PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque

O Princípio Dispositivo como referencial de justeza na concretização do Devido Processo Legal

Manaus

2023

Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque

O Princípio Dispositivo como referencial de justeza na concretização do Devido Processo Legal

Tese apresentada como requisito para obtenção de título de Doutora em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Linha de Pesquisa: O processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Brandão.

Manaus

2023

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Albuquerque, Maria do Carmo Seffair Lins de
A345p O princípio dispositivo como referencial de justeza na concretização do devido processo legal / Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque. Manaus, 2023.
150 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Brandão
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Código de processo civil (2015). 2. Devido Processo Legal. 3. Ativismo judicial - Brasil. 4. Ônus da prova - Brasil. 5. Processo civil romano - Direito comparado. 6. Poder judiciário - Brasil. 7. Instrução (processo penal). 8. Prova (direito) - Brasil. 9. Direito fundamentais - Legislação - Brasil. I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito - CRB 6/2999

Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque

O Princípio Dispositivo como referencial de justeza na concretização do Devido Processo Legal

Tese apresentada como requisito para obtenção de título de Doutora em Direito da Pontifícia Universidade Católica de GMinas Gerais.

Linha de Pesquisa: O processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Brandão.

_____

Prof. Dr. Claudio Roberto Cintra Brandão PUC-MG

_____

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli - PUC-MG

_____

Prof. Dr. Guilherme Coelho Collen - PUC-MG

_____

Prof. Dra. Myriam Benarrós Clementoni – USP

_____

Prof. Dr. Rennan Thamay – FADISP SP

_____

Prof. Dr.Vitor Salino de Moura Eça - PUC – MG

_____

Prof. Dr.George Browne Rego - Fadic

Manaus, 25 de abril de 2023

Ao meu marido Wellington por todo incentivo, sempre.

Aos meus filhos Wellington Junior, Leandro e Maria Eugênia e aos meus netos Wellington Neto, Maria, Luiza, Pedro, Bernardo, Maria Isabel, João, Estêvão e Gabriel por me inspirarem a melhorar, sempre.

AGRADECIMENTOS

Não importa a religião, a gratidão sempre será a prece mais bonita que existe. Agradecer, portanto, é preciso. Primeiro, a Deus – se para Ele nada é impossível, sem Ele nada é possível. A minha trajetória na terra está sempre ligada aos seus desígnios e sua mão me guia.

Agradecer a minha família por todo o apoio, suporte e incentivo – Wellington, Wellington Junior, Leandro e Maria Eugênia que sempre me acham capaz de superar desafios como esse.

Aos mestres que tive o prazer de conhecer nessa jornada de aprendizado, repleta de desafios inimagináveis, especialmente ao professor Doutor Leonardo Poli, grande responsável pela concretização desse doutorado, e sem o qual não teríamos chegado aqui.

Agradecimento especial ao meu orientador professor Doutor Claudio Roberto Cintra Brandão pelo entusiasmo, apoio e por compartilhar todo o brilhantismo de seu conhecimento com preciosas sugestões e críticas.

Por fim, agradecer as professoras Myriam Benarros, romanista de escol por dividir comigo seu conhecimento e Roberta Kanzler por todo apoio.

Todos contribuíram na construção desse trabalho. Gratidão a todos!

RESUMO

A evolução humana sempre foi permeada por lutas e conquistas. Com o Direito não foi diferente. O homem, um ser gregário por excelência, precisou estabelecer para si, regras que permitissem uma vida em sociedade que fosse harmoniosa de forma que os conflitos não inviabilizassem as relações interpessoais. A escassez de bens, a disputa por um lugar ou mesmo a mera insatisfação oriunda de conflitos humanos fez surgir o direito como necessidade inapartável da atividade do homem.

Esse movimento histórico humano na busca do estabelecimento das instituições jurídicas e do respeito a elas, pode ser historicamente percorrido por meio do estudo dos ordenamentos jurídicos seculares que permearam a civilização ocidental.

Ao rememorar esse percurso histórico, nos deparamos com as normas que traçaram o caminho do Direito e sua aplicação ao caso concreto, bem como a princípios que permitiram a formação do Direito em abstrato.

Essa tese pretendeu abordar o caminho traçado pelos dois princípios aqui colocados em simetria – o princípio dispositivo e o princípio do devido processo legal, e como a sua aplicação foi desde o início sinônimo e referencial de segurança para os jurisdicionados.

Ambos, foram sempre colocados a serviço do homem com o objetivo de garantir a todos a proteção contra eventuais arbitrariedades cometidas por aqueles que se revestem do poder que o Estado avocou para si.

Ultrapassadas algumas etapas, no atual estágio civilizatório, o tema volta a fomentar discussões de forma bem vigorosa, revisitado agora sob a nomenclatura de ativismo judicial e garantismo processual.

Diante do objetivo maior, é preciso refletir sobre o que de fato o jurisdicionado precisa ao buscar a jurisdição para solução dos conflitos, assumindo que para além de posturas contraditórias é preciso assegurar-lhes os direitos fundamentais contidos no devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio Dispositivo – Devido Processo Legal – Direitos Fundamentais – Ativismo judicial – Garantismo processual – Processo Romano-Canônico

ABSTRACT

Human evolution has always been permeated by struggles and conquests. It has not been different with law. Human beings, gregarious by nature, needed to establish for himself rules that would allow a life in society that was harmonious so that conflicts would not make interpersonal relationships unfeasible. The scarcity of goods, the dispute for a place or even the mere dissatisfaction arising from human conflicts gave rise to the right as an inseparable need of human activity.

This human historical movement in the search for the establishment of legal institutions and respect for them, can be historically traversed through the study of the secular legal orders that permeated western civilization.

When recalling this historical path, we are faced with the norms that traced the path of Law and its application to the concrete case, as well as the principles that allowed the formation of Law in the abstract.

This thesis intended to address the path traced by the two principles placed here in symmetry - the operative principle and the principle of due process of law, and how their application was, from the beginning, synonymous and a reference of security for those under jurisdiction.

Both were always placed at the service of man with the objective of guaranteeing everyone protection against possible arbitrariness committed by those who are vested with the power that the State has claimed for itself.

After going through some stages, in the current civilizing stage, the theme is again encouraging discussions in a very vigorous way, now revisited under the nomenclature of judicial activism and procedural guarantees.

In view of the greater objective, it is necessary to reflect on what the jurisdiction actually needs when seeking jurisdiction to resolve conflicts, assuming that in addition to contradictory positions, it is necessary to guarantee them the fundamental rights contained in due process of law.

KEYWORDS: Dispositive Principle – Due Process of Law – Fundamental Rights – Judicial activism – Procedural guarantees – Roman-Canonical Process

RIASSUNTO

Lo sviluppo umano é sempre stato pervaso da lotte e conquiste. Nel Diritto non è stato diverso. L'uomo, un essere gregario per eccellenza, ha avuto bisogno di stabilire per se stesso, regole che permettessero una vita in società che fosse armonica, affinchè i conflitti non pregiudicassero le relazioni intepersonali. La scarsità di beni, la disputa per um posto o la semplice insoddisfazione per le consequenze dei conflitti umani hanno fatto sorgere il 'Diritto', una necessità inscindibile dalla attività dell'uomo.

Questo movimento storico umano per il rafforzamento delle istituzioni giuridiche e del rispetto di esse, può essere storicamente percorso attraverso lo studio degli ordinamenti secolari que hanno pervaso la civiltà occidentale.

Al rifarsi questo percorso storico, ci troviamo di fronte a norme que tracciano il cammino del Diritto e la sua applicazione al caso concretto, così come dinnanzi a principi che hanno permesso la formazione del Diritto in astratto.

Questa tesi ha cercato di delineare il cammino attraversato dai due principi qui trattati in simmetria – il principio dispositivo e il principio del giusto processo e come la sua applicazione sia stata sin dall'inizio sinonimo e punto di riferimento per la sicurezza dei soggetti sottoposti alla giurisdizione statale.

Ambedue, sono stati messi a servizio dell'uomo con l'obiettivo di garantire a tutti la protezione contra eventuali arbitrarietà da parte di quelli que gestiscono il potere dello Stato.

Superate alcune fasi, nell'attuale livello di civiltà, il tema ritorna ad essere oggetto di discussioni infervorate, rivisitato oggi nell'ambito dell'attivismo giudiziale e del garantismo processuale.

Dinnanzi allo scopo più rilevante, è necessario riflettere su quello che effettivamente il soggetto cerca al sottoporsi alla giurisdizione statale nel tentativo di risolvere i conflitti, ammettendosi che al di là delle posizioni contradittorie è necessario garantirgli i diritti fondamentali attinenti al giusto processo.

PAROLE-CHIAVE: Principio dispositivo – Giusto processo – Diritti fondamentali - Attivismo giudiziale - Garantismo processuale – Processo Romano-Canonico

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 11

2 **PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DEVIDO PROCESSO LEGAL – DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. ORIGEM E EVOLUÇÃO** 16

3 **O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HISTÓRIA E DESENVOLVIMENTO. DA MAGNA CARTA AOS NOSSOS DIAS** 27

3.1 A Magna Carta de João Sem-Terra 34

3.2 A Constituição dos Estados Unidos e o Bill of Rights 38

3.3 O devido processo legal no direito brasileiro 43

3.4 O princípio do devido processo legal como postulado constitucional fundamental do processo civil 47

3.5 Inserção no sistema constitucional brasileiro 53

3.6 Processo Constitucional e Devido Processo Legal 57

3.7 Devido processo legal na perspectiva ativista e garantista 62

4 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO 63

4.1 Origem e evolução no desenvolvimento ocidental do direito processual 63

4.2 Formação do Processo Canônico e seus reflexos no Processo de Conhecimento 73

4.3 O processo romano-canônico ou processo inquisitório. As contribuições do sistema germânico 76

4.4 A contribuição da doutrina italiana nos estudos de Chiovenda, Tito Carnacini, Liebman e Cappelletti 79

4.5 Franz Klein e o Código Austríaco 85

4.6 Poderes e deveres do juiz no devido processo legal 86

5 **O PRINCÍPIO DISPOSITIVO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL** 89

6 **AS ORIENTAÇÕES PUBLICISTAS (ATIVISTAS) E GARANTISTAS DO PROCESSO E SUA REPERCUSSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**.....95

6.1 Afinal, o que é ativismo judicial?.....101

6.2 A judicialização da política como campo para a prática do ativismo judicial 114

7 **CONCLUSÃO** 128

BIBLIOGRAFIA 131

1 INTRODUÇÃO

Em toda a permeabilidade da história humana, fizeram-se presentes instituições que foram capazes de garantir a sobrevivência cultural, sobretudo, da própria noção jurídica de uma determinada sociedade, entendendo-se aqui, em si, como os alicerces da própria fundação da sociedade ocidental, *isto é*, da ética judaico cristã, direito romano e filosofia grega.

