

## PROCESSO CIVIL E TUTELA DE DIREITOS

### *CIVIL PROCEDURE AND ENFORCEMENT OF RIGHTS*

**William Soares Pugliese<sup>1</sup>**

**Viviane Lemes da Rosa<sup>2</sup>**

**Resumo.** O objetivo do presente artigo é demonstrar a relação entre o direito processual e a tutela de direitos na contemporaneidade. A premissa do texto é a de que, diante da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a tutela dos direitos é dever do estado e, portanto, deve pautar a concepção e a interpretação do processo civil. Para tanto, examina-se a relação entre Estado e direito processual. Em síntese, essa primeira ideia a ser transmitida é que cada modelo de Estado adota um modelo de processo, na medida em que esse instituto se presta, prioritariamente, para a legitimação do poder do Estado em instâncias em que a tutela de direitos é necessária. O segundo tópico examina a relação entre o processo civil e os direitos fundamentais, que implica uma compreensão própria do direito processual para a contemporaneidade. O terceiro ponto trata das normas fundamentais do processo civil, em duas óticas: a uma, pela via teórica, com a investigação sobre qual é o sentido de uma norma fundamental do processo; a duas, pelo exame pormenorizado das principais normas fundamentais do processo, sob um ponto de vista dogmático. Por fim, registra-se a tese da dupla função do processo, pela qual o direito processual também é elemento relevante para a definição da interpretação do Direito. O artigo conclui que o processo é um instituto central na efetividade da tutela dos direitos no estado contemporâneo.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Tutela de direitos. Interpretação do Direito.

**Abstract.** The purpose of this article is to demonstrate the relationship between procedural law and the protection of rights in contemporaneity. The text's premise is that, in view of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, the protection of rights is a duty of the state and, therefore, should guide the conception and interpretation of the civil process. Therefore, the relationship between the State and procedural law is examined. In summary, this first idea to be conveyed is that each State model adopts a process model, as this institution lends itself, primarily, to the legitimization of State power in instances where the protection of rights is necessary. The second topic examines the relationship between civil procedure and fundamental rights, which implies a proper understanding of procedural law for contemporaneity. The third point deals with the fundamental norms of the civil procedure, in two perspectives: first, through the theoretical approach, with the investigation of what is the meaning of a fundamental norm of the process; second, by the detailed examination of the main fundamental norms of the process, from a dogmatic point of view. Finally, the thesis of the dual function of the process is registered, whereby procedural law is also a relevant element for the definition of the interpretation of the Law. The article concludes that the process is a central institute in the effectiveness of the protection of rights in the contemporary state.

---

<sup>1</sup> Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. [william@pxadvogados.com.br](mailto:william@pxadvogados.com.br)

<sup>2</sup> Advogada. Diretora da Geslat - Gestão de Laticínios. Mestre em Direito pela UFPR. Doutoranda em Direito pela UFPR e pela UNOESC. [viviane@geslat.com.br](mailto:viviane@geslat.com.br)

**Keywords:** Civil procedure. Enforcement of rights. Interpretation of law.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando se pensa a respeito da teoria do processo, um dos mais importantes elementos para a sua compreensão é a necessária relação do direito processual com a consecução dos objetivos do Estado. Isto significa que os elementos normativos para a compreensão do processo civil não devem ser estabelecidos pelo próprio processo, mas pelos ideais definidos na Constituição, especialmente no que diz respeito às opções e direitos fundamentais. Assim, se um Estado define valores liberais e adota apenas proteções formais aos cidadãos, o processo assumirá uma feição determinada, bastante formal e legalista. Se, por outro lado, o Estado estabelece como valores a dignidade da pessoa humana e confere às pessoas um conjunto de garantias fundamentais, o direito processual deve refletir esse conjunto de garantias e, mais do que isso, servir como instrumento para a consecução desses direitos.

O objetivo deste artigo é demonstrar essa relação entre processo e tutela de direitos e registrar três pontos pelos quais é possível desenvolver o direito processual na linha pretendida: o processo como instrumento de tutela de direitos fundamentais, as normas fundamentais do processo e a dupla função do processo. Para tanto, os dois primeiros itens do texto têm o objetivo de demonstrar o desenvolvimento da ciência do direito processual e sua relação com a concepção de direito e de Estado a cada momento na história. Ou seja, o processo do Estado Liberal, concebido após a Revolução Francesa, é diferente do processo de um Estado Constitucional que se pauta por valores sociais. Não há certo e errado, mas projetos coerentes e compatíveis entre si. O que se pode afirmar, desde já, é que nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o processo civil brasileiro deve ter a função de permitir o exercício do poder estatal, especialmente do Poder Judiciário, a fim de tutelar direitos.

O item seguinte, já tomando como base as conclusões parciais dos itens acima, trata das normas fundamentais do processo. Essas normas fundamentais, previstas pelo próprio Código de Processo Civil, são disposições que orientam o intérprete e que estabelecem premissas básicas para a reflexão a respeito do direito processual. Nesse mesmo sentido, o último tópico apresenta como o processo também serve para oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado, em virtude de sua dupla função. Vale dizer que, para além da tutela de casos individuais, o processo permite aos tribunais que desenvolvam a interpretação do Direito e definam, por meio de precedentes, o entendimento das Cortes a respeito de casos. A segurança oferecida por essa prática também tutela direitos.

O artigo tem como metodologia central a pesquisa bibliográfica. A conclusão é a de que o processo é um instituto central na efetividade da tutela dos direitos no estado contemporâneo.

## 2 Estado e direito processual

Pensar o processo civil à luz dos direitos fundamentais foi a principal razão pela qual a disciplina do direito processual civil se desenvolveu nas últimas décadas. Mais do que uma simples metodologia, este olhar provocou uma mudança na concepção de processo, no significado do direito de ação, na função da jurisdição, enfim, houve uma alteração paradigmática da teoria do processo e uma revisão de

seus principais institutos. Este tópico busca tratar justamente desse assunto, partindo da noção de Estado Constitucional como fundamento para as mudanças indicadas. Da noção de estado contemporâneo passa-se a apreciação de duas concepções de pensamento jurídico que também contribuíram para essa modificação: o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo.

Se, hoje, há um Estado Constitucional que fundamenta o pensamento jurídico, antes dele havia o que se denominava de Estado Liberal, calcado no positivismo jurídico. Algumas breves considerações sobre esse modelo precursor de Estado se fazem necessárias para destacar as alterações sofridas e os pontos relevantes a serem considerados hodiernamente.

