

FLAVIA GONÇALVES DE QUEIROZ

O CONTRADITÓRIO E O AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DESISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE

RESUMO

Este trabalho tem como objeto o exame do instituto do Agravo de Instrumento antes da formação do vínculo processual, tendo como fundamento o princípio constitucional do contraditório – princípio norteador do procedimento para a existência de um processo efetivo.

As questões processuais, na perspectiva da oposição entre as partes, que manifestam entendimentos diversos sobre a aplicabilidade das normas jurídicas positivas, sobre dada matéria, sempre mereceram análise e exame versando as garantias constitucionais do "due process of law", dentre elas, a do contraditório.

O que se colocou em relevo, nesta dissertação, é a indagação sobre se a dinâmica do recurso de Agravo de Instrumento, na roupagem que lhe deu a Lei n.º 9.139/95, quando interposto antes da constituição do vínculo jurídico-processual, não afeta – em especial – o primado do contraditório.

Assim, numa primeira fase do desenvolvimento do trabalho, isto é, analisando *o agravo de instrumento*, focalizamos a evolução histórica de sua concepção, iniciando pelo direito romano, passando pelo direito luso-brasileiro – legislações isoladas, bem como Códigos de Processo Civil Brasileiros de 1939 e de 1973, com suas reformas.

Os atos legislativos de Portugal tornaram-se relevantes para o estudo do processo civil. Outros institutos do processo civil português, especialmente outras formas de impugnação das decisões judiciais, começaram a ter grande importância.

Não pudemos deixar de frisar que os primeiros traços do instituto do Agravo de Instrumento surgiram do Direito Romano, que teve influência sobre o Direito Português.

Em seguida, foi feito um estudo comparado dos principais sistemas processuais, o da Alemanha, França, Itália, Espanha, Argentina e México, procurando características próximas ao do recurso de agravo de instrumento brasileiro e, claro, fazendo as devidas correlações com o nosso sistema.

Após o exame das legislações estrangeiras, buscando o estudo de vias recursais para impugnar as decisões interlocutórias, concluímos que o agravo de instrumento é recurso estritamente luso-brasileiro.

Com exceção do direito romano, que possui a *supplicatio* que deu origem ao agravo ordinário, nenhum outro ordenamento jurídico adotou o agravo de instrumento como meio para impugnar as interlocutórias.

Muitos ordenamentos jurídicos utilizaram-se do recurso de apelação, além de várias outras espécies de recurso com esse fim, mas sem nenhuma similaridade com o nosso agravo de instrumento.

A única semelhança que conseguimos constatar entre outras legislações e a nossa, no que se refere ao agravo de instrumento, foi a existência de sucumbência, em razão da improcedência dos pedidos recursais. Nada mais.

O agravo de instrumento, nascido no Direito Português, solidificou-se em nosso ordenamento jurídico. Embora tenham o agravo de instrumento e o agravo no auto do processo, previstos no CPC/39, sido unificados sob uma só rubrica (arts. 522 e 529, do CPC/73), em realidade, não foi extinta a dicotomia entre os agravos quanto ao processamento e julgamento.

Assim, temos atualmente, na legislação brasileira, o agravo retido e o agravo de instrumento propriamente dito, esse objeto de nossos estudos. Cuidamos também do procedimento do agravo de instrumento, e, em seguida, adentramos especificamente no agravo de instrumento interposto antes da concretização do vínculo processual.

Foi necessário conhecer o *iter* processual do agravo de instrumento para possibilitar-nos, ao final, a confrontação do agravo supramencionado com o princípio constitucional do contraditório.

O Agravo de Instrumento, processado antes da citação do réu-Agravado nos autos da ação principal, e – por isso – julgado, "de meritis", independentemente de apresentação de oposição, na forma de contraminuta, faz com que o réu-Agravado reste carente de recursos, genericamente, para se manifestar em divergência com a decisão final do Agravo, em sendo esta, por óbvio, favorável ao Agravante.