Esse tripé mantém a sociedade ocidental de pé, estruturando toda a permeabilidade do seu sistema, desde o nível mais íntimo individual, até as instituições sociais que visam a inclusão social, sobretudo, do progresso e prosperidade de determinada nação.

Nesse sentido, é possível buscar, dentro do movimento histórico humano, alguns institutos, especialmente jurídicos, que fizeram com que a sociedade saísse de uma estrutura feudal, eminentemente cortesã, para uma sociedade moderna, com as revoluções iluministas, modificando, inclusive, a própria noção de Estado e, inclusive, do próprio Direito.

Nesse sentido, podemos destacar dois princípios que serão objeto da presente tese de doutorado, sendo eles trabalhados desde a sua gênese até os dias atuais, sendo os mais importantes princípios do próprio direito processual civil: o princípio dispositivo e o princípio do devido processo legal.

Nesse diapasão, rememorar a histórica trajetória de ambos os princípios no âmago da transformação vivenciada pelo direito processual até o atual estágio do que hoje se conhece por processo constitucional, bem como analisar as influências das correntes doutrinárias na ruptura com o rígido regime publicista e a retomada do privatismo processual adotada pelo Novo Código de Processo Civil.

Sabe-se que, desde os primórdios, o ser humano foi refém de necessidades nem sempre passíveis de autossatisfação. Desse modo, sempre que esbarrou na resistência de outro homem, quer fosse pela escassez do bem em disputa, quer pela mera oposição de outro, instaura-se, pré-revolução gloriosa, na Inglaterra, uma *situação de guerra contra todos*, isto é, *do exercício da autotutela* sem qualquer controle por uma entidade estatal (*leviathan*).

Ao explicar o tema, leciona Myllar que:

> (...) nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da

> vontade dos particulares: por isso não só não inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (...) Esse regime chamado de autotutela ou autodefesa não garantia a justiça mas a vitória do mais forte sobre o mais fraco com a imposição da decisão por uma das partes à outra.

Desde a concepção do surgimento dos chamados contratualistas, a sociedade começa a sua transição de um sistema da premiação e recompensas que geravam o *sumo mal* (morte violenta) para uma sociedade que participa de uma premissa resolutiva amigável, imparcial, por meio de árbitros, onde pessoas, via de regra, poderiam gerar confiança entre as partes, sejam eles pela figura de sacerdotes, anciãos ou outras pessoas que não se permitiram ser interessadas na resolução da causa, retomando-se uma tradição *perdida*, até então, do Direito Romano: A figura de um juiz.

A partir dessa concepção, foi-se possível verificar que, desde então, a evolução societária pautava-se, especialmente na construção do Estado Moderno, de uma entidade que deveria ser imparcial, tratando todos os homens como iguais, estabelecendo então, definitivamente, a transição para a idade moderna.

A história nos mostra que, no direito romano arcaico, o Estado já participava, na medida da autoridade conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. O ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a pública completa-se com o período que ficou conhecido como da *cognitio extra ordinem* e o Estado, agora já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares obrigando-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses.

Essa evolução não se deu linearmente e longo foi o percurso até que se chegasse ao entendimento de que ao Estado seria dado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas por meio da atividade a que se daria o nome de jurisdição.

Com a evolução natural da noção de direitos e o estabelecimento de que métodos individuais de solução de conflitos não mais seriam tolerados, conferiu-se ao Estado o poder-dever de buscar a pacificação desses conflitos por meio de um instrumento democrático capaz de regular o exercício da função jurisdicional que viria a ser conhecido como processo.

Um longo caminho foi percorrido até que a humanidade pudesse chegar ao atual estágio. Por séculos, a humanidade conheceu várias faces do processo, da evolução da função jurisdicional e, nesse longo caminho, a função jurisdicional oscilou entre um caráter publicista

inflexível exercido por um magistrado dotado de poderes capazes de movimentar o feito e determinar o cumprimento de leis, exercendo o protagonismo inequívoco da relação processual.

Em outras ocasiões, o protagonismo foi delegado às partes que buscavam no Estado-juiz a resolução de seus conflitos em um movimento que ficou conhecido como privatismo.

Nesse percurso é possível aferir a transformação por que passou o direito processual e, especialmente, como os influxos das mudanças sociais e políticas, em determinados espaços de tempo e espaço, influenciam decisivamente a interpretação que se dá, especialmente, à legislação processual e aos princípios que norteiam e, portanto, regem o processo.

A História como ciência, não considerada relato cronológico de fatos ocorridos, coloca-se dessa maneira como lente de compreensão das relações que transformam a humanidade.[1] Só pela análise desses fatos podemos compreender um dado fenômeno de maneira mais totalizante, na medida em que assumimos a história não mais como uma relação simples e imediata de causalidade mas sim, como um processo de construção do conhecimento em uma perspectiva não linear e os fatos sociais dispostos em ordem cronológica.

A tese proposta para esse estudo, circunscreve-se nessa direção, percorrendo o caminho do princípio dispositivo e do devido processo legal na história, a partir de um método indutivo-empírico, afirmando a existência da importância do estudo da história do Direito.

Nesse sentido, Cláudio Brandão:

> "A interpretação histórica da norma jurídica é um poderoso instrumental para o aplicador do direito, visto que as circunstâncias concretas que possibilitaram a construção dos institutos jurídicos têm o condão de extrair suas finalidades."

Dessa forma, esse saber histórico fortalece a formação daqueles que circulam no campo jurídico, pois dele resulta um saber formativo que amplia o olhar para além do estrito domínio das disciplinas dogmáticas, postura que cria certezas sem estimular o senso crítico, sem o qual não se faz ciência.

Observa-se que esse esforço de investigação não se localiza como um clássico estudo histórico, posto que não trataremos de fontes primárias, mas sim, um esforço na direção de compreender pela via da história uma questão inquietante, cuja problemática se apresenta na intenção de por meio de tese, demonstrar toda a influência do sistema jurídico romano-

[1] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano.** São Paulo: RT, 1996. p. 21-23.

germânico-canônico na construção do modelo dispositivo adotado por nosso ordenamento processual civil e que mais tarde, viria a ser fortemente influenciado[2] pelos efeitos do devido processo legal.

Para o desenvolvimento da pesquisa da presente tese de doutorado, utilizou-se de bibliografia doutrinária, jurisprudencial, fontes formais e informais de Direito, sob o método indutivo, delineando, inclusive, a construção histórica de tais institutos, posto que nenhum conhecimento humano é dado no vácuo, mas na história de suas ações.

O operador do direito sabe que a mera criação de normas sem a imposição de obrigatoriedade, de per si não basta para que o jurisdicionado encontre nela o seu porto seguro contra eventuais arbitrariedades, razão pela qual o processo é de fato imprescindível como instituição de modelação procedimental, destinada a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, que pouco importando as posturas ideológicas, se apresentam como postulados universais aptos ao enfrentamento das autocracias explícitas ou simuladas por modalidades engenhosas que tanto perturbaram a caminhada humana em sua busca de dignidade.[3]

Um sistema que se concentra na figura do juiz, e não das partes, verdadeiras interessadas no bem da vida em disputa, não tem razão de ser nos dias de hoje. Além de menos democrático, menos célere e mais oneroso para o Estado, dá menos relevância às garantias processuais e permite que o magistrado tenha mais liberdade e poder de inovar do que o desejável.

Isso sem sombra de dúvida influencia decisivamente no processo de corrosão do devido processo legal provocado pelo ativismo judicial uma vez que este princípio visa desde sua origem, proteger o jurisdicionado contra o arbítrio do Estado.

Urge, portanto, identificar quais são os elementos que corroem o devido processo legal no sistema processual brasileiro bem como mensurar a sua real efetividade. A resposta a essas indagações nos permitirão identificar quais foram os elementos políticos e ideológicos que levaram ao abrandamento do princípio dispositivo.

Ademais, ainda que pareça estarmos repetindo obviedades, se as partes buscam no Estado-juiz o julgamento de suas lides pautado no devido processo legal, deve ter a segurança

---

[2] Um processo seguindo regras previamente conhecidas.
[3] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 9.

de um processo cujo caminho será percorrido sem surpresas no percurso, sem limitações impostas por divergências semânticas.

Deve-se admitir, inclusive, pensar o princípio dispositivo[4] como referencial de concretude do devido processo legal em perfeita sintonia com as ideias da atualidade. Com efeito, o processo, nos dias de hoje, pode ser mais compacto e célere, desde que se livre de atos que nenhuma serventia tem no caminho para um melhor julgamento.

Urge, portanto, identificar quais são os elementos que corroem o devido processo legal no sistema processual brasileiro bem como mensurar a sua real efetividade. A resposta a essas indagações nos permitirão identificar quais foram os elementos políticos e ideológicos que levaram ao abrandamento do princípio dispositivo.

Nesse ponto, será necessário a investigação não só da evolução história dos princípios discorridos até então, mas, também, a sua relação com a efetiva prestação jurisdicional, perpassando pelas ideias de ativismo judicial, o garantismo jurídico, delineando como o processo *pode ser mais justo*, em especial, *a noção do dispositivo* em relação ao comando decisório, de maneira geral.

Portanto, serão trabalhados, no capítulo 2, a fundação do Princípio dispositivo e o Devido processo legal; no capítulo 3 a história do devido processo legal; no capítulo 4 a história do princípio dispositivo; no capítulo 5 como o princípio dispositivo efetiva o devido processo legal; no capítulo 6 será discutida a questão do ativismo (publicismo) e do garantismo quanto aos princípios apresentados, delineando os conceitos de ativismo judicial e ao garantismo judicial, apresentando-se, após, uma conclusão da releitura de tais princípios sobre o critério de justeza na concretização do devido processo legal.

É o que se pretende demonstrar com esta tese de doutorado.

[4] A conceituação do Princípio dispositivo comporta várias nuances, tanto semânticas quanto processuais e até mesmo político- ideológicas. De um modo geral, pode-se dizer que quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e à instrução do processo, estamos diante do princípio dispositivo. No decorrer desse trabalho o tema será abordado com mais detalhes.

2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E DEVIDO PROCESSO LEGAL – DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. ORIGEM E EVOLUÇÃO

Conforme advertimos na introdução, o presente trabalho consiste em uma investigação acerca da evolução histórica do processo civil, seus institutos e, mais especificamente, do princípio dispositivo e do devido processo legal – suas origens e formação como pilar de estruturação do modelo adversarial adotado por nosso ordenamento. Sabe-se que há diversos modelos de processo e todos eles podem ser considerados em conformidade com o princípio do devido processo legal.