## 2.1 A passagem do Estado Liberal para o Estado Constitucional

O Estado Liberal de Direito surgiu diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu. O regime anterior, marcado pelos abusos dos monarcas e pela insegurança da sociedade civil, deu lugar a uma nova opção de estrutura de poder que tinha no princípio da legalidade seu maior fundamento. Por conta da legalidade, a lei foi alçada – ao menos na Europa continental – a um ato supremo, visto como o produto do mais democrático dos poderes (Legislativo) e com o objetivo de eliminar as tradições jurídicas do absolutismo. A administração pública (Executivo) e os juízes (Judiciário) deveriam atuar dentro dos limites estabelecidos pela lei, não podendo invocar qualquer direito ou razão pública que com ela se chocasse<sup>3</sup>.

O modelo do Estado Liberal representava, na época, um avanço diante do regime que havia sido suplantado. O principal interesse da burguesia, à época, era a de estabelecer limites ao exercício do poder político, razão pela qual só haveria intromissão na liberdade e na propriedade dos indivíduos mediante lei aprovada pelos representantes do povo. O princípio da legalidade acabou, assim, por constituir um critério de identificação do direito: o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência legislativa.

Solidário a essa concepção, o positivismo jurídico foi responsável pelo enraizamento das concepções liberais e do princípio da legalidade entre os juristas. Ao resumir o objeto do Direito à lei, o positivismo delimitou a atividade dos juristas à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, pois sua análise se restringia à validade da lei que decorria apenas do procedimento estabelecido para a sua criação. Atualmente, a doutrina – dentre muitos autores, menciona-se Himma<sup>4</sup>, Marmor<sup>5</sup> e, no Brasil, Juliano Maranhão<sup>6</sup> – sintetiza<sup>7</sup> as principais lições do positivismo jurídico

---

<sup>3</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>4</sup> HIMMA, Kenneth.Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 125-165.

<sup>5</sup> MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 104-124.

<sup>6</sup> MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

em três teses: a tese do fato social, a tese da convencionalidade e a tese da separabilidade. A tese do fato social indica que o Direito é uma criação social e que, por escolha da comunidade, esse poder foi essencialmente delegado ao Legislativo. A tese da convencionalidade do positivismo que acompanhava o Estado Liberal significava que, por convenção daqueles que aplicam o Direito (os juristas), há objetividade em identificar a legislação com o Direito. A tese da separabilidade fechava o raciocínio, ao delimitar o campo do Direito em separado da Moral, da Justiça, ou de outras ciências sociais. Ao restringir o objeto do Direito à lei, eliminar a moral e conceber o fundamento de validade último do Direito em um fato social, o positivismo demarcou a “província do Direito”, nos dizeres de Austin<sup>8</sup>.

Daniel Mitidiero<sup>9</sup> também observa dois importantes aspectos sobre a aplicação do Direito pelo positivismo. O positivismo clássico propõe uma interpretação puramente cognitiva, voltada para a declaração do significado correto da norma; além disso, a aplicação da norma ao caso era vista como uma atividade meramente dedutiva. Deste modo, a atividade judicial nada mais era que a aplicação, cognitivo-dedutiva, da norma previamente estabelecida pelo legislador ao caso concreto.

Evidentemente, se essa era a proposta do Estado Liberal e do positivismo jurídico, as primeiras concepções de jurisdição – e de processo civil, por consequência – explicavam o Judiciário como espaço em que se realizava uma atividade simples: conhecimento da norma preexistente (tese da convencionalidade) e aplicação diante de um caso concreto (cognição-dedução). Assim, o juiz não realizava nenhum juízo de valor (tese da separabilidade) ao decidir o caso.

Apesar de o Estado Liberal e o positivismo clássico terem delimitado muito bem suas escolhas fundamentais, o tempo revelou algumas imperfeições das teorias e exigiu uma mudança de postura do próprio Estado. Quanto às imperfeições, nas palavras de Mitidiero, melhor falar em dupla indeterminação do direito<sup>10</sup>. Com o respaldo de Guastini<sup>11</sup> e de Humberto Ávila<sup>12</sup>, o processualista tem apontado que texto e norma são distintos e essa cisão gera uma barreira intransponível para o positivismo clássico. Isso ocorre porque os textos em que são vazados os dispositivos elaborados pelo Poder Legislativo são equívocos e as normas (comandos ou regras que decorrem dos textos) são vagas.

A equivocidade foi demonstrada no momento em que a filosofia da linguagem encontrou o positivismo jurídico – essencialmente, com Hart, em *O Conceito de Direito*, de 1961<sup>13</sup>. Os enunciados da lei são ambíguos, complexos, pois podem apresentar mais de um significado, exprimir mais de uma norma, ou apresentar outros aspectos que dependem de interpretação. Ao depender de interpretação, é necessário reconhecer que mesmo a lei depende de individualização, valoração e escolhas entre as opções de significado; somente após essa atividade é que do texto se pode extrair uma norma.

<sup>7</sup> Cabe, também, ressaltar a importância de obra que apresenta a posição de diversos autores contemporâneos: MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

<sup>8</sup> AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined; and, The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998. O original é de 1832.

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>10</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>11</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

<sup>13</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Mesmo superada a equivocidade, as normas possuem uma peculiaridade, pois são vagas. Isso significa que não é possível antecipar exatamente quais são os casos que entram no seu âmbito de aplicação. As normas possuem textura aberta e geram zonas de penumbra que devem ser reduzidas na medida em que são aplicadas caso a caso.

Para responder a essas críticas, o positivismo recorreu à tese da discricionariedade, pela qual se admitia que o juiz era a autoridade competente para realizar essa atividade de interpretação. Ao fazê-lo, porém, abriu espaço para uma crítica que alteraria essa escola de pensamento na segunda metade do século XX. Há, porém, outro aspecto que contribuiu para esse movimento que deve ser considerado previamente.

As guerras e as crises econômicas experimentadas pelos estados no início do século XX provocaram uma alteração substancial no exercício do poder político. A própria filosofia liberal é atenuada diante da necessidade de reconstrução da sociedade. O Estado passa a reconhecer a si próprio deveres positivos a serem prestados à população. A justiça volta a ser um tema relevante, de modo que a simples validade da lei deixa de ser suficiente, pelo que se busca uma substância maior para o próprio Direito, abandonando a concepção absolutamente formal que o precedia. A opção dos Estados, nesse momento, foi a de incluir esses novos valores não apenas na lei, mas em uma posição superior: as Constituições. As Constituições passaram a ser vistas como fundamento para o controle da lei, tornaram-se rígidas, pois não mais poderiam ser alteradas de acordo com a vontade simples do Legislativo. Além disso, pela relevância que assumiram, tiveram reconhecida sua plena eficácia normativa. A lei, no século XX, perdeu a posição de supremacia que tinha até então, cedendo esse posto para a Constituição. O “princípio da legalidade” assume nova roupagem, significando conformação da lei à Constituição e com os direitos fundamentais.