Desenvolvida esta primeira fase do trabalho, foi feito um estudo do princípio constitucional do contraditório, não esquecendo que o advento da Constituição da República de 1988, que introduziu em nosso sistema jurídico paradigmas do Estado Democrático de Direito, forçou a uma nova visão doutrinária de processo.

Chegamos, então, ao cerne destes estudos, uma vez que, em sendo as procurações dos advogados das partes peça obrigatória para a interposição do Agravo de Instrumento, e não sendo o Agravado citado, não teria o Agravante como juntar tal documento ao instrumento. Pior, não teria o Agravado como contra-arrazoar o recurso em tela, em detrimento do contraditório fundamental em qualquer procedimento.

Não pudemos deixar de reconhecer o imenso valor que a *Teoria do Processo* como “procedimento em contraditório” representa no contexto da Ciência do Direito Processual e ainda na Teoria Geral do Direito.

Com base em FAZZALARI, mostramos que o fenômeno *processo* não se resume apenas ao campo do Direito Processual, o processo é instituto de presença obrigatória no Estado Democrático de Direito, nas funções Jurisdicional, Legislativa e Administrativa do Estado, além de reconhecê-lo, também, na ordem privada.

Demonstramos que parte da doutrina apresenta ser a teoria da relação jurídica - conhecida também como teoria instrumentalista, a mais idônea a descrever o fenômeno do processo e do procedimento, quando considera o processo como uma relação jurídica formada entre autor, juiz e réu, e, o procedimento, a forma exteriorização do *processo*.

Analisando com profundidade a obra de FAZZALARI e repensando o *processo* como instituto da Teoria Geral do Direito em um Estado Democrático, chegamos à conclusão de que não se pode aceitar como dogma incontestável o conceito da relação jurídica.

Vimos que a idéia do Estado Liberal encontra-se, atualmente, ultrapassa pelo ideal do Estado Democrático de Direito, marcadamente influenciado pelo pensamento discursivo em uma sociedade pluralista, como nos ensina HABERMAS.

Com fulcro nisso, mostramos que não se pode negar o avanço da *teoria do processo*, representado a partir de sua visão pelo *procedimento em contraditório*, especialmente se comparada à teoria da relação jurídica. No estágio atual do Direito Processual, o processo não pode ser entendido simplesmente como procedimento em contraditório.

Identificamos a necessidade de um novo avanço da ciência processual, o processo deve ser entendido como instituição constitucionalizada (teoria neo-institucionalista do processo).

Entretanto, detectamos ser imprescindível para se chegar à chamada teoria neo-institucionalista, que o estudo de *teoria do processo* passe por FAZZALARI, a fim de fiquem bem compreendidos os elementos concretizados e processualizados em nível

constitucional (*paradigmas*), que irão nortear a existência de uma democracia.

Em paralelo, fizemos um breve estudo das medidas liminares, uma vez que, cada vez mais, ganham importância os institutos utilizados para otimizar os resultados do procedimento, como as novéis tutelas antecipada e específica, além da liminar.

Doutrinadores de peso argumentam que qualquer espécie de restrição às medidas liminares afetaria, com efeito, o amplo acesso à justiça - princípio constitucional da ampla defesa.

Por evidente, confrontada a parte na distribuição da inicial, e antes da intimação do réu, com o indeferimento de pleito tutelar antecipado ou de pedido similar, valer-se-á, de pronto, do Agravo de Instrumento, objetivando ou conferir efetividade ao requerimento, antes afastado no juízo monocrático, ou suspender os efeitos daquela decisão.

Porém, como bem afirmado, a ampla defesa e o contraditório são garantias aplicáveis ao devido processo legal – *due process of law*. Pode-se dizer, até, que, dos princípios e garantias constitucionais aplicáveis ao processo, o contraditório e a ampla defesa são os mais caros.