De fato, tudo vai depender do que se entende por devido processo legal que, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do tempo e do espaço em que seja aplicado.[5]

Relativamente ao processo, é imprescindível o estudo histórico do caminho percorrido pela civilização na busca de uma sociedade mais justa e igualitária, para que possamos compreender melhor o momento em que nos encontramos e traçar, se assim for necessário, novos caminhos. Imprescindível, portanto, o estudo das raízes históricas do princípio dispositivo fincadas no Direito Romano-canônico, bem como do devido processo legal cujas origens remontam à Magna Carta de 1215.

Sem estudar o passado não é possível construir o futuro, posto que, conforme assevera Claudio de Cicco, define-se História como a ciência da reconstrução do passado cultural da humanidade para melhor compreender o presente e estabelecer relação de causa e efeito entre fatos responsáveis pelas transformações da cultura humana.[6]

A exemplo do que ocorre com o princípio dispositivo, também há um inegável acúmulo histórico a respeito da compreensão do devido processo legal.[7] No direito processual brasileiro vários são os seus efeitos históricos – v.g., o contraditório e a ampla defesa, proibição de provas ilícitas, a paridade de armas, entre outros, sendo por isso, considerado um dos princípios fundamentais do processo.

---

[5] DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de Direito Processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Ativismo judicial e garantismo. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 207.
[6] DE CICCO, Claudio. **História do Direito e do pensamento jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 19.
[7] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm. 2013.

Releve-se, por oportuno, que não se pretende substituir um estudo clássico de história, tampouco se trata da construção de um discurso teológico acerca do processo civil, mas sim, um esforço no sentido de viabilizar as possíveis influências e confluências na estruturação do modelo dispositivo como referencial de justeza na concretização do devido processo legal.

Sabe-se que vários são os modelos de direito processual, e todos, sem exceção, devem estar em conformidade com o princípio do devido processo legal. A doutrina processualista elenca dois modelos de estruturação do processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial e conforme assevera Fredie Didier Jr. não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, a dicotomia continua sendo bastante utilizada e serve como apresentação, ao menos para fins didáticos do tema[8].

Esses dois modelos de organização nada mais são do que os modelos de processo que permearam a civilização ocidental influenciada pelo iluminismo: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo. Desse modo, fala-se que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo e no modelo inquisitorial, o princípio inquisitivo.

Essa dicotomia princípio dispositivo-princípio inquisitivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz e, desse modo, a vontade das partes está adstrita a essa dinâmica que tem sido utilizada de forma variada no curso da história do processo e sempre ligada ao contexto em que se insere, já que a doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários e, o modelo inquisitivo a regimes autoritários.

Daí a importância de se lançar um olhar ao passado para identificarmos os contextos que levam a essa gangorra, já que o devido processo legal, desde sua origem, busca proteger o jurisdicionado dessas manobras casuísticas.

Tal qual nos aponta Claudio Brandão na obra Lições da História do Direito Canônico e História do Direito em Perspectiva (2017), podemos traduzir nosso objetivo na busca de demonstrar por meio de estudo bibliográfico, a influência do Direito Romano-Canônico na evolução do direito processual civil, já que é impossível negar, conforme o autor supracitado, a importância desse estudo histórico na construção do Direito Ocidental, sem cuja sistematização não teria sido possível a sua irradiação.

---

[8] DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de Direito Processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Ativismo judicial e garantismo. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 208.

Imprescindível, portanto, que se retorne ao passado para revisitar os pilares sobre os quais se assentaram todo o arcabouço do Princípio Dispositivo partindo de uma análise da sua gênese no Processo Romano-Canônico e sua trajetória na estruturação do processo civil brasileiro e notadamente, na sua concretização como referencial de justeza[9] do devido processo legal.

O princípio dispositivo é a pedra fundamental para a perfeita compreensão do direito processual e, sem sombra de dúvidas o princípio que mais sofreu forte influência dos influxos ideológicos ao longo dos séculos até atingir o estágio cultural contemporâneo. Imprescindível, portanto, compreendê-lo de forma vertical, para a partir desse ponto debater a sua amplitude e seu espaço de proteção ao indivíduo ante a uma ampliação da participação do juiz como condutor do litígio[10].

Ora, por justeza entende-se que acima de qualquer situação as relações entre Legislativo, Executivo e Judiciário deverão ser pautadas pela irrestrita fidelidade e adequação à Constituição. Assim, toda ordem constitucional[11] que venha a viger em um tempo qualquer na História[12] e que tenha sido fruto de ampla discussão pela sociedade é baseada em princípios que erigidos em normas constitucionais modelam um dado tipo de Estado, uma sociedade mais ou menos aberta à participação do povo na definição do seu próprio destino.[13]

Por tais razões é que segundo Luiz Wambier, um dos princípios que encontrou eco nas constituições liberais-democráticas de todo o mundo, foi justamente o princípio do devido processo legal, posto que esse, refere-se ao direito atribuído ao cidadão do Estado, de buscar abrigo para as questões relativas aos conflitos de interesses em que esteja envolvido, por meio

---

[9] O termo justeza comporta acepções diversas, mas todas ligadas a uma característica precisa: a qualidade do que é justo, conforme à justiça ou à razão, merecido, legítimo, adequado, exato, tal como deve ser. Juridicamente e para o objetivo de nosso estudo o termo justeza é compreendido no sentido de que a interpretação das normas constitucionais como deve ser, respeitem, com exatidão, a estrutura que a própria Constituição estabeleceu no que tange à sua organização funcional e desta forma conformando-se à esta, ajustando-se de forma precisa (justeza), mantenha intacta a sua finalidade.

[10] BOTELHO, Guilherme. **Formação e evolução do princípio dispositivo na cultura ocidental de processo**. Disponível em: revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1977. Visita em: 30 jun. 2022.

[11] Conforme adverte Bernardo Gonçalves Fernandes: conceitos, definições, classificações não surgem do nada e o cientista do direito não é um ser neutro e indiferente ao seu contexto e a seu tempo e, portanto, o olhar do homem é sempre socialmente condicionado, pois nunca se tem acesso direto a um objeto – aí incluídas as normas jurídicas, que é sempre mediatizado por nossas vivências e tradições.

[12] O século passado (século XX) nos ensinou que as verdades produzidas na ciência só são realmente científicas se passíveis de refutação e, que, portanto, são datadas, históricas e contingenciais. Conforme adverte Ferdinan Lassale, "em todos os lugares do mundo e em todas as épocas sempre existiu e sempre existirá isso que chamamos de Constituição."

[13] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 121.

do Poder Judiciário, utilizando-se para tanto, de mecanismos jurídicos previamente definidos na lei.[14]

Salvo raras exceções, as Constituições do século XX, reconhecem a necessidade de proclamação programática dos princípios do direito processual no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias que lhe são necessárias.[15]

A nossa Constituição não define o que é Devido Processo Legal. Cabe, portanto, à doutrina conceituar a mencionada garantia constitucional, fato esse que não constitui uma novidade, já que ao longo do tempo ocorreram diversas mutações interpretativas em torno dessa cláusula.[16]

De fato, no direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente passou a integrar o texto constitucional, de modo expresso, na Constituição de 1946.[17] No texto desta, havia a previsão de que nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderia deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Da interpretação desse artigo chega-se à conclusão de que diante do princípio da justicialidade tem-se o devido processo legal, posto que, conforme Wambier seria inimaginável que se garantisse ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que isso se fizesse mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.[18]

Nas Constituições posteriores, de 1967[19] e a de 1969[20], a exemplo da Constituição de 1946 onde embora não houvesse menção expressa ao princípio do devido processo legal, pode-

---

[14] *Ibidem*, p. 1.

[15] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 120.

[16] Há um inegável acúmulo histórico a respeito da compreensão do devido processo. No Direito brasileiro, podemos elencar seus efeitos históricos: contraditório e ampla defesa, tratamento paritário às partes do processo, proibição das provas ilícitas, publicidade do processo, garantia do juiz natural entre outros.

[17] Art. 141 "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

[18] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. São Paulo, 2011. p. 121.

[19] Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[20] Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)

se considerar pelos dispositivos que cada uma delas, com as suas garantias examinada à luz do sistema de governo admitido que esse princípio estava adotado e garantido.

No que toca ao princípio dispositivo[21], historicamente é possível verificar que esse princípio gozou de domínio ininterrupto até meados do século XX e, nessa fase, como ainda não se tinha essa visão publicista do processo[22], atribuíam-se às partes não só poderes para dar início à demanda, como também total responsabilidade no que dizia respeito à instrução probatória, limitando-se os poderes do juiz à direção formal do processo.[23]

Por isso, busca a tese estabelecer um relato cronológico que demonstre as relevantes transformações havidas na sociedade desde o período pré-clássico do Direito Romano e, posteriormente, no Direito Canônico para entender as transformações que influenciaram o princípio dispositivo e seus desdobramentos até o surgimento do garantismo processual cujo objetivo é a proteção do cidadão contra os abusos do Estado, representado pelo aumento dos poderes do juiz e, que nada mais é do que a concretização das garantias do devido processo legal.

Para isso, é preciso um olhar panorâmico na doutrina alemã no século XIX, pelos ensaios de Carnacini, Liebman e os avanços de Cappelletti, no que tange ao princípio do Devido Processo Legal. Sabe-se que esse princípio possui um conceito aberto, sendo que sua definição

---

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

[21] Tendo em vista o fato de que a regra consistente que veda o início do processo por iniciativa do magistrado está consubstanciada no princípio constitucional da inércia processual ou de jurisdição vale de regra para o Processo Civil, quanto para os Processos Penal, do Trabalho e Administrativo, dando à parte e ao interessado (que pode ser o Ministério Público) o poder exclusivo de iniciar a lide, através da busca da tutela jurisdicional.

[22] "Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso não só não inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (...) Esse regime chamado de autotutela ou autodefesa não garantia a justiça mas a vitória do mais forte sobre o mais fraco com a imposição da decisão por uma das partes à outra. Quando os indivíduos foram pouco a pouco se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, uma solução amigável e imparcial por meio de árbitros que eram via de regra, pessoas de confiança mútua das partes, geralmente, sacerdotes ou anciãos que conheciam os costumes dos grupos sociais integrados pelos interessados. Historicamente o juiz, portanto, surge antes do legislador; mais tarde o Estado foi se afirmando e consegui se impor aos particulares, nascendo gradativamente, a sua tendência de absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. A história nos mostra que, no direito romano arcaico, o Estado já participava, na medida da autoridade conseguida perante os indivíduos, dessas atividades destinadas a indicar qual o preceito a preponderar no caso concreto de um conflito de interesses. O ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a pública completa-se com o período que ficou conhecido como da *cognitio extra ordinem* e o Estado, agora já suficientemente fortalecido, impõem-se sobre os particulares impondo-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. Essa evolução não se deu linearmente e longo foi o percurso até que se chegasse ao entendimento de que ao Estado seria dado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas por meio da atividade a que se daria o nome de jurisdição.