Estado Constitucional, portanto, é o modelo de Estado que reconhece na sua Constituição os princípios fundamentais que regem sua atividade. Esses princípios vão muito além do simples funcionamento da máquina estatal. Há princípios que se voltam, por exemplo, para os objetivos fundamentais do Estado, e outros que estabelecem o conjunto de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade. Isto impõe ao jurista uma mudança de posicionamento: se sua função era apenas descrever a lei, hoje seu papel é, no mínimo, compreender a lei à luz da Constituição. A lei não é mais objeto, mas componente que leva à construção da norma jurídica, vista não como texto legal, mas como o significado de sua interpretação. O jurista não apenas descreve, mas projeta uma imagem a partir da lei e da Constituição. Sua tarefa é de reconstrução. Evidentemente, o Estado Constitucional provocou uma mudança de postura da doutrina tanto no direito material quanto na compreensão do direito processual. Foi essa perspectiva que Luiz Guilherme Marinoni<sup>14</sup> empregou para compreender diversos conceitos do processo à luz da Constituição.<sup>15</sup> Para tanto, porém, é preciso compreender outros elementos ligados ao tema do Estado Constitucional. Passa-se, por ora, à análise do neoconstitucionalismo e, em uma visão mais ampla, do pós-positivismo.

---

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>15</sup> A indicação de 2006 é referência à primeira edição da obra. As demais referências a esse texto tem como base versão mais atual, exceto quando expressamente indicado: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

## 2.2 As escolas de pensamento jurídico do Estado Constitucional: neoconstitucionalismo e pós-positivismo

Marinoni atribuía ao neoconstitucionalismo o manancial teórico que abria a senda para as suas propostas. Ao partir da conformação do Estado Constitucional, ele acrescentava que a plena eficácia normativa dos dispositivos constitucionais deveria conferir unidade e harmonia ao sistema jurídico, não dando alternativas ao juiz e ao jurista senão colocar a lei em sua perspectiva. Dizia, então, que as normas constitucionais eram vinculantes à interpretação das leis. Esse neoconstitucionalismo exigia a compreensão crítica da lei em face da Constituição, de modo que a atividade de identificar a norma, como resultado da interpretação, poderia ser entendida como a atividade de “conformar a lei”.

A expressão “neoconstitucionalismo” é atribuída a Susanna Pozzolo<sup>16</sup>, que cunhou o termo para se referir a algumas especificidades que vinham sendo destacadas por filósofos e juristas a respeito da interpretação constitucional. Ocorre que a proposta teórica desses autores, embora muitas vezes partam do direito constitucional, acaba por ser incorporada por todo o Direito. Seja a distinção entre regras e princípios, seja a proposta de Direito como um conceito interpretativo de Dworkin<sup>17</sup>, ou a de um Direito dúctil ou maleável, de Zagrebelsky<sup>18</sup>, nenhuma delas se restringe (ou deve se restringir) ao direito constitucional. Ou melhor, todas reconhecem o valor e a hierarquia da Constituição, mas são propostas de compreensão do Direito como um todo. Tanto o é que, dos autores apontados por Pozzolo como neoconstitucionalistas, tais como Robert Alexy, o próprio Zagrebelski e Carlos Santiago Nino, nenhum incorporou a denominação que havia sido utilizada. Ao contrário, a expressão que se reputa mais adequada para designar a proposta teórica aqui mencionada, e que tem sido mais acolhida internacionalmente, é o pós-positivismo. Atualmente, Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>19</sup> passaram a utilizar essa denominação.

É bem verdade que pós-positivismo também é uma expressão criticada, mas o fato é que, seja por neoconstitucionalismo, seja por pós-positivismo, essas expressões procuram designar as alterações pelas quais o Direito passou, especialmente na segunda metade do século XX. Ao reconhecer a equivocidade e a vagueza dos textos e das normas, e na medida em que o próprio Estado passou a utilizar expressões cada vez mais amplas para designar direitos e deveres – como se verifica no rol de direitos fundamentais de inúmeras Constituições – a ciência jurídica se viu compelida a desenvolver esquemas argumentativos e interpretativos para atender a essas novidades.

Em comum, as propostas neoconstitucionalistas ou pós-positivistas passaram a reconhecer que o Direito não poderia mais ser descrito como um arcabouço de regras cujo conteúdo seria meramente identificado e declarado pelos juízes ao julgar os casos. Ao contrário, a Teoria do Direito retirou o juiz de um papel secundário e alçou-o ao centro das preocupações e nesse movimento passou a se importar diretamente com a argumentação jurídica, com a fundamentação das decisões e

---

<sup>16</sup> Indica-se texto da autora traduzido para o português: POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 7, jan./jun. 2006, p. 231-253.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Torino: Einaudi, 1992.

<sup>19</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

com o conteúdo normativo dos textos jurídicos. A guinada pós-positivista provocou a revisão de diversos institutos jurídicos, deu maior relevância ao Poder Judiciário, pois aumentou o âmbito de atuação das cortes, e majorou as expectativas com relação ao que pode ser obtido a partir do Direito.

Esse movimento foi recepcionado no Brasil por um de seus elementos mais sintomáticos: a proposta de distinção de normas entre regras e princípios. A doutrina costuma atribuir a distinção entre regras e princípios a dois autores: Ronald Dworkin<sup>20</sup> e Robert Alexy<sup>21</sup>. Em comum, o que pode ser dito a esse respeito sobre os dois autores é a ideia de que as regras são ou não são aplicáveis, esgotando-se em si mesmas. Os princípios, por sua vez, revelam valores ou critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação do ordenamento jurídico diante das situações concretas. Ocorre, porém, que Dworkin alterou o objeto de sua crítica em trabalhos posteriores. Coube a Alexy o desenvolvimento do tema a partir dessa ideia originária. É com base nele que esta exposição segue nos próximos parágrafos.

Para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. As regras são normas que podem ser cumpridas ou não, porque, se uma regra é válida, há de ser feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. As regras são aplicáveis ao caso ou não, o que significa que o âmbito fático determina sua incidência; os princípios podem ser realizados em diferentes graus, consoante as possibilidades jurídicas e fáticas. As regras incidem, normalmente, uma a uma diante de determinadas situações fáticas. Os princípios, ao contrário, orbitam em torno das situações jurídicas e convivem com os demais princípios, às vezes em harmonia, às vezes em colisão.

Isto leva Alexy a afirmar que a realização dos princípios deve buscar a maximização dos efeitos, mas também depende das possibilidades jurídicas e fáticas, que são condicionadas pelos princípios opostos. Nessa linha, o autor propõe a consideração do peso dos princípios em colisão, em avaliação que só pode ser feita perante o caso concreto.

Os princípios assumem importância nos casos de controle de constitucionalidade da lei, de dúvida interpretativa e de ausência de regra. Mas os princípios não têm apenas função acessória: eles são razões para juízos concretos de dever ser. A partir do momento em que se projetam sobre a realidade, eles servem de fundamento para normas específicas que orientam concretamente a ação, seja num sentido positivo (prestações fáticas ou jurídicas), seja num sentido negativo (omissão). No âmbito da relação entre a Constituição e a lei, isso significa que os princípios, de um lado, impõem aos legisladores deveres de produção de normas jurídicas e, de outro, imunizam determinadas posições jurídicas do alcance da atuação da lei.

