-direito (DINAMARCO, 1996:305). Isso porque as partes possuem verdadeiro direito ao processo, corporificado nas regras formais do sistema

processual e garantidas a nível constitucional mediante a explícita adoção da cláusula *due process of law* (DINAMARCO, 1996:305).

Ressalta-se que o cumprimento do devido processo legal, que legitima a entrega do provimento jurisdicional adequado e justo, mostra que ao constituinte, ao legislador, ao juiz e a todos, é necessário a observância dessas regras como o caminho mais seguro para a efetividade da justiça (DINAMARCO, 1996:305).

As mudanças pelas quais o processo vem passando visam justamente incrementar a técnica processual para permitir o alcance desse objetivo. É necessário a conscientização da sociedade para ter o processo tanto como direito, como instrumento para se atingir a justiça entre as partes, justiça essa que só estará efetivada se ao longo do procedimento forem observadas as garantias constitucionais a ele inerentes.

Assim, o que se busca com as constantes modificações processuais, é o equilíbrio entre a observância dos princípios constitucionais, e os anseios da sociedade por uma justiça mais rápida, célere e eficiente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do que foi exposto, conclui-se que, processualmente falando, a prestação jurisdicional justa é aquela que se opera em estrita observância dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Mais que um direito do indivíduo, a possibilidade do exercício de ação se mostra como a eficácia de exercício de liberdades fundamentais, permitindo a democratização de um estado.

A atividade jurisdicional, neste ponto, deve se ater ao cumprimento das normas processuais vigentes, de forma a permitir às partes a participação paritária na condução do processo, garantindo, assim, eficiência às normas processuais constitucionais. O que se enfatizou aqui é a necessidade de concessão de oportunidade para manifestação das partes de forma equânime durante o processo, e não o efetivo comparecimento, vez que este só se dará conforme a conveniência do litigante, posto ser mera faculdade processual, faculdade esta, no entanto, que jamais pode ser tolhida pelo julgador, pena de ferir a imparcialidade e neutralidade que lhe são imprescindíveis a entrega do provimento adequado.

A função hermenêutica do magistrado na interpretação do caso concreto, por outro lado, se pautará sempre de forma vinculada ao direito vigente, mas, neste ponto, vai além do mero silogismo ou valoração jurídica do fato.

O direito, como conjunto abstrato de normas gerais e abstratas, não é capaz de abranger todas as situações do mundo real. Ele prescreve o dever ser, tentando corrigir eventuais lesões perpetradas com o fim de proteção da vida em sociedade.

Nesse sentido, a interpretação se fará concretamente, caso a caso, conforme as condições históricas, políticas, sociais e econômicas de uma época, cabendo ao julgador impingir os valores éticos da sociedade no momento da decisão.

Não se descarta aqui a necessidade da valoração dos escopos metajurídicos antes da elaboração da lei, pelo contrário, defende-se a sua necessidade. Mas admitir que a atividade hermenêutica do juiz se limita a dizer à lei àquele caso, vai uma grande distância.

Neste ponto, os escopos metajurídicos são extra e pré-processuais, pois a discussão sobre a sua valoração antecede a existência do processo. Uma vez utilizado o direito subjetivo de ação, resta ao magistrado garantir às partes o exercício dos seus direitos individuais, processualmente falando, e aplicar o direito material, momento em que fará incidir a norma vigente aplicável ao caso, na qual já estará insculpido o valor que ela pretende amparar.

Todavia, é através da teoria da argumentação que o magistrado irá desenvolver a solução judicial que considera socialmente a mais justa, fundamentando a decisão de forma vinculada ao direito vigente. Como se colocou, não se trata de arbítrio, ou voluntarismos, mas de atividade interpretativa vinculada, principalmente aos princípios norteadores do estado, coibindo-se o exercício aberrante, incabível e teratológico.

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador. O resultado produzido de forma razoável, dentro das possibilidades acobertadas pelas normas jurídicas deve ser aceito como a decisão justa para o caso.

Portanto, percebe-se que o constitucionalismo não é capaz de derrotar a vicissitudes que tem adiado a plena democratização da sociedade brasileira disseminada

pela corrupção e desigualdades, mas foi responsável pelo resgate de valores éticos trazendo um projeto generoso e inclusivo.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6022*: informação e documentação: artigo em publicação periódica científica impressa: apresentação. Rio de Janeiro, 2003. 5 p.

\_\_\_\_\_. *NBR6023*: informação e documentação: elaboração: referências. Rio de Janeiro, 2002. 24 p.

\_\_\_\_\_. *NBR10520*: informação e documentação: citação em documentos. Rio de Janeiro, 2002. 7 p.

AURÉLIO, Buarque de Holanda Ferreira. *O dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2.128 p.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo, Malheiros, 1995.

BOBBIO, Noberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1996. 239 p.

BRASIL. Lei n. 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 dez 2005a.

\_\_\_\_\_. Lei n.11.187 de 19 de outubro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 out. 2005b.

\_\_\_\_\_. Lei n.11.276 de 07 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 fev. 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Spunti in tema di contraddittorio*. In: Studi in memoria di Salvatore Satta. Padova: Cedam, 1982, v.1. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000a, v.1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000b, v.2.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000c, v.3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 341p.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000a, v.1. 695 p.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000b v.2. 700 p.

GONÇALVES, Aroldo PLÍNIO. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. 219 p.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

LA CHINA, Sergio. *L'Esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*. Milano, 1970.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre, Síntese, 2000, v.1. 188 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo*. 3.ed. Porto Alegre, Síntese, 2003, v.3. 287 p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense. 2003a, v.1. 674 p.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense. 2003b, v.2. 682 p.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro, Forense. 2003c, v.3. 504 p.