[23] MILLAR, Robert Wyness. **Los princípios formativos del procedimento civil**. Tradução por Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 69.

é variável de acordo com o paradigma jurídico e, por conseguinte, com o conceito de processo adotado.

Indispensável, portanto, fazer uma reconstrução teórica da garantia em questão, a partir dos Estados Liberal e Social até se chegar ao Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição de 1988 quando finalmente, o devido processo legal foi inserido no texto constitucional de forma expressa no artigo 5º inciso LIV, que enfaticamente dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Desse modo, pela análise histórica poderemos compreender como a harmonização do princípio dispositivo pode ser o referencial de concretude do devido processo legal de maneira mais totalizante, na medida em que assumimos esse percurso não mais como uma relação simples e imediata de causalidade, mas sim, como um processo de construção do conhecimento em uma perspectiva não linear de os fatos sociais estudados cronologicamente.

Pois bem, segundo Adolfo Alvarado Velloso, o processo nada mais é que um método pacífico de debate dialogal e argumentativo que resulta da existência de um conflito intersubjetivo de interesse no plano da realidade da vida, conflito este que deve ser solucionado com a maior brevidade possível para manter a coesão do grupo social num lugar e tempo determinados[24].

Dessa forma, tendo sido concebido para manter um estado perpétuo de paz social e evitar que as partes façam justiça pelas próprias mãos, deve esse instrumento[25] submeter-se aos ditames da lei com o objetivo de se obter uma sentença exarada por um juiz imparcial, impartial e independente, assegurando assim a permanente bilateralidade do processo.[26]

Nesse contexto, é da maior importância identificar quais os princípios processuais estabelecidos pelo legislador que garantirão de fato que a tão almejada efetividade[27] do processo

---

[24] VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**: ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 14.

[25] Segundo Eduardo José da Costa, o processo – porque elo dialogal – habita a zona friccional entre a sociedade e o Estado, entre os jurisdicionados e a jurisdição, entre as partes e o juiz. Não seria assim de se estranhar que o processo seja uma instituição estabelecida pela CF-88 que traça as suas linhas mestras estruturais, razão pela qual não se pode conceber uma processualística que anteceda de uma constitucionalística do processo.

[26] Ibidem, p. 15. "Bilateralidade significa audiência recíproca (contraditório). De tal modo, e graças a ela, tudo o que diz ou faz uma das partes deve ser comunicado a outra para que diga e faça o que pretenda a respeito. E vice-versa."

[27] A doutrina não tem um conceito preciso de efetividade, nesse contexto, efetividade significa a busca do equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, proporcionando às partes o resultado mais próximo do desejado pelo direito material, ou seja, o processo visto como instrumento cuja utilidade é medida em função dos benefícios

possa resultar em um meio pacífico de debate dialético entre dois antagonistas em pé de igualdade ante um terceiro que heterocomporá[28] o litígio.

No campo do processo civil, não deveriam pairar dúvidas sobre essas questões, já que ordinariamente cuidam-se aqui de litígios que, geralmente, versam sobre interesses privados disponíveis. Na prática, contudo, não é o que se constata e, muitas vezes, o que se observa é uma excessiva atuação do juiz em detrimento da atuação das partes.

Isso somente ocorre porque vários juristas que se filiam a uma corrente publicista defende um maior protagonismo do juiz e alegam que essa atribuição de poderes tem um fundamento técnico[29] cujo objetivo seria a persecução da verdade dos fatos, o que permitiria chegar o mais próximo possível da certeza e, desse modo, independentemente da atuação das partes, dar por cumprida a missão de pacificar com Justiça[30].

O Brasil tem mais de 100.000 processos em estoque esperando para serem julgados. Isso traduz a judicialização excessiva do nosso judiciário. Esse excesso gera sem dúvida o desejo por parte dos juízes de acelerar os processos fazendo uso do que se convencionou chamar ativismo judicial. O resultado nem sempre se mostra capaz de justificar essa atividade já que o jurisdicionado geralmente recorre das decisões[31].

Conforme muito bem assevera Maria Elizabeth Castro Lopes "a prestação jurisdicional é morosa porque não temos uma estrutura adequada e nosso processo cada vez mais se

---

que possa trazer ao titular de interesse protegido pelo ordenamento jurídico material (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 12-15).

[28] Heterocomposição é o procedimento mediante o qual as partes contam com a presença de um terceiro (juiz ou árbitro) para decidir a lide. Esse terceiro imparcial não auxilia e não representa os conflitantes. A arbitragem e a jurisdição podem ser apontadas como os principais procedimentos heterocompositivos.

[29] Em sentido contrário, juristas como Franco Cipriani e Girolamo Monteleone (Itália) Montero Aroca (Espanha) e Alvarado Velloso (Argentina) defendem que não existem fundamentos técnicos que amparem essa alegação, mas sim que seriam fundamentos políticos, haja vista, ter sido essa concepção publicista gestada sob a influência das ideologias fascitas e totalitárias.

[30] PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o Estado e desafogo do Judiciário. 2012. 140 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 10.

[31] O legislador constantemente busca a efetividade do processo, com a diminuição de formalidades, flexibilização dos procedimentos, aumento dos poderes dos juízes, o que, em alguns casos, dificulta o acesso ao Judiciário e, noutros, amplia-o. Com o objetivo de evitar processos repetitivos, a legislação processual, nos últimos anos, instituiu procedimentos judiciais inspirados no *legal precedent* da teoria do *stare decisis*, as Súmulas Vinculantes, e no Musterverfahren alemão, o recurso com efeito repetitivo e o recurso com efeito geral.

Porém, como se vê, não se reverte o quadro crescente de conflitos judiciais. Lamentavelmente, é atual o conteúdo dos debates travados no Congresso Nacional há 10 anos, quando da reforma do Judiciário que resultou na EC 45. O mesmo se diz sobre as recentes alterações da legislação processual.

complica. Diante disso, não parece que conferir aos juízes mais poderes irá resolver o problema."[32]

Segundo a autora, e com ela concordamos, prestação jurisdicional é morosa porque não temos uma estrutura adequada e nosso processo cada vez mais se complica. Conferir aos juízes mais poderes não resolveu e nem irá resolver o problema.

Ademais, ao transformar o magistrado em investigador ou pesquisador de provas, desconsidera-se a realidade forense, onde os juízes sobrecarregados mal conseguem despachar os processos.

Além disso, conforme Juan Montero Aroca adverte, a postura ativa do juiz no sentido de buscar provas ou determinar atos não requeridos pelas partes compromete o equilíbrio, a equidistância e a serenidade, qualidades imprescindíveis na arte de julgar, retirando a autonomia das partes e transformando o juiz em advogado.

Ao transformar o magistrado em "dono do processo", ignora-se que o processo não tem dono, uma vez que ele é um instrumento público, que tem como finalidade a atuação da jurisdição[33].

De fato, a exemplo da autora não se pode concordar com tal ativismo do magistrado, desconsiderando a realidade forense, onde os juízes que estão sobrecarregados e mal conseguem despachar os inúmeros processos possam atuar de forma justa e equitativa. Ao transformar o magistrado em *dono do processo*, ignora-se que o processo não tem dono, uma vez que ele é um instrumento público, que tem como finalidade a atuação da jurisdição.

Releve-se que no que tange a esse aumento de poderes instrutórios filiamo-nos à corrente de que a iniciativa probatória do juiz não o converte em julgador autoritário ou fascista. Apenas defendemos que um protagonismo maior das partes seria o cumprimento das garantias

---

[32] **Enciclopédia Jurídica da PUCSP.** tomo III (recurso eletrônico): processo civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coords.). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Recurso eletrônico World Wide Web Bibliografia. O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUC-SP propõe a elaboração de dez tomos. 1. Direito - Enciclopédia. I. CAMPILONGO, Celso Fernandes. II. GONZAGA, Alvaro. III. FREIRE, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[33] LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio dispositivo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/459/edicao-2/principio-dispositivo

asseguradas pelo devido processo legal, o que traria mais segurança jurídica[34], previsibilidade e confiança no sistema processual.

Evidentemente, distancia-se da visão privatista do processo, predominante no século XIX, na qual, segundo a concepção liberal, o processo objetivava garantir de todo modo os direitos subjetivos dos indivíduos, sem preocupação com o interesse público e, no qual o magistrado se encontrava limitado a agir de acordo com o impulso das partes.[35]

Por outro lado, também não se assemelha às ideias que dominaram a doutrina o século XX, marcadas pela publicização do Processo Civil, centralizando e destacando a figura do juiz, aumentando ilimitada e autoritariamente seus poderes para, assim, supostamente, promover o acesso e garantir a qualidade da justiça.[36]

Defende-se, pois, a participação dos jurisdicionados nos procedimentos decisórios, sob a perspectiva de um processo mais democratizado, pautado nas garantias constitucionais e pelo primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais, no qual os cidadãos objetivam obter a tutela jurisdicional de seus direitos subjetivos, a partir de um processo devido, respeitada a autonomia privada e o princípio do dispositivo.

Acrescente-se ainda que as partes já têm de enfrentar o fato de que a jurisprudência no Brasil é extremamente instável e perversamente desuniforme.

O devido processo legal, princípio constitucional insculpido no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal está relacionado estritamente como garantia constitucional conferida ao cidadão brasileiro, de forma a permitir que a relação processual propriamente dita tenha o seu desenvolvimento realizado nos estritos limites e parâmetros fixados no ordenamento jurídico[37].

Com o ativismo processual objetiva-se reprimir, quando não eliminar, a liberdade dos cidadãos, porquanto se restringe a autonomia e limita-se o exercício de direitos subjetivos

---

[34] Quando se fala em ordem social, fala-se implicitamente em justiça e segurança. Sem segurança, a ordem não existe ou é imperfeita, o que inquina a possibilidade de realização total dos fins da sociedade e das pessoas que a compõem. ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito, p. 200.

[35] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, 164/2008, São Paulo, 2008. p. 1221-1254.

[36] *Ibidem*.

[37] VALCANOVER, Fabiano Haselof. **Segurança Jurídica e Recursos Repetitivos**: apreciação crítica à luz dos princípios do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa e da duração razoável do processo. São Paulo: Editora Dialética. *Ebook*. p. 27.

substanciais e processuais. Com a sujeição das partes aos poderes do juiz, vive-se sob um totalitarismo processual angustiante e penoso, responsável pela descrença no Judiciário. Por conseguinte, não está o processo em consonância com as garantias constitucionais da isonomia, ampla defesa, devido processo legal e imparcialidade do julgador[38].

Além disso, o excessivo ativismo judicial viola de forma contundente um dos principais e mais antigos direitos fundamentais assegurados: a liberdade - prevista no caput do artigo 5º da Constituição Federal - da qual decorre o direito ao autorregramento, entendido enquanto "o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente seus interesses".[39]

Ainda que a jurisdição se traduza enquanto função pública exercida pelo Estado, considerando que a decisão judicial emanada em um processo, além de atingir as partes, também tutele o interesse da coletividade[40], o princípio da liberdade também rege o Direito Processual Civil.