Diante da possibilidade de colisão entre princípios, Alexy desenvolveu renomada técnica de solução para tais questões. Propõe, para tanto, a técnica da proporcionalidade, a qual se divide em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). A análise da adequação é a atividade de identificar quais princípios e quais medidas contribuem para o alcance do fim desejado. Feita a análise da adequação, passa-se a da necessidade, a qual consiste em verificar se, dentre todas as medidas disponíveis e igualmente eficazes

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. O original, em alemão, data de 1985.

para atingir um fim, a proposta é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos. Ou seja, a necessidade exige verificar a existência, ou inexistência de outro meio menos gravoso, de modo que determinado meio somente é necessário se não há outro menos restritivo.

Para além da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade, para Alexy, comporta, ainda, uma terceira subdivisão: “a proporcionalidade em sentido estrito” ou “ponderação” que corresponde, metaforicamente, a colocar os princípios colisos em uma balança para verificar qual deles é realmente importante na situação analisada. A ponderação, portanto, tem como pressuposto que as normas a serem ponderadas possuam estrutura de princípios. Isso implicar verificar que se trata de dimensão totalmente diversa do trato com as regras, que são ou não aplicáveis. Recorde-se que, no conflito de regras, uma elimina a outra, enquanto na colisão entre princípios, um apenas afasta o outro naquele dado momento e para aquele caso concreto.

Como mencionado, Dworkin<sup>22</sup> abandonou a distinção entre regras e princípios, mas o fez porque, para ele, a distinção perdeu o sentido na medida em que todo o Direito passou a ser visto como um conceito interpretativo. Para ele, nem as regras se aplicam pela regra do tudo ou nada, tendo em vista que devem ser interpretadas à luz do Direito compreendido em sua integridade. MacCormick<sup>23</sup>, na sua teoria institucionalista do Direito, adota posicionamento semelhante, admitindo a distinção entre regras e princípios, mas reconhecendo que qualquer regra pode ser derrotada mediante argumentos jurídicos relevantes.

Tudo isso indica que a compreensão do Direito como a teoria contemporânea propõe implica ruptura com o Estado Liberal, com o positivismo clássico e com a noção de Direito como mero sistema de normas.

Fosse essa apenas uma proposta teórica, não haveria como compreender todos os seus efeitos. É que as Constituições que seguiram os eventos históricos da primeira metade do século XX, especialmente a Segunda Guerra Mundial, instituíram normas cujo conteúdo é de condições materiais de justiça. Esses dispositivos contêm aspirações éticas e políticas, muitas vezes redigidos em fórmulas não precisas, e por isso costumam ser vistos sob a rubrica de princípios. Esses princípios que revelam as opções fundamentais do Estado e que devem ser observados a todo momento costumam ser denominados de “direitos fundamentais”. O Estado Constitucional pressupõe que essas normas tenham eficácia imediata e que devem conformar a legislação infraconstitucional. Isso só pode ser feito com o auxílio da jurisdição, mediante a atividade de interpretação e de compreensão do “modo de ser” das demais normas do ordenamento jurídico.

### **3 Processo civil e direitos fundamentais**

É preciso, neste momento, tratar propriamente dos direitos fundamentais. Vale, porém, uma breve retomada. Viu-se até aqui que o Estado Constitucional é marcado pela rigidez da Constituição, pela eficácia plena das suas normas, pela função unificadora da Constituição, pela subordinação da lei às normas constitucionais e pelo papel interpretativo da Constituição sobre todo o Direito. Os direitos fundamentais são o principal resultado dessa opção teórica e refletem a

---

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

<sup>23</sup> MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.



escolha dos Estados por um grupo de direitos que servem tanto para o controle das atividades do Poder Público, quanto para conferir à sociedade meios imprescindíveis ao seu desenvolvimento, a proteger os direitos de um particular contra o outro (a Administração Pública ou outro particular) e para estruturar vias para que o cidadão possa participar de forma direta na reivindicação dos seus direitos. Esses direitos podem assumir as feições de direitos à prestações, direitos à proteção ou defesa, e direitos à participação<sup>24</sup>.

Os direitos fundamentais recebem essa qualificação porque repercutem sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade significa, em síntese, a opção prévia do Estado pela imprescindibilidade e pela necessária observância de tais direitos<sup>25</sup>. Esses direitos têm aplicação imediata e não podem ser removidos, pois são cláusulas pétreas. O ideal, inclusive, é que sejam atendidos na máxima perspectiva possível.

A doutrina costuma afirmar que os direitos fundamentais se conformam a partir de dois critérios<sup>26</sup>. De um lado, há o critério formal, pelo qual todo direito previsto sob o Título II, da Constituição brasileira, deve ser considerado fundamental. No entanto, a relação dos arts. 5º e seguintes não é exclusiva, de modo que outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição podem ser considerados fundamentais, o que revela um critério material. Note-se, portanto, que a própria configuração dos direitos fundamentais é, por si só, um conceito que depende de interpretação. Isso reforça o que se disse até aqui e reafirma a relevância da discussão.

Afirma-se, ainda, a perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Com isso, deseja-se realçar que as normas que estabelecem direitos fundamentais, embora possam gerar direitos subjetivos, também fundam elementos normativos mínimos, orientadores de todo o ordenamento jurídico. As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Assim, implicam valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e a atuação do ordenamento jurídico.

Nessa linha objetiva, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que essa não pode ser dissociada de tais direitos. Além disso, uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção, relativo à separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permite que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas e fáticas, ou seja, por meio de normas e por ações concretas. A norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, além de tratar das relações entre os sujeitos privados e o Estado, regula as relações que se travam apenas entre os particulares. Nessa última perspectiva pensa-se na eficácia dos direitos fundamentais sobre os particulares.

---

<sup>24</sup> CHUEIRI, Vera Karam de *et al.* **Fundamentos de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 329.

<sup>25</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.

<sup>26</sup> VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2017.

Evidentemente, os direitos fundamentais também possuem uma dimensão subjetiva, na medida em que podem ser invocados como direitos, individuais ou coletivos, pelos indivíduos.

Mais do que dimensões, os direitos fundamentais também possuem diferentes eficácias. A doutrina aponta pelo menos duas: vertical e horizontal<sup>27</sup>. É que os direitos fundamentais produzem efeitos quando considerados em relação ao Poder Público (eficácia vertical) e em relação a particulares (horizontal). A eficácia vertical impõe direitos e deveres sobre o Poder Público, e por consequência ao legislador, ao administrador e ao juiz. A eficácia horizontal ou privada se verifica na relação entre particulares.