Assim, mesmo que em prol do nobre princípio da ampla defesa, princípio de igual importância - como o é o contraditório – restaria agredido.

Este trabalho, portanto, teve como finalidade demonstrar que a ausência de contraditório no procedimento do Agravo de Instrumento nas circunstâncias mencionadas, leva à inexistência de processo, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Como visto, o contraditório, princípio instituidor do processo, tem na simétrica paridade dos postulantes sua essência. Não há vantagem ou submissão de uma parte a outra.

SUMMARY

The purpose of this work is to analyze the institute of the *Agravo de Instrumento* - appeal to a higher Court against judicial interlocutory decision - before the formation of the process link, based on the constitutional contradictory principle – the procedural leading principle for an effective process.

The procedural issues, from the view of the opposition between the parties who present different understanding about the applicability of the positive juridical rules, on given matters, have always deserved analysis and exam on the constitutional guarantees of the "due process of law", among which, the contradictory principle.

What was focused in this dissertation is the question about whether the dynamics of the appeal to a higher court against a judicial interlocutory decision - *Agravo de Instrumento*, - under the dressing given by the Law n. 9.139/95, when it is proposed before the constitution of the juridical-procedural link, doesn't affect – in special – the contradictory principle primacy.

Thus, in a first stage of this work development, that is, analyzing the *agravo de instrumento* – an appeal to a higher court against a judicial interlocutory decision, - we focus the historical evolution of its conception, starting by the Roman Law, going through the Lusitanian-Brazilian Law – separate legislation as well as the 1939 and 1973 Brazilian Civil Procedural Codes, with their amendments.

Portugal legislative acts became relevant for the civil procedure study. Other Portuguese civil procedural institutes, specially other ways for impugnation of judicial decisions, start to have great importance.

We cannot avoid emphasizing that the first traits of the institution *Agravo de Instrumento* appeared in the Roman Law, which has had influence on the Portuguese Law.

Then, a compared study of the main procedural systems was carried out – Germany, France, Italy, Spain, Argentina and Mexico, - searching for near characteristics to the Brazilian appeal to a higher court against judicial interlocutory decision - *agravo de instrumento* -and, of course, with the due correlation to our system.

After the examination of the alien legislation, aiming to the study of the appeal vias for impugnation of interlocutory decisions, we found out that the *agravo de instrumento* is a strictly Lusitanian-Brazilian appeal.

Except for the Roman law, where there is the *supplicatio* which originated the ordinary appeal, no other juridical order has adopted the *agravo de instrumento* as a way of impugnation of interlocutory decisions.

Many judicial systems have used the appeal, in addition to several other kinds of motions with this aim, but without any similarity with our *agravo de instrumento*.

The only similarity we managed to ascertain between the other legislations and ours, concerning the *agravo de instrumento*, was the existence of the fee paid to the party's attorney by the losing party - due to the lack of justification for the appeal claim. Nothing else.

The *agravo de instrumento*, born within the Portuguese Law, was solidified in our judicial system. Although the *agravo de instrumento* and the *agravo no auto do processo* (appeal within the lawsuit papers), provided in the Brazilian Civil Procedure Code/39, have been reunited under just one rubric (arts. 522 e 529, Brazilian Civil Procedure Code /73), actually, the dichotomy between these appeals concerning the procedure and judgment, has not been extinguished.

Therefore, in the Brazilian legislation, there is currently the *agravo retido* and the so called *agravo de instrumento*, the latter being the purpose of our studies. We dealt also with the *agravo de instrumento* procedure, and next, we entered specifically the *agravo de instrumento* filed before the procedural link is set between the parties.

It was necessary to know the procedural *iter* of the *agravo de instrumento* in order to enable, at the end, the confrontation of the above mentioned appeal with the constitutional principle of the contradictory.

The *Agravo de Instrumento*, filed before the defendant-appellee's summons for the main action lawsuit, and – due to this – judged "de meritis", independently of the opposition's presentation with a counter minute, deprives the defendant-appellee of the appeal resources, generically to declare disagreement to the final decision in the *Agravo*, being this one, obviously, favorable to the Appellant.