Ainda que presente de maneira mais restrita, a liberdade se constitui como um dos princípios basilares e norma fundamental deste ramo do direito público, "sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder".[41]

Neste contexto, o devido processo legal deve assegurar o exercício da liberdade das partes, considerando que, o limite injustificado deste direito fundamental, sob a perspectiva constitucional, não resultaria em um processo devido.[42]

A aplicação do princípio da liberdade e a participação das partes no processo objetivam a concretização de norma fundamental do Estado Democrático de forma alcançar um processo devido, e não visam a omissão judicial ou mesmo o retorno da autotutela. A valorização da publicização se revela perigosa, uma vez que

> [...] a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de discutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo, alijando as partes da necessária participação para que seja construída

[38] PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o Estado e desafogo do Judiciário. 2012. 140 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
[39] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.
[40] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, v. 1, p. 8
[41] DIDIER JUNIOR, Fredie. Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 19.
[42] Idem.

> a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode significar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada [...]. As conquistas que advieram com a publicização do processo tornam a cena madura para a convivência natural com uma efetiva participação dos litigantes, que, embora desiguais, não devem ser tratados como inimputáveis e muito menos o juiz deve agir como se estivesse municiado com uma espécie de "poder geral de curatela".[43]

Além disso, o desenvolvimento e o crescimento excessivo dos poderes do juiz vêm de encontro ao princípio da colaboração que deve existir entre os sujeitos do processo, bem como ao diálogo e a participação, previstos no princípio da cooperação estabelecido no art. 6º do CPC/2015.

Ademais, não se tem dúvidas de que o jurisdicionado prefere, como já mencionado alhures, um ambiente com mais previsibilidade e sim, com mais segurança jurídica, posto que, conforme assevera José Fernando Simão, quando a formulação legal é precisa, sem expressões abertas, vagas, a função do juiz deveria se limitar a transmitir a solução legal segundo as características do caso particular, desde a regra geral estabelecida pelo legislador à situação que exige decisão judicial[44].

Mas, como a lei nem sempre é clara e, ainda que fosse, vale ressaltar que a leitura de um preceito isolado não é suficiente para a solução de controvérsias, incumbe ao magistrado o dever de analisá-las sempre em conjunto com as provas e fatos alegados pelas partes, levando sempre em conta o contexto em que se apresentam.

Dessa forma, parece-nos de suma importância que ao tratar do tema das atribuições e poderes do juiz sob o enfoque do devido processo legal, devemos ter em mente um modelo de processo preponderantemente – mas não exclusivamente, concentrado na figura das partes, e, portanto, com um maior relevo do princípio dispositivo.

---

[43] GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013. P. 205.

[44] SIMÃO, José Fernando. **Tempo e Direito Civil**: prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil. São Paulo, 2011. p. 198.

3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. HISTÓRIA E DESENVOLVIMENTO. DA MAGNA CARTA AOS NOSSOS DIAS

No livro I do Digesto (D. 1.2.1) encontra-se um famoso fragmento do jurista clássico Gaio, autor das famosas Institutas, jurista do II século d.C., em que ele afirma que "em todas as coisas admito que seja perfeito aquilo que conste de todas as suas partes. E certamente a parte mais importante de cada uma das coisas é o seu princípio".[45]

Robert Alexy discorrendo sobre a distinção entre regras e princípios, nos ensina que "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes."[46], sendo estes, como definem o autor, "mandamentos de otimização", normas que determinam a realização de uma certa situação de forma mais abrangente possível.

Para Ronald Dworking[47], "os princípios são um tipo de regra num sentido amplo, porquanto estabelecem uma medida de avaliação de um determinado comportamento de acordo ou em desacordo com determinado padrão (regra).

Na clássica definição de Canotilho, princípios "são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio".[48] Seu emprego permite, por um lado, a elaboração de leis que reflitam a ideia daquilo que, em determinado momento histórico, a sociedade considere como "socialmente justo"; e, por outro, permite-se a aplicação

---

[45] D. 1.2.1: *[...] sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima parrs principium* est [...]. Ver tradução de H.M. F. Madeira. **Digesto de Justiniano**, livro I. São Paulo: RT; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO, 2000. p. 21.

[46] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011. p. 90.

[47] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ronald Dworkin - Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito/>. Acesso em: 07 de março de 2023.

[48] CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do Processo Civil**: princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/152945691/v3/document/155347832/anchor/a-155347832.

dessas leis aos conflitos de interesse, de forma a efetivar o Direito, mediante a adequada interpretação da mens legis.[49]. Segundo o entendimento de Elpídio Donizetti[50], princípios são:

> (...) diretrizes gerais do ordenamento jurídico, que servem para fundamentar e interpretar as demais normas. Os princípios têm origem nos aspectos políticos, econômicos e sociais vivenciados na sociedade, assim como nas demais fontes do ordenamento. [...] Embora as duas espécies normativas (princípios e regras) sejam cogentes, as regras esgotam em si mesmas, ao passo que descrevem o que se deve e o que não se deve; o que se pode e o que não se pode. Já os princípios são mandamentos de otimização que servem para ordenar o cumprimento de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas de cada caso concreto"

Não há dúvidas, portanto, sobre a importância de que todo e qualquer sistema processual seja estudado à luz de seus princípios – próprios e constitucionais e, consequentemente, qualquer atividade jurisdicional que se pauta pela análise de casos concretos, deve ser assim analisada, posto que serão os princípios que nortearão o convencimento do magistrado e, por fim, as suas decisões e sentenças.

O princípio do devido processo legal[51], além de ser um direito constitucional fundamental do cidadão, é cláusula fundamental no ordenamento jurídico, já que dele derivam a maioria dos outros princípios processuais sendo, portanto, um dos mais importantes, como meio de realização da justiça.[52]

---

[49] Idem. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/152945691/v3/document/155347832/anchor/a-155347832.

[50] NUNES, Elpídio Donizetti. Curso didático de direito processual civil. 19ª. ed. reform. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 31

[51] Dentre os doutrinadores nacionais, não é diferente a consideração dada ao princípio do devido processo legal. Como exemplo podemos citar Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco para quem, o devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, "que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional".
Para Humberto Theodoro Júnior, "a garantia constitucional de direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido do processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc.". Princípios Gerais do direito processual civil. **Revista de Processo**, v. 23, 1981. p. 179.

[52] PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Lisboa: Almedina, 2009. p. 74.

Estampado no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o princípio do devido processo legal confere às partes o direito a um processo e a uma sentença justa, sendo considerado como um dos pilares do Direito Processual.[53]

Nesse sentido, entende-se o *devido processo legal*, ainda, como a *legalização e a legitimação do monopólio coercitivo da força*, traduzido pela *dominação jurídico-racional*[54], vez que é através da *burocracia* que o Estado é permitido utilizar-se do seu monopólio coercitivo da força[55].

Inclusive, tal ideia é basilar nos escritos de Piero Calamandrei[56], quando relaciona-se com o *direito de pedir*:

> Se o direito subjetivo significa preferência dada pela lei ao interesse individual, isto não quer dizer que quem está investido daquele possa pôr em ação a própria força privada para fazer valer, a cargo obrigado, tal preferência. Formando a base dos conceitos de jurisdição e de ação se encontra, no Estado moderno, a premissa fundamental da proibição da autodefesa: direito subjetivo significa interesse individual protegido pela força do Estado, e não, direito de empregar a força privada em defesa do interesse individual.

Não só o devido processo legal é reconhecidamente uma *instituição* moderna, mas, também, como o *início do tratamento igualitário entre homens*[57]. *Isso porque, a partir do iluminismo e da revolução burguesa, houve a derrocada da chamada sociedade cortesã, como disciplina Norbert Elias*[58]:

> *"Todo lo que venía de las amplias posesiones reales, del reino, tenía que pasar por el filtro de la corte, antes de que pudiera llegar al rey; todo debía censurarlo la corte, antes de que, de parte del rey, llegara al país. Hasta el más absoluto de los monarcas actuaba sobre su país a través de la mediación de los hombres que vivían en la corte. Así se erigió ésta en el lugar de origen de la experiencia total, de. la concepción del hombre y del mundo propia de los reyes absolutos del anden régime. De este modo, la sociología de la corte es simultáneamente una sociología de la realeza."*

Esse pensamento do início do tratamento igualitário entre homens, desenhado a partir de uma evolução do pensamento entre a *magna carta* e a revolução gloriosa (1688) da

---

[53] NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo. 11ª.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 92.
[54] WEBER, Max. A ética protestante no capitalismo. São Paulo: Martin Claret, 2022.
[55] WEBER, Max. Economia e Sociedade. Lisboa: Edições 70, 2022.
[56] CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume um. Campinas: Bookseller, 2003. p. 188.
[57] Inclusive, pode-se notar esse império da lei entendido aqui como o fundamento do devido processo legal, seja o fundamento da sociedade americana, através da *revolução americana*, conforme Gertrude Himmelfarb. Ver mais em: HIMMELFARB, Gertrude. Os caminhos para a modernidade. São Paulo: É realizações, 2011.
[58] ELIAS, Norbert. La sociedad Cortesana. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 61.

transformação inglesa, pode ser espremida na quinta e décima quarta emenda americana, *in verbis*:

> *"Amendment V: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War of public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy oflife or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process ofl aw; nor shall property be taken for public use, without just compensation (...)*
>
> *Amendment XIV: All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they Appendixes 544 12. See the Twenty-sixth Amendment. reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"*[59]

Essa profusão inglesa tem, ainda, raízes eminentemente francesas com as ideias de *Montesquieu* em relação à separação de poderes e a derrocada do *antigo regime*, conforme Alexis de Tocqueville[60].

Deirdre McCloskey, inclusive, cita que, em nenhum momento antes da história, o *rule of law* tinha se aplicado para as elites:

> *"The doctrinal change might have happened earlier, and in other parts of the world. But it didn't. The narrow focus of North, Wallis, and Weingast on England, France, and the USA obscures the ubiquity of what they call "doorstep conditions"—the rule of law applied even to elites, perpetually lived institutions, and consolidation of the state's monopoly of violence. Such conditions characterize scores of societies, from ancient Israel to the Roman Republic, Song China, and Tokugawa Japan, none of which experienced a Great Enrichment*"[61]

Avança, ainda, a autora, descrevendo que a mudança ética e retórica do século XVIII foi sobre a igualdade em liberdade, *in verbis*:

> *"The ethical and rhetorical change that around 1700 began to break the ancient restraints on betterment, whether from the old knights or the new monopolists, was liberating and it was enlightened and it was liberal in the Scottish sense of putting first an equal liberty, not an equal outcome. And it was successful."*[62]

---

[59] HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
[60] TOCQUEVILLE. Alexis de. Antigo Regime e Revolução. Brasília: UnB, 1997.
[61] MCCLOSKEY, Deirdre. **Bourgeois equality:** how ideas, not capital or institutions, enriched the world. Chicago: University of Chicago, 2016. p. *ebook*.
[62] MCCLOSKEY, Deirdre. **Bourgeois equality:** how ideas, not capital or institutions, enriched the world. Chicago: University of Chicago, 2016. p. *ebook*.