Assim, os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo juiz, porque incidem sobre ele verticalmente (e diretamente). Contudo, quando o juiz dá tutela ao direito fundamental não protegido pelo legislador ou pelo administrador, a sua decisão repercute sobre os particulares, quando então não há que se pensar em eficácia vertical, mas em eficácia horizontal mediada pela decisão jurisdicional, isto é, em eficácia horizontal mediata<sup>28</sup>.

A eficácia horizontal mediata não pode ser confundida com a eficácia direta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva sobre o juiz. Esse direito fundamental incide sobre a jurisdição, diretamente, pois objetiva conformar o seu próprio modo de atuação. Assim, os direitos fundamentais processuais são dirigidos a vincular o próprio procedimento estatal. Os direitos fundamentais processuais se destinam unicamente a regular o modo com que se dará o proceder estatal e, por isso, sua única eficácia é sobre o Estado. No entanto, o conteúdo da decisão jurisdicional incide sobre os particulares, ou melhor, o direito fundamental processual se projeta sobre os indivíduos. Trata-se de eficácia de direito fundamental sobre os particulares, mediada pelo juiz, mas com uma peculiaridade: não há verdadeira eficácia horizontal; o que existe é eficácia vertical derivada, uma vez que o juiz tem o dever de proteção dos direitos materiais.

Aqui, compreende-se a contribuição de Marinoni<sup>29</sup>: o direito fundamental à tutela jurisdicional incide direta e imediatamente sobre o Estado, mas seu conteúdo não está voltado apenas à tutela dos direitos fundamentais. Cabe ao Estado garantir a efetiva tutela de quaisquer direitos, ou melhor, de todos os direitos. O direito fundamental à tutela jurisdicional também recai indireta ou lateralmente sobre os particulares, por conta da utilização das técnicas processuais necessárias para a proteção dos direitos. Essa eficácia vertical com repercussão lateral é própria dos direitos fundamentais processuais, pois demandam do Estado a prestação de deveres que eventualmente afetam os demais.

Quando o juiz não encontra uma técnica processual adequada à tutela do direito, e assim se pode falar em omissão de regra processual, ele deverá suprir a insuficiência com os olhos nas exigências do direito material que reclama proteção. Os contornos da prestação devida pelo Estado, nesses casos, serão definidos à luz do direito material do particular que reivindica proteção. Cabe ao processo definir o modo pelo qual a intervenção ocorrerá na esfera jurídica do particular para preservar o direito reclamado. O que pode ocorrer é de haver dúvida entre dois ou mais meios aptos a satisfazer o direito tutelado. A proposta doutrinária é a de escolher, na

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

<sup>28</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 86 e ss.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

esteira da proporcionalidade, o meio que acarreta um prejuízo menor ao particular. Se existem duas formas possíveis pelas quais o Estado pode onerar um particular, alcançando mediante todas elas o mesmo benefício, a forma não arbitrária de oneração, dentre as vias igualmente idôneas, é aquela que impõe o menor dano à esfera jurídica do particular. Os testes estão nos planos, portanto, da adequação e da necessidade.

Vê-se, de todo modo, que os direitos fundamentais incidem sobre o direito processual e demandam do Poder Público como um todo um conjunto de prestações e de deveres. É possível ir ainda mais longe, considerando outras aplicabilidades da proporcionalidade perante o direito processual civil.

### 3.1 Regra da proporcionalidade e processo civil

Como se disse, o Estado Constitucional pressupõe que a lei deva ser interpretada de acordo com a Constituição. Muitas vezes, para fazê-lo, o juiz deve encontrar mais de uma solução e escolher aquela que outorgue a maior efetividade à Constituição. Mais do que o controle de constitucionalidade, o juiz exerce a interpretação de acordo a fim de encontrar a interpretação mais adequada perante a Constituição<sup>30</sup>. Além disso, pode o juiz salvar determinado dispositivo da inconstitucionalidade a partir da interpretação conforme, ou seja, uma técnica de preservação do texto de modo a excluir a interpretação inconstitucional<sup>31</sup>. Em outros casos, há direitos fundamentais que incidem sobre o caso ao mesmo tempo, o que pode gerar uma colisão, e isso pressupõe uma solução pela via da proporcionalidade que, aliás, foi alçada à norma fundamental do processo civil, por força do art. 8º, do CPC 15.

Nesse sentido, os princípios e os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a interpretação de acordo, para a não aplicação da lei inconstitucional, para a preservação da norma mediante a definição da interpretação constitucional conforme, para a preservação da norma mediante a declaração da constitucionalidade da sua aplicação em outras situações, que não a impugnada, para a geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer, e para a proteção de um direito fundamental diante de outro.

Em todas essas atividades, a aplicação do Direito envolve conformação da lei à Constituição. Seja pela interpretação de acordo, seja pela interpretação conforme, seja pela supressão de omissão inconstitucional, o exercício da jurisdição atua para conformar a legislação às normas constitucionais e, especialmente, aos direitos fundamentais. Para Marinoni<sup>32</sup>, o juiz opera uma reconstrução da ordem jurídica ao outorgar um significado aos textos da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Quando se verifica uma colisão entre direitos fundamentais, o juiz deve ir ainda além. Não é correto afirmar que, nesses casos, o juiz soluciona o caso em

---

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

<sup>31</sup> KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. **Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição**: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: Belo Horizonte: Initia Via, 2014. v. 2. p. 156-170.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

conformidade com a Constituição; na verdade, o que ocorre é a utilização de uma ferramenta normativa específica – para Humberto Ávila<sup>33</sup>, um postulado ou uma metanorma – que soluciona um conflito concreto e contingente entre dois direitos fundamentais: a proporcionalidade. Lembre-se que a proporcionalidade possui três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nessa linha, diversas situações jurídicas processuais são resolvidas sob esse aspecto.

Na tutela de urgência, por exemplo, há uma colisão de direitos fundamentais na medida em que o autor pleiteia uma medida e pretende obter a decisão sem que o requerido seja ouvido. A urgência, nesse âmbito, justifica o diferimento do exercício do contraditório, tendo em vista que a antecipação muitas vezes é a única medida adequada e necessária para a proteção do direito do autor. A defesa do réu será exercida a posteriori, preservando-se os direitos fundamentais, mas em operação que organiza o ônus do tempo do processo perante uma situação previamente desproporcional.

Outra oportunidade em que a proporcionalidade costuma ser invocada é na discussão sobre as provas ilícitas. Via de regra, não se admitem provas ilícitas no direito processual civil brasileiro. No entanto, não se deve olvidar que, algumas vezes, a prova ilícita tem o objetivo de proteger outros direitos fundamentais, ou devem ser compreendidas frente ao direito à tutela jurisdicional efetiva. Essas contraposições fizeram com que a jurisprudência desenvolvesse ao menos duas hipóteses em que a prova ilícita é admitida, com fundamento na proporcionalidade. São elas, não é ilícita a prova cuja derivação é mediata, ou seja, deve haver nexo causal entre a prova ilícita originária e as demais; a prova seria obtida de qualquer forma (*inevitable discovery*), ou seja, a ilicitude da primeira não fulmina a segunda porque havia meios disponíveis e independentes para sua produção.