Once this first stage of our work has been developed, a study was carried out on the constitutional contradictory principle, not forgetting that the advent of the 1988 Constitution of the Republic, that has introduced in our judicial system the paradigms of the Democratic State of Law, forced a new doctrinaire view of the process.

We reach, then, the essence of this study, as the power of attorney of the parties' lawyers is a mandatory piece for the filing of the appeal *Agravo de Instrumento*, and as

the Appellee is not summoned, the Appellant would not be able to add such a document to the instrument. Even worse, the Appellee would not be able to answer the ongoing appeal, in detriment of the procedure's fundamental contradictory principle.

We cannot avoid acknowledging the immense value that the *Process Theory* as "procedure in contradictory" represents in the context of the Procedural Law Science and still in the General Theory of the Law.

Based in FAZZALARI, we show that the phenomenon *process* doesn't summarize just the field of the Procedural Law, the process is an institute with mandatory presence in the Democratic State of Law, in the Judicial, Legislative and Administrative functions, in addition to be also acknowledged in the private order.

We show that part of the doctrine presents the theory of the judicial relationship – also known as the instrumentalist theory, the most qualified to describe the process and the procedural phenomenon, when considers the process as a judicial relationship formed between the complainant, the judge and the defendant, and, the procedure, the *process*' exteriorization manner .

Analyzing in depth FAZZALARI's work and rethinking the *process* as an institute of the General Theory of the Law in a Democratic State, we reach the conclusion that we cannot accept the concept of the judicial relationship as incontestable dogma.

We saw that the idea of the Liberal State is currently surpassed by the ideal of the Democratic State of Law, remarkably influenced by the discursive thought in a pluralist society, as it is taught by HABERMAS.

With support on that, we show that we cannot deny the advance of the *theory of the process*, represented from its view by the *procedure in contradictory*, especially if compared to the judicial relationship theory. In the current stage of the Procedural Law, the process cannot be understood simply as a procedure in contradictory.

We identify the need for a new advance of the procedural science, the process should be understood as a constitutionalized institute (neo-institutionalist theory of the process).

However, we detect that, in order to reach the so called neo- institutionalist theory, it is indispensable that the study of the *theory of the process* goes through FAZZALARI, so as to well understand the elements concretized and proceeded at constitutional level (*paradigms*), which will guide the existence of a democracy.

In parallel, we carried a brief study of the *medidas liminares (motion in limine)*,

as more and more the institutes used for optimization of the procedure's results get more significance, with the novel anticipated and specific motions (*tutelas anticipadas e específica*), besides the *liminar*. (*motion in limine*)

Important authors suggest that any kind of restriction to the *medidas liminares* (*motion in limine*) would affect, actually, the ample access to justice - constitutional principle of the ample defense.

As it is obvious, as the party faces in the initial distribution, and before the defendant's summon, the disallowance of the plea for anticipate protection or similar plea, he or she will resort, immediately, to the *Agravo de Instrumento*, aiming either the effectiveness of the request previously denied by the first level single judge court, or to stop that decision effects.

However, as well suggested, the ample defense and the contradictory are guarantees applicable to the legal process – *due process of law*. It may even be said that, among the constitutional principles and guarantees applicable to the process, the contradictory and the ample defense are the most expensive ones.

Thus, even though on behalf of the noble principle of the ample defense, another principle of equal importance – as the contradictory is – would rest offended.

Therefore, the purpose of this work was to demonstrate that the absence of the contradictory in the procedure of the *Agravo de Instrumento* in the mentioned circumstances will lead to the inexistence of the process itself, under the paradigm of the Democratic State of Law.

As it was seen, the contradictory, institutor principle of the process, has got in the symmetric parity of the postulants its own essence. There is no advantage or submission of one of the parties to the other.