Seja como for, o *pilar societário* sob o qual é fundado a própria noção de Direito moderno é o devido processo legal, e não pode ser só comparado como uma *formalidade* em relação à aplicação da lei, mas, sim, como a própria fundação da lei, e, por consequência, da própria Constituição, vez que, sem o *rule of law*, jamais seria possível a existência de um devido processo legal sem que se reconheçam os indivíduos como iguais e a aplicação do *direito de maneira universal*. *Nem o rei está acima da lei*.

Nesse sentido, entende Rennan Thamay[63]:

> **"Indo além, por ser evidentemente necessário, pode-se afirmar que o devido processo (legal/constitucional) se desenvolve quando em um determinado processo é assegurado às partes tratamento isonômico, contraditório e equilibrado, buscando um resultado efetivo, adaptado e convergente com os princípios e postulados da instrumentalidade do processo**. Nessa hipótese, restará, como observado, o devido processo legal."

É possível decompor o termo para que se possa minimamente entender o alcance desse princípio. Conforme leciona André Ramos Tavares, "devido", aqui, é o que se deve seguir; o que está previsto, tipificado. Mas, além de tipificado, o previsto deve ser justo[64].

Já o conceito de "processo", segundo Cintra, Grinover e Dinamarco[65], transcende ao direito processual, vez que se revela instrumento para o legítimo exercício do poder, presente em atividades estatais - processo legislativo, administrativo, judiciário - e inclusive naquelas não-estatais – como processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, por exemplo.

Sob a perspectiva da atividade do Estado, o processo traduz-se como sequência de atos, representados por práticas, exposição de fatos, formalidades, modos de proceder, ônus, garantias etc., que, concatenados – segundo determinada lógica – conduzem à formação da vontade estatal no exercício de suas funções de Poder.

Não obstante, segundo Rennan Thamay:

> O "devido processo legal" opera em íntima associação com outros princípios supralegais, notadamente o da legalidade, o da igualdade e o da ampla defesa, e contém, ao lado de dimensão adjetiva, indicada por sua própria denominação, outra,

---

[63] THAMAY, Rennan. **Manual de Direito Processual Civil.** São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. RB-1.3.

[64] ANDRADE, Cássio Cavalcante. O Princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**, V. IX, 2014.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/74363543/v9/document/108566294/anchor/a-108566294.

[65] CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. Teoria Geral do Processo. 21. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005. 368 p.

> mais importante, substantiva, que permite ao juiz, tomando por paradigma a denominada jurisprudência construtiva, entrar no mérito dos atos administrativos e mesmo legislativos, pondo em questão sua "razoabilidade[66]

Há, ainda, a noção de processo legislativo, voltado à formação da vontade estatal materializada sob a forma de lei, quando se seguem, por exemplo, os procedimentos dos arts. 60 e ss. da Constituição da República de 1988, relativos às espécies normativas primárias.

O administrativo, por sua vez, é o que deriva do exercício da função administrativa ou de uma parte dela e, portanto, "[...] consiste, no processo dinâmico de atos e fatos encadeados que possibilitam a transformação do "poder latente" de editar atos administrativos em decisões concretas.".[67]

Já o processo judicial que é o presidido por um terceiro mediador, o juiz, diante, no mais das vezes, da pretensão (de alguém) resistida (por outrem), de que nasce uma exposição da vontade do Estado por meio de sentenças e acórdãos. O administrativo é o que deriva do exercício da função administrativa ou de uma parte dela.

Nesse sentido, entende Luiz Guilherme Marinoni[68]:

> "Nesse segundo sentido é que se diz, por exemplo, que o direito ao devido processo legal é um direito de defesa. Obviamente, o direito ao devido processo não impõe ao Estado somente um dever de abstenção – sua principal exigência é que qualquer intervenção concreta do Estado na esfera jurídica dos particulares seja precedida de um procedimento regido por regras equitativas preestabelecidas. Ou seja, para que uma ação do Estado se mostre conforme ao devido processo é indispensável a realização de uma série de ações positivas do Estado, como a oportunização da audiência da parte interessada, do contraditório, de uma instância imparcial de decisão etc."

---

[66] THAMAY, Rennan. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. RB-4.11.

[67] HARGER, Marcelo. **Processo ou procedimento administrativo: aspectos gerais.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] (coord.). Tomo II: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/145/edicao-1/processo-administrativo:-aspectos-gerais/>. Acesso em: 07 mar. 2023.

[68] MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Vol. 1: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 [livro digital]. p. *ebook*.

Neste contexto, visando a prestação jurisdicional, e na qualidade de "instrumento da atividade intelectiva do juiz"[69], o processo judicial se revela como "série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição"[70]

"Legal", por sua vez, tem acepção ampla para englobar desde a Constituição até estratos mais inferiores do ordenamento jurídico, desde que observado o esquema de compatibilização vertical que culmina com a própria Lei Maior, do que decorre a possibilidade de o processo ver sua ritualização minudentemente esboçada num Decreto do Executivo, por exemplo.

Nesse sentido, entende Humberto Ávila[71]:

> "O dispositivo relativo ao "devido processo legal" deve, portanto, ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais"

Portanto, como assevera Fredie Didier, dos princípios incidentes sobre a processualidade, o devido processo legal destaca-se como o mais abrangente. Isso porque este princípio é o que mais sofreu acúmulo histórico, pois a noção do que é devido perpassa a sociedade e o momento histórico em que vive.[72]

A origem mais remota de que se tem do devido processo legal está ligada ao direito alemão medieval e remete ao *Constitutio de Feudis*, édito de 28 de maio de 1037 da lavra do imperador romano-germânico Konrad II ou Conrado, o Velho como era popularmente conhecido[73].

Esse édito é tido como o primeiro que reduziu o direito feudal a termo escrito e marcou a maturidade do feudalismo alemão ao aprovar a perpetuidade da sua mais fundamental célula política, o feudo.

---

[69] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 133.
[70] CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1945. p. 287.
[71] ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal". **Revista de Processo**, vol. 163/2008, p. 50-59, set. 2008.
[72] DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1. p. 66.
[73] FRAGA, Vítor Galvão. Devido processo legal: história e Conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**.

É no primeiro artigo do édito que se encontra a ideia inicial do devido processo legal. Neste artigo ficou estabelecida a regra de que nenhum homem poderia ser privado do seu feudo, a não ser em virtude das "leis do império", às quais mesmo o imperador teria que se submeter, e através do julgamento dos seus pares[74], consolidando, via de regra, como indevida a quebra do costume medieval da hereditariedade dos feudos.

Apesar desse édito, no qual se identifica, indubitavelmente, o primeiro esboço do devido processo legal, esse só vem a ser considerado com a memorável Magna Carta de João Sem Terra. A referida carta constitucional foi de fato, o verdadeiro embrião das modernas constituições, embora contivesse apenas o resultado do acordo negociado pelo monarca com os revoltosos do baronato de Runnymede, não deixa de ter expressivo significado no surgimento e crescimento do direito constitucional.[75]

3.1 A Magna Carta de João Sem-Terra

A construção do devido processo legal teve seu início na Inglaterra, para depois desenvolver-se nas colônias norte-americanas com a edição do *bill of rights* e suas emendas onde passou a ter previsão expressa.

Portanto, a ideia de *due process of law* remonta à Magna Carta inglesa de 1215[76] onde na célebre cláusula n. 39, se estipulava que:

> Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*) banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou Segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*).

[74] Essa expressão seria, posteriormente, consagrada na Magna Carta.
[75] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 185.
[76] A concepção relativa ao devido processo legal, todavia, é anotada pelos doutrinadores, consensualmente, como originada na Inglaterra nos idos de 1215, na memorável Carta Magna do rei João, denominado "Sem-Terra". À época soberano absoluto do reino inglês, João Sem-Terra viu-se compelido a pactuar com as reivindicações crescentes, vindas do baronato de Runnymede, outorgando uma primeira carta de direitos que continha o reconhecimento de uma série de pretensões, expostas pelos barões em revolta. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 185.

Não há, na referida previsão, referência expressa ao que se conhece como devido processo legal. No entanto, trata-se de norma que originou o princípio do devido processo legal[77] diante do contexto histórico e das mudanças ocorridas e que são decorrentes desta Lei.

Reconhece que a tradução do *devido processo legal* seja *equivocada quanto ao termo derivado da cláusula 39*, uma vez que *deveria ser traduzido como devido processo de Direito*, ou, ainda *do devido processo constitucional*, conforme disciplina Alexandre Freitas Câmara:

> "A expressão devido processo legal é uma evidente tentativa de tradução do inglês due process of law. Sempre considerei a tradução ruim, já que na expressão inglesa a palavra law não parece designar a lei, mas o próprio Direito. Uma tradução literal, então, deveria falar em "devido processo de Direito". Como será exposto adiante, porém, penso que a designação adequada para o princípio é devido processo constitucional. (...) Como se vê claramente, a garantia do due process of law surgiu como um mecanismo de proteção da vida (put to Death), da liberdade (taken, nor imprisoned) e da propriedade (put out of Land or Tenement). E foi exatamente assim que se formou o texto constitucional brasileiro, em que se afirma que o "devido processo legal" deve ser observado para que alguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens."[78]

Não obstante, entende no mesmo sentido Cássio Scarpinella Bueno[79]:

> "O termo "legal" constante do texto constitucional deve ceder espaço, por tudo o que este Curso vem destacando, ao termo constitucional. Em verdade, o ser devido na perspectiva legal não seria suficiente para atender ao modelo constitucional. É dela, da Constituição Federal, que parte o padrão a ser observado pelo legislador e, mais amplamente, pelo intérprete e pelo aplicador do direito processual civil na conformação do processo. Entender que bastaria um processo devido na perspectiva legal autorizaria, em última análise, que o legislador pudesse amoldá-lo e reamoldá-lo consoante sua própria criatividade, seus próprios interesses, sua própria vontade, o que, cabe insistir, não é correto nem faz sentido à luz do modelo constitucional."

Essa Magna Carta hoje reconhecida como o documento que deu origem ao princípio do devido processo legal, foi fruto da pressão dos nobres sobre o então Rei João Sem-Terra que acabou por apor o selo real em uma declaração de direitos, que tinha como intuito enfraquecer o autoritarismo que vivia a Inglaterra em função da Monarquia.