### **3.2 Dever de conformação legislativa e judicial do processo civil à luz dos direitos fundamentais**

O Estado Constitucional demanda do próprio Estado a proteção efetiva e a prestação de direitos. Quando aplicado esse raciocínio ao Poder Judiciário, tem-se que o juiz deve conformar a lei à Constituição ou, até mesmo, desenvolver a resposta jurídica adequada em caso de omissão legislativa. O que interessa saber, por fim, é como o juiz opera essa reconstrução interpretativa de uma norma jurídica para o caso concreto quando a norma geral não existe ou é incompatível com os princípios e com os direitos fundamentais. Evidentemente, o Judiciário não se confunde com o Legislativo, pois atua em conformidade com a tarefa que o constitucionalismo contemporâneo lhe impôs: a de prestar efetiva proteção aos direitos. O juiz não cria norma como faz o Legislativo, pois a decisão judicial apenas zela para que os direitos sejam tutelados de acordo com a Constituição. Isto faz com que se perceba, atualmente, a importância da discussão a respeito dos precedentes, na medida em que o papel de desenvolvimento dos tribunais colabora para a segurança jurídica sem, no entanto, interferir na repartição de competências entre as funções do Estado.

Tudo isso levou o próprio legislador a mudar sua postura perante o Judiciário. O legislador, não mais vestido do ideal iluminista e liberal, tem optado por conferir às partes e aos juízes uma maior latitude de poder, seja para permitir que os jurisdicionados pudessem utilizar o processo de acordo com as novas situações de

---

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

direito material e com as realizadas concretas, seja para dar ao juiz a efetiva possibilidade de tutelá-las. A partir disso, o legislador criou institutos dependentes do preenchimento de conceitos indeterminados, admitindo o seu uso na generalidade dos casos, e também a fixar normas processuais abertas. Essas normas abertas decorrem da aceitação da ideia de que a lei não pode atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional dos direitos.

A lei processual não pode antever todas as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados conforme os casos concretos. As normas processuais abertas são destinadas ao jurisdicionado e ao juiz para que possam identificar, dentro de uma moldura, qual dos instrumentos processuais é o mais adequado à tutela do direito e da situação jurídica concreta. A contraprova das normas processuais abertas reside na outorga ao juiz do dever de demonstrar a idoneidade do seu uso, tendo em vista a necessidade de se legitimar o exercício da autoridade. Novamente, entra em cena a proporcionalidade.

Exemplo contemporâneo dessa questão é a possibilidade de aplicação do art. 139, IV, para a execução de toda sorte de direito material<sup>34</sup>. Seja para a tutela inibitória, ressarcitória, de adimplemento na forma específica ou até mesmo para o pagamento de quantia, o Código de Processo Civil admite que o juiz adote as medidas necessárias para o cumprimento da ordem. Evidentemente, o limite desse dispositivo é o racional e o razoável, a partir de um juízo de proporcionalidade. Esse controle deve ser feito, mais especificamente, a partir do critério da necessidade, pois o meio executivo deve ser idôneo e causar a menor restrição possível.

Em outros termos: pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela jurisdicional, exige-se dele, por consequência, a adequada justificação das suas escolhas. Nesse sentido se pode dizer que a justificativa é a outra face do incremento do poder do juiz. Na justificativa o juiz deve dizer a razão pela qual preferiu uma determinada técnica processual ou modalidade de execução, e não outra. Nessa justificativa, ele deve esclarecer a adequação da medida e sua necessidade, eventualmente contrapondo outras soluções que causariam maior dano ao requerido.

Algo semelhante ocorre quando ausente regra ou técnica processual. As omissões podem ser suprimidas quando se tem consciência de que a técnica processual depende apenas da individualização das necessidades do caso concreto. Assim, por exemplo, mesmo havendo previsão expressa das técnicas processuais idôneas para a prestação de tutela de pagamento de soma em dinheiro, uma medida que vise antecipar o pagamento desta soma em dinheiro não pode utilizar as vias tradicionais de penhora, avaliação e alienação de bens, pois a urgência restaria desatendida. Pode o juiz, a depender da situação concreta, utilizar-se da multa, por exemplo, para conferir maior tempestividade e efetividade à efetivação de suas decisões. O que deve ser evidenciado é que a falta de técnica processual deve ser suprida com base no direito fundamental. Se o juiz se deparar com ausência de previsão de modalidade executiva idônea, pode suprir essa omissão considerando as circunstâncias do caso concreto e a regra da necessidade, precisamente em nome do controle da insuficiência de tutela normativa ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

---

<sup>34</sup> BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Este tópico procurou demonstrar que processo civil e direitos fundamentais possuem uma relação direta, na medida em que há um dever do direito processual em tutelar os direitos fundamentais. Os próximos itens desenvolverão o argumento adicional de que a relação com os direitos fundamentais provocou outras modificações na concepção de processo e na sua interpretação. Para tanto, serão apresentados dois pontos: as normas fundamentais do processo civil e a dupla função do processo civil.

#### 4 Normas fundamentais do processo civil<sup>35</sup>

No Direito Constitucional, discute-se se os direitos fundamentais têm caráter absoluto ou se possuem restringibilidade excepcional<sup>36</sup>. A divergência tem origem jusnaturalista, quando se sustentava que os direitos fundamentais têm o máximo de hierarquia e que não toleram restrições. Apesar da força do argumento, com o tempo notou-se que os direitos fundamentais não são absolutos, mas admitem excepcionalidades, como qualquer outra norma, mas em caráter muito reduzido. Isso leva a doutrina a sugerir que essa característica seja denominada de restringibilidade excepcional<sup>37</sup>. Vale dizer, portanto, que as normas fundamentais do processo devem ser aplicadas com caráter absoluto, admitidas algumas hipóteses de exceção. O próprio Código faz esse raciocínio, por exemplo, quando exige a manifestação prévia da parte antes de uma decisão desfavorável: esta previsão não vale para casos de tutela de urgência.

Também se sustenta, no âmbito constitucional, que os direitos fundamentais possuem as características de indivisibilidade, harmonização e complementaridade. Em síntese, esse conjunto significa que cada direito fundamental constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar mas que, ao mesmo tempo, não se pode aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais – eles existem em conjunto e assim devem ser compreendidos. Se um deles tiver de ceder, isto deve ser feito por uma das técnicas de harmonização, como a ponderação. A ideia de complementaridade pressupõe que os direitos fundamentais podem e devem ser interpretados em conjunto. Assim, a boa-fé e a cooperação processual podem ser compreendidas em conjunto para a apreciação de determinadas situações jurídicas processuais.