Os problemas causados por má-administração aconteciam desde o reinado de Henrique II, Ricardo Coração de Leão e depois o reinado de João Sem-Terra. Ricardo Coração de Leão que conseguiu seu trono com lutas, continuou se envolvendo em vários conflitos, o que trazia muitos gastos para a Inglaterra, gerando crises internas, principalmente, a insatisfação dos barões que se viam ameaçados com as ingerências e o autoritarismo com que o país era dirigido.

---

[77] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.
[78] CÂMARA, Alexandre Freitas**. Manual de Direito Processual Civil.** Rio de janeiro: Forense, 2023. p. 46.
[79] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 68.

João Sem-Terra, irmão de Ricardo Coração de Leão, aproveitando-se do fato de que este sempre se envolvia em batalhas, aproveitou-se das suas ausências para assumir o trono, na época em que a Inglaterra entrou em conflito com a França.

Ao assumir a coroa, João Sem-terra passou a exigir elevados tributos e fez outras imposições decorrentes de sua tirania, o que levou os barões ingleses revoltados com o autoritarismo dos monarcas a se insurgirem e não podendo atuar para reivindicar seus privilégios ante a possibilidade de não agradar o povo inglês, aproveitaram o incidente entre o Rei João e o Papa Inocêncio III para encarregar o Arcebispo de Canterbury de elaborar uma declaração reivindicando os direitos e a entregaram ao Rei.

Nesse documento, o Rei João comprometeu-se a respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*).[80]

Releve-se que o Rei João somente concordou com o documento de direitos depois que ameaçado de guerra interna, em que a igreja e os barões organizaram exércitos e encaminharam em direção à Londres, conhecidos como Exército de Deus e Santa Igreja.

Como se vê, o monarca somente assinou o documento por pressão e não por intenção de garantir aos indivíduos, e ainda, que os maiores beneficiados de forma imediata foram a igreja e os barões, ou seja, continuou a minoria a deter o poder. A partir desse fato histórico, a ideia garantidora do princípio tomou grandes proporções com a repercussão obtida, principalmente como parâmetro e como fundamento das Constituições modernas.[81]

Esse documento ficou conhecido como a Magna Carta das Liberdades e, embora concebido como simples limitação às ações reais, era um instrumento protetor dos nobres contra os excessos da Coroa, fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do

---

[80] PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Lisboa: Almedina, 2009. p. 77.

[81] "Conforme Carlos Roberto de Siqueira Castro: Ao despontar na Idade Média, através da Magna Carta conquistada pelos barões feudais saxônicos junto ao rei João Sem Terra, no limiar do Século XIII, e, embora inicialmente concebido como simples limitações às ações reais, estava esse instituto fadado tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público". TURBAY JR., Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação.
ALBINO JUNIOR, Gabriel Turbay. **Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação.** Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877&revista_caderno=9>. Acesso em: 24 abr. 2022.

indivíduo e da coletividade em face do Poder Público. Sua incidência era, inicialmente, restrita ao âmbito do processo penal.

Como todo e qualquer importante movimento popular de pressão por mudanças, aqueles "revoltados" jamais poderiam supor naquele momento histórico que estariam lançando aos olhos da história da civilização a semente de princípios imorredouros, como o da "conformidade com as leis, o juiz natural, a legalidade tributária e até o instituto do habeas corpus".[82]

Conforme Wambier, referida Carta Constitucional, verdadeiro embrião das modernas Constituições, embora contivesse apenas o resultado do acordo negociado pelo monarca com os revoltosos, não deixa de ter expressivo significado no surgimento e crescimento do Direito Constitucional contemporâneo, mormente no que tange ao reconhecimento de alguns direitos individuais da pessoa humana.[83]

Foi na Magna Carta (1215), sob a inspiração jusnaturalista que impregnava a ideia de justiça nas instituições jurídicas anglo-saxônicas, que este princípio se acobertou sob a nomenclatura de *law of land* – Lei da Terra e, só mais tarde passou a ser conhecido como *due process of law*[84].

A expressão *devido processo legal* é a tradução quase literal da expressão *due process of law,* que foi utilizada pela primeira vez, no capítulo 3º do 28º Estatuto de Eduardo III, de 1354. Com o decorrer do tempo, a cláusula do devido processo legal foi incorporando novos significados, sem deixar, contudo, o seu sentido processual. De fato, o *due process of law,* no direito inglês, constitui princípio fundamental de justiça processual.[85]

---

[82] PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Lisboa: Almedina, 2009. p. 77.

[83] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 185.

[84] O termo é atribuído a um legislador desconhecido, segundo a meticulosa explicação histórica de Rodney Mott em seu livro sobre o assunto. Com a Magna Carta, mesmo não havendo tradução predominante, revela claramente a intenção de preservar os direitos dos súditos restringindo o poder do soberano, como o princípio da judicialidade em que o homem somente poderia ser preso por ordem de um juiz.

[85] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A interpretação dessa cláusula evoluiu, passando de uma simples garantia de respeito a uma série de liberdades feudais para a garantia de prevalência da *common law*, por obra de Sir Edmund Coke, no século XVII, completada por Blackstone, no século XVIII.[86]

Do direito inglês, o *due process of law* influenciou o direito norte-americano, primeiro as Colônias e depois a Federação por meio da Constituição Norte-americana e sua Carta de Direitos – Bill of Rights, encontrando-se enunciado na Quinta Emenda, de 1791, e na Décima Quarta, de 1868, à Constituição dos Estados Unidos (1787-1789),[87] sendo basicamente construído pelos tribunais e jurisprudências.

3.2 A Constituição dos Estados Unidos e o Bill of Rights

Mesmo após a independência das Colônias na América do Norte, continuava a influência da Inglaterra, fato que incentivou o manifesto das Colônias para se juntarem e ficarem mais fortalecidas. Surgia então a ideia da formação da Federação dos Estados Unidos.[88]

Posteriormente, seria elaborada a Constituição que criaria a Federação entre as Colônias, porém, não foi tarefa das mais fáceis; os delegados das Colônias se reuniram a partir de maio de 1787 na Filadélfia e em setembro foi concluída a Constituição que foi remetida aos Estados para ratificação com a adesão de pelo menos nove Estados[89]. Essa ratificação não foi

---

[86] PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Lisboa: Almedina, 2009. p. 79.

[87] EMENDA V. Nenhuma pessoa será (...) privada da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal (...).
EMENDA XIV. Seção 1. (...) nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido processo legal (...).

[88] TURBAY JR., Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação.

[89] "Há um evento, ocorrido no século XVII, que resultou em significativa aplicação da cláusula do devido processo legal. Cuida-se da prisão de cinco nobres, ordenada pelo soberano Rei Carlos, em decorrência da recusa em pagar empréstimo compulsório decretado pelo Rei para custear guerras ao continente. Essa situação gerou debates no Parlamento, que resultaram na *Petition of Rights* de 1628, inspirada no Sir Edward Coke, da Câmara dos Comuns cuja redação era a seguinte: 'que o homem livre somente pode ser preso ou detido pela lei da terra, ou pelo devido processo legal, e não pela ordem especial do Rei sem qualquer acusação'."

tranquila, especialmente nos Estados maiores. Somente em julho de 1788, o Estado de New Hampshire, que vinha a ser o nono Estado, ratificou o documento.[90]

Por conta das enormes divergências em torno dessa ratificação, percebe-se que a formação da Federação dos Estados Unidos da América do Norte inicialmente não foi fundamentada em valores sociais, mas sim econômicos, influenciada pelo liberalismo em torno da economia como forma de unir as Colônias contra as ações da Inglaterra que por vezes criava muitos entraves para o comércio do novo continente, colocando em segundo plano os valores sociais e democráticos.[91]

Só mais tarde ratificou-se esse documento e por volta de 1789 James Madison introduziu no Congresso uma série de emendas, sendo que dez delas foram ratificadas e constituíram a Carta de Direitos (*Bill of Rights*) que entrou em vigor em 1791 recomendando uma série de emendas para estabelecer os direitos individuais.

Nessa Carta de Direitos ficaram estabelecidas as regras para limitação do poder do governo federal e por outro lado proteção para o direito individual dos cidadãos com o estabelecimento de garantias como a ideia do que seria o devido processo legal em sua quinta emenda assim descrito:

> Ninguém poderá ser detido para responder por crime capital, ou por outra razão infame, salvo por denúncia ou acusação perante um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá ser sujeito, por duas vezes pelo mesmo crime, e ter sua vida ou integridade corporal postas em perigo; nem poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo, nem poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.[92]

---

[90] Um dos principais motivos que justificaram essa resistência à ratificação era a de que a Constituição formada pelos federalistas não tinha previsão expressa dos direitos individuais, dando uma grande abertura para que formasse um governo autoritário que estabelecesse as regras conforme sua conveniência, situação que motivou uma crítica de Thomas Jefferson sobre a omissão de uma declaração de direitos, em carta enviada a James Madison. TURBAY JR., Albino Gabriel. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Artigo publicado no Âmbito Jurídico**.

[91] "Com a chegada dos colonizadores ingleses nas colônias britânicas da América, iniciou-se uma nova concepção do direito inglês, influenciada pela ideologia de Sir Edward Coke. Aportando os dissidentes protestantes ingleses, que estavam em fuga, nas praias americanas da Virgínia (1607), estes trouxeram consigo os fundamentos da common law, entre os quais o princípio do devido processo legal."

[92] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Direito Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 265.

Foi somente no ano de 1868 que entrou em vigor a Décima Quarta Emenda que passou a ser chamada de cláusula do devido processo legal, nos seguintes termos:

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado-membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os privilégios ou as imunidades dos cidadãos do Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob a sua jurisdição igual proteção das leis.[93]

Ressalta José Alfredo de Oliveira Baracho que:

> "A Suprema Corte dos Estados Unidos teve que fixar em que consistia as garantias do processo devido e a lei da terra. Ao determinar o que é o due process of law nas Emendas V e XIV a Corte referia-se aos usos estabelecidos, aos modos de procedimento. Por meio da 5.ª Emenda, a fórmula law of the land transforma-se em due process of law. Em seguida, passa a ser admitida em quase todas as constituições. O conceito "procedimento legal", torna-se a garantia essencial do demandado, do qual nenhuma lei poderá privá-lo. Como garantia de ordem processual transforma-se em garantia jurisdicional. Dentro do papel que o due process of law passou a ter nos Estados Unidos podemos salientar: "A cláusula de "due process of law", inserida na 5.ª Emenda dirigindo-se ao governo nacional, e na 14.ª Emenda dirigindo-se aos Estados, equivalia, na história constitucional da Inglaterra, à "law of the land", ou lei do país, sendo garantia de ordem processual e não de fundo. Nos Estados Unidos, praticamente até 1895, foi ela entendida nesse sentido estrito, com a única exceção do caso Dred Scott, julgado em 1857, nas vésperas da Guerra de Secessão. Dando à cláusula de "due process", da 5.ª Emenda Constitucional, o significado de proteção de direitos substantivos, declarou a Corte, pela segunda vez era sua história, a inconstitucionalidade de uma lei do Congresso: a seção 8.ª do "Missouri Compromise Act", de 1850, que proibira a escravidão nos territórias".[94]

Vale ressaltar que a importância dessa Décima Quarta Emenda reside justamente na incorporação do *Bill of Rights* (Carta de Direitos) pelos Estados, fortalecendo o princípio democrático e funcionando como garantia dos demais direitos. A cláusula do devido processo legal passa assim a significar norma protetora dos direitos fundamentais previstos nas emendas anteriores, tornando-se uma garantia que no futuro viria a inspirar outras Constituições.