Uma terceira característica que pode ser considerada é a ideia de projeção positiva, também chamada de postulado de maximização ou de efetividade. Tem-se, em síntese, que se deve extrair o máximo de conteúdo possível dos direitos e realizar tudo o que possam oferecer. Nesse sentido, o contraditório deve ser observado a todo momento do processo, com todas as garantias constitucionais e as previstas pelo art. 7º do Código de Processo Civil.

Outro viés para o tratamento da característica de maximização é a ótica da vedação ao retrocesso. Os direitos fundamentais não podem ser abandonados nem diminuídos, de modo que não se pode retroagir para um entendimento menos protetivo ou mais restrito. Essa ideia também se aplica no âmbito do direito

<sup>35</sup> Os argumentos desenvolvidos nesse item partem de ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 157-178, 2016.

<sup>36</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>37</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.

processual civil. Um possível exemplo é a vedação às decisões surpresa, na medida em que a necessidade de manifestação das partes seja cada vez mais incentivada, mesmo nas matérias de ordem pública, sem que se admitam entendimentos que reduzam a estensão desse direito. Porém, é evidente que a maximização dos efeitos não se confunde nem deturpa a noção de restringibilidade excepcional. A excepcionalidade de uma norma é algo distinto da redução de seu âmbito de aplicação.

A noção de aplicabilidade imediata também é relevante para o direito processual civil. Na doutrina constitucional, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme a redação do art. 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Visto de outra forma, quer isto dizer que as normas fundamentais não dependem de previsão legal específica que lhes dê vigência, mas, ao contrário, elas valem pela simples previsão constitucional. No Código de Processo Civil, esse raciocínio pode ser aplicado para as normas fundamentais. Cogitou-se, inclusive, da vigência desses dispositivos no período de *vacatio legis*, tamanha a relevância das normas.

Diante do exposto, tem-se que as normas fundamentais do processo civil contêm algumas das características dos direitos fundamentais, pois dão sentido ao conjunto de regras que forma o sistema processual contemporâneo e orientam a interpretação dos dispositivos do próprio Código. Desse modo, pode-se dizer que essas normas possuem uma face normativa, pois determinam o que o direito processual civil deve ser. Nessa esteira, há diversas posições doutrinárias já consolidadas.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>38</sup>, as normas fundamentais são “eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado”. Jorge de Oliveira Vargas<sup>39</sup>, por sua vez, afirma que as normas fundamentais “orientam a interpretação das leis e traçam os rumos, os objetivos que a nossa sociedade pretende alcançar”. Por fim, deve-se atentar à voz de Fredie Didier Jr.<sup>40</sup>, para quem as normas fundamentais formam um “postulado hermenêutico de unidade do Código”.

Nota-se que as lições citadas têm em comum o reconhecimento de que as normas fundamentais possuem uma função de hermenêutica, interpretativa, direcionada ao próprio Código. É justamente neste sentido que se afirma, portanto, que se trata de um conjunto com objetivo normativo de estabelecer ordem e coerência na interpretação da lei, ao mesmo tempo em que aponta os melhores princípios e caminhos para que o Código seja aplicado. Os parágrafos abaixo apresentam, sinteticamente, tais normas fundamentais.

A primeira norma a ser destacada é, não por acaso, a do artigo 1º do Código de Processo Civil: “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”. Esta norma, que pode até parecer desnecessária, merece ser destacada pela seguinte razão: a CRFB/88 não é uma constituição procedimentalista; ao contrário, é carta que prioriza a fundação de direitos fundamentais, dentre os quais a grande maioria são direitos de cunho material. Mais do que isso, até mesmo os direitos

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90

<sup>39</sup> VARGAS, Jorge de Oliveira. Normas fundamentais do processo civil. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 108.

<sup>40</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 152.

fundamentais processuais priorizam conteúdo em detrimento da forma. Ou seja, o processo civil deve visar, sempre que possível, à tutela dos direitos fundamentais.

O artigo 2º do Código de Processo Civil dispõe que “[o] processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Tem-se, nesta norma, dois princípios. De um lado, o princípio dispositivo<sup>41</sup>, pelo qual o processo só se inicia mediante requerimento da parte. Vale dizer, nessa linha, que é a parte que estabelece os limites do processo, por meio dos pedidos formulados na petição inicial. Em outras palavras, o autor “dispõe” do processo – daí princípio dispositivo. Por outro lado, uma vez distribuída a petição inicial e iniciado o processo, cabe ao Poder Judiciário movimentar o processo, principalmente por meio da atuação do juiz, o que é chamado de impulso oficial.

O artigo 3º afirma que não “se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, repetindo outra norma constitucional (artigo 5º, inc. XXXV, da CRFB/88). O elemento mais importante da referida norma é a abertura do direito brasileiro ao Poder Judiciário, ou o chamado acesso à justiça. Ao admitirem casos em que se aponta lesão ou ameaça a direito, a Constituição e o Código de Processo Civil abrem as portas dos tribunais para o jurisdicionado, inclusive para o tratamento de situações jurídicas ainda sem dano configurado, o que era inconcebível para o procedimento comum clássico<sup>42</sup>.

Já o artigo 4º, do Código de Processo Civil, assim dispõe: “[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. O código consagra, nesta oportunidade, a primazia do julgamento de mérito e do resultado útil do processo. Este tópico tem evidente teor normativo, na medida em que a proposta do código é indicar a importância de que os feitos tenham o mérito julgado<sup>43</sup>.

O artigo 5º exige que todos que participam do processo devem se comportar de acordo com a boa-fé. O artigo 6º complementa essa ideia com a proposta de cooperação entre os sujeitos do processo para obtenção de decisão justa e efetiva, em tempo razoável. Em conjunto, esses dois dispositivos propõe uma alteração da postura a ser adotada pelas partes. Ao invés de encarar o processo como conflito, a ideia é que os sujeitos do processo cooperem para buscar a melhor decisão para o caso, sem a utilização de artifícios ou ilegalidades. Não se trata de negar que há embate de teses e ideias em um processo, mas de reforçar a noção de que a discussão deve ocorrer em termos pacíficos e razoáveis<sup>44</sup>.

O art. 7º consagra o princípio do contraditório. Trata-se de garantia constitucional prevista no artigo 5.o, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Reconhecendo a importância do contraditório – não apenas para evitar decisões surpresa, mas para aumentar a margem de influência das partes sobre o juiz e contribuir para a completude das decisões judiciais – a novidade do Código de Processo Civil consiste na ampliação desse contraditório, notadamente em face do

---

41 RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

42 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

43 CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, 2015, p. 42-50.

44 Sobre o tema, ver MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.



modelo cooperativo de processo adotado, que traz direitos e deveres às partes. Nessa mesma linha, acrescentam-se as normas dos artigos 9º e 10º, que merecem ser lidos conjuntamente<sup>45</sup>.

O artigo 9º do Código dispõe que "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". Não se trata de garantia absoluta, de modo que, em casos específicos e predeterminados, o momento de exercício pode ser postergado ou mitigado em face de outros valores em questão. Assim, o parágrafo único do mesmo artigo prevê a inaplicabilidade da regra do contraditório prévio nas hipóteses de (i) tutela provisória de urgência; (ii) tutela da evidência prevista no artigo 311, II e III, do Código; e (iii) expedição de mandado em ação monitória (artigo 701 do NCPC). O artigo 10º do Código de Processo Civil impõe o dever de observância do contraditório para evitar as decisões surpresa<sup>46</sup>: "O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício".

O artigo 8º determina que ao aplicar o ordenamento jurídico, "o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência". Trata-se de regra bastante ampla que orienta a interpretação do magistrado. Os princípios aqui citados são extraídos da Constituição da República Federativa do Brasil e traduzem valores do Estado brasileiro.

A norma do artigo 11 prevê que todos os julgamentos "dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". Há, portanto, dois princípios. A publicidade, que também foi destacada no referido artigo 8º, e o dever de fundamentação das decisões. Sobre este segundo ponto vale uma menção especial: logo no início desta unidade destacou-se que o processo visa legitimar o exercício de poder do Estado. A fundamentação da decisão é um dos elementos essenciais para essa legitimação. Sem a justificativa para decidir, não se tem decisão<sup>47</sup>.

Por fim, o artigo 12, do Código de Processo Civil, traz regra que orienta os juízes a seguir a ordem cronológica de conclusão dos processos. Com isso, conclui-se o exame das normas fundamentais do processo, nos termos do próprio Código de Processo Civil. Como se vê, a maioria delas possui caráter eminentemente normativo, a fim de orientar a interpretação e a aplicação do Código de Processo Civil. É sobre este ponto (interpretação e aplicação da lei) que trata o próximo item.

## 5 Dupla função do processo civil

Quando se fala em dupla função, a referência que se faz é à proposta de Daniel Mitidiero<sup>48</sup>. O autor sustenta que o processo, ao captar as alegações das

<sup>45</sup> ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 157-178, 2016.

<sup>46</sup> DEL CLARO, Roberto Benghi. **Direção material do processo**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

<sup>47</sup> LARA, Juliane Guiesmann; PUGLIESE, William Soares. A motivação das decisões como direito fundamental material. In: ALEXANDRE, André Demétrio *et al.* (Org.). **Interpretação da Constituição e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2019. v. 2. p. 144-159.

<sup>48</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 231.

partes, processá-las e produzir decisões, gera duas espécies diferentes de resultados. De um lado, soluciona o caso; de outro, confere unidade ao direito. A proposta teórica de Mitidiero<sup>49</sup> é que os tribunais superiores se tornem Corte de Precedentes, seguindo sua classificação. A premissa, aqui, é a de que as decisões judiciais se revelam como normas individuais que, ao resolver conflitos, dizem como as pessoas devem se comportar diante de ameaças ou crises na realização do direito material. No entanto, as decisões geram precedentes, que podem ser considerados a “encarnação do significado da Constituição e da legislação”<sup>50</sup>.

A proposta deste artigo não é desenvolver o tema dos precedentes nem da função dos tribunais superiores. O objetivo, aqui, é demonstrar como o processo contribui para a tutela de direitos fundamentais. Nesse sentido, a proposta de Mitidiero pode ser compreendida da seguinte forma: ao ser a única via para a formação de precedentes, o processo é o instrumento formal para a atribuição de significado ao Direito<sup>51</sup>. Consequentemente, confere segurança jurídica, liberdade e igualdade.

É possível acrescentar, ainda, que essa perspectiva está alinhada com a norma do art. 926, do Código de Processo Civil, a qual determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente. Ou seja, ao aplicar o direito, os tribunais devem prezar pela uniformização dos entendimentos consolidados pelos precedentes e evitar decisões dissonantes.

Como se vê, reconhecer a dupla função do processo também é medida que contribui para a efetivação e para a tutela de direitos fundamentais.

## 6 Considerações finais

O objetivo proposto para este artigo foi o de demonstrar a relação entre processo e tutela de direitos e destacar três pontos pelos quais é possível desenvolver o direito processual nessa linha: o processo como instrumento de tutela de direitos fundamentais, as normas fundamentais do processo e a dupla função do processo. No que diz respeito ao primeiro ponto, demonstrou-se que processo civil e direitos fundamentais possuem uma relação direta, na medida em que há um dever do direito processual em tutelar os direitos fundamentais. No segundo ponto apresentou-se a ideia de que as normas fundamentais do processo civil possuem caráter eminentemente normativo, a fim de orientar a interpretação e a aplicação do Código de Processo Civil. Consequentemente, contribuem para a tutela de direitos fundamentais. Por fim, no que toca ao terceiro ponto, teceu-se a ideia de que o processo também serve para oferecer segurança jurídica ao jurisdicionado, em virtude de sua dupla função. Vale dizer que, para além da tutela de casos individuais, o processo permite aos tribunais que desenvolvam a interpretação do Direito e definam, por meio de precedentes, o entendimento das Cortes a respeito de casos.

## Referências

---

49 MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

50 MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 53.

51 PUGLIESE, William Soares A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. **Revista iberoamericana de derecho procesal**, Barcelona, v. 2, p. 333-370, 2020.

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined; and, The Uses of the Study of Jurisprudence**. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.
- BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o novo código de processo civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 70, 2015, p. 42-50.
- CHUEIRI, Vera Karam de *et al.* **Fundamentos de direito constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2021.
- DEL CLARO, Roberto Benghi. **Direção material do processo**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HIMMA, Kenneth.Einar. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Eds.). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 125-165.
- KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. **Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição**: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política: Belo Horizonte: Initia Via, 2014. v. 2. p. 156-170.
- LARA, Juliane Guesmann; PUGLIESE, William Soares. A motivação das decisões como direito fundamental material. In: ALEXANDRE, André Demétrio *et al.* (Org.). **Interpretação da Constituição e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Arraes, 2019. v. 2. p. 144-159.
- MacCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito**: de Platão a Frederick Schauer. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A zona de penumbra entre o STJ e o STF**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- MARMOR, Andrei. Exclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (ed). **The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 104-124.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 7, jan./jun. 2006, p. 231-253.
- PUGLIESE, William Soares A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. **Revista iberoamericana de derecho procesal**, Barcelona, v. 2, p. 333-370, 2020.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. **Disponibilidade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ROSA, Viviane Lemes da; PUGLIESE, William Soares. Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 157-178, 2016.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 30, p. 146-158, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- VARGAS, Jorge de Oliveira. Normas fundamentais do processo civil. In: FAGUNDES CUNHA, José Sebastião (Coord.). **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 107-124.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2017.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mitte**. Torino: Einaudi, 1992.