Foi durante esse período de construção que se estabeleceu seu conceito formal ou processual e material ou substantivo, servindo como parâmetro (instrumento) de análise de proporcionalidade ou razoabilidade das leis.

A nossa Constituição reproduz em seu artigo 5º, LIV, em vernáculo, o que está disposto na 5º e na 14ª Emendas à Constituição estadunidense[95], deixando de explicitar que *sem o devido*

---

[93] *Ibidem*, p. 269.

[94] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: O Devido Processo Legal. **Doutrinas Essenciais de Processo civil**. Vol. 1. p. 119. Out/2011. p. 12.

[95] A expressão *due process of law*, que, consoante discurso proferido por Alexander Hamilton, na Assembleia de Nova York, em 1787, às vésperas da Convenção constitucional, "tem um significado técnico preciso", sendo

processo legal, ninguém será privado da vida. Isso ocorre porque como no Brasil não existe pena de morte, essa afirmação poderia colocar em xeque essa característica de nosso ordenamento constitucional.

Posteriormente, exsurge no direito norte-americano a distinção entre *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo) e *procedural due process of law* (devido processual legal processual)[96]. Enquanto o primeiro se solidifica na razoabilidade e proporcionalidade dos atos a fim de que se obtenha soluções razoáveis sob a perspectiva da justiça, o segundo traduz o direito a um devido processo de acordo com as garantias processuais fundamentais, como direito de acesso à justiça, igualdade das partes, ampla defesa, entre outros.[97]

A diferenciação entre o *devido processo legal substativo e o processual* pode ser definido segundo Alexandre Freitas Câmara[98]:

> O devido processo substancial é o princípio por meio do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público, com o objetivo de realizar um exame de razoabilidade e de racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público. O devido processo substancial é, então, uma fusão entre o princípio da legalidade e o da razoabilidade para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais. Trata-se, pois, o devido processo substancial do próprio princípio da razoabilidade das leis e dos atos administrativos, tema cujo estudo incumbe ao Direito Constitucional, e não ao Direito Processual.

No mesmo sentido, entende Humberto Theodoro Júnior:

> Há, de tal sorte, um aspecto *procedimental* do devido processo legal que impõe a fiel observância do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há, também, um aspecto *substancial*, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre, a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.10 Não se trata, porém, de distinguir duas realidades ou duas categorias jurídicas. Devido processo legal é apenas um único princípio que liga indissociavelmente o processo às garantias outorgadas pela Constituição, em matéria de tutela jurisdicional. A garantia tutelar é sempre realizada por meio de procedimento concebido e aplicado para bem e adequadamente cumprir sua função. É nessa *função* de realizar efetivamente os direitos materiais que se alcança, por meio do devido processo legal, o que ora se denomina de "justiça", ora de "acesso à justiça", ora de

---

apenas aplicável aos processos ou procedimentos das cortes de justiça", de modo que "não pode nunca ser relacionada a um ato do Legislativo".

[96] No Brasil, Segundo Humberto Ávilla, "A Constituição garante o "devido processo legal" (art. 5.º, LIV, da CF/1988). Essa expressão tem sido utilizada, pela doutrina e jurisprudência, com duas conotações diferentes e independentes: uma "substancial", denotativa das exigências de proporcionalidade e de razoabilidade; e uma "procedimental", indicativa da garantia de um processo adequado ou justo." (ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal". In: **Revista de processo**, 2008. p. 50-59.)

[97] ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48.

[98] CÂMARA, Alexandre Freitas**. Manual de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 46.

> "acesso ao direito". Daí por que *devido processo legal* é sempre algo que traz ínsito o objetivo substancial do "processo justo".[99]

O devido processo legal substantivo na cultura jurídica norte-americana, segundo Charles D. Cole[100], apresenta-se enquanto

> [...] teoria pela qual o governo é limitado quanto ao modo pelo qual ele pode afetar a vida, liberdade ou patrimônio de alguém, com o conceito estabelecendo limitações substantivas à autoridade regulamentadora governamental. Essencialmente, o devido processo substantivo é uma teoria pela qual o judiciário olhará para a substância das leis para ver se o poder legislativo excedeu em sua autoridade. Assim sendo, o devido processo substantivo é o conceito pelo qual o Judiciário revê com independência a legislação para determinar se o governo usou os meios apropriados, i.e., se a legislação promulgada tem uma relação razoável com um fim governamental legítimo [...]

O devido processo legal substancial – também conhecido como material –, segundo leciona Câmara[101], é compreendido enquanto garantia do trinômio "vida-liberdade-propriedade", de modo que os anseios da sociedade sejam atendidos através da razoabilidade e racionalidade do poder estatal, preocupando-se, assim, em perseguir fins legítimos.[102]

Com isso, sob o aspecto hermenêutico, Carlos Roberto Siqueira Castro analisa que o devido processo legal material "[...] acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da 'legalidade' (rule of law) e o da 'razoabilidade' (rule of reasonableness) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais."[103]

É notável, a partir da doutrina, a íntima relação entre os princípios do devido processo legal e da razoabilidade. Esta se constitui enquanto parâmetro utilizado a fim de aferir se os atos do Poder Público estão orientados pela justiça, valor supremo e inerente ao ordenamento jurídico.

---

[99] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 37.
[100] COLE, Charles D. O devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos: passado, presente e futuro. **Revista AJUFE**, n. 56: 33-43, 1997.
[101] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
[102] De acordo com Siqueira Castro, "Esse campo da investigação constitucional, como se verá adiante, conjuga o princípio da isonomia ou da igualdade jurídica com a garantia do devido processo legal, associando-os num feixe de proteção contra as normas e toda sorte de decisões arbitrárias ('irrazoáveis' ou 'irracionais') do Poder Público. Impede, em suma, que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido nas deliberações do Estado e de seus delegados, aprumando-os ao padrão aceitável de moralidade, de eficiência e racionalidade." (**O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 139).
[103] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 76-77.

Ademais, guardando íntima relação com princípio da razoabilidade, tem-se que o princípio da proporcionalidade "exige que o administrador se paute por critérios de ponderabilidade e de equilíbrio entre o ato praticado, a finalidade perseguida e as conseqüências do ato. Afinal, mesmo o ato que cumpre sua finalidade poderá ser desproporcional se trouxer conseqüências que contrariem ou esvaziem a finalidade buscada."[104]

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir do advento da Constituição de 1988, acabaram incorporando o princípio do *substantive due process,* com remissão expressa ao direito constitucional norte-americano, sobretudo, à jurisprudência da Suprema Corte estadunidense[105].

Nesse contexto, apesar de a Carta Magna não admitir expressamente a razoabilidade enquanto princípio, esta possui salvaguarda constitucional a partir de sua inquestionável associação ao devido processo legal – cláusula mais abrangente de suas congêneres - prevista enquanto direito fundamental na Constituição Federal.[106]

3.3 O devido processo legal no direito brasileiro

O princípio do devido processo legal, como já foi mencionando anteriormente, só foi expressamente incorporado ao ordenamento pátrio na Constituição de 1988. Adhemar Ferreira Maciel ressalta que a cláusula constitucional que a inseriu em nosso ordenamento constitucional é de vital importância, posto que centrada na dignidade humana, repercutindo na defesa dos valores fundamentais do Homem, como a vida, a liberdade e a propriedade[107].

No entanto, conforme assevera Angelo Pariz, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a doutrina já entendia consagrado o princípio do devido processo legal, em decorrência

---

[104] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Princípios do processo administrativo. **Fórum Administrativo**, v. 4, n. 37, 2004. p. 3508.
[105] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 195.
[106] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
[107] De um modo geral, o *due process of law* é dirigido à proteção do trinômio vida-liberdade-propriedade, conforme anota a doutrina, de acordo com a qual, ainda, constitui-se em postulado fundamental do direito constitucional, de que derivam outros princípios, espécies de que o referido postulado é gênero.
ANDRADE, Cássio Cavalcante. O Princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**, v. IX, 2014.

do fato de o princípio estar consagrado nos artigos 8º e 10º, da Declaração universal dos Direitos do Homem de 1948[108], assim como pela sistematização dos demais princípios constitucionais estarem ligados ao devido processo legal[109].

No Império não tinha como suscitar o devido processo legal, primeiro porque não havia previsão expressa, segundo porque os poderes do Imperador eram absolutos, o que inclusive impedia a existência de um Poder Judiciário independente.[110]

Por ocasião da Proclamação da República, a elaboração da Constituição de 1891 inspirou-se na Constituição norte-americana de 1787, mesmo não sendo expressamente prevista a cláusula do devido processo legal, direitos individuais vieram delineados na Carta Constitucional como forma de garantia dos indivíduos possibilitando o surgimento da ideia do devido processo legal, como a ampla defesa e a proibição da prisão sem formação de culpa.[111]

Nas Constituições posteriores (1934[112] e 1937[113]), os direitos individuais foram relegados a um segundo plano, haja vista o período autoritário que orientou o período. Esses direitos só viriam a ser mencionados novamente em 1946.

---

[108] Localiza-se na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela resolução 217-A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas (10/12/1948), com relação ao devido processo legal, especialmente quanto aos artigos VIII – "Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei", IX -"Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado", X – "Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele" e XI, n. 1, – "Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

[109] PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Edições Almedina SA, 2009. p. 113.

[110] Ainda assim, entende-se que determinadas garantias interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão e do sistema de governo admitido poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade o princípio estava adotado e garantido. Tome-se como exemplo, o art. 179 da Constituição Imperial de 1824, onde no inciso XI tinha-se o comando de que: "Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na fórma por ella prescripta." WAMBIER, 2011.

[111] ALBINO JUNIOR, Gabriel Turbay. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877&revista_caderno=9>. Acesso em: 24 abr. 2022.

[112] A Carta Constitucional de 16.7.34, por sua vez ao tratar dos direitos e garantias individuais, dispunha no art. 113, inc.26 que: "Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na fórma por ella prescripta". WAMBIER, 2011.

[113] Art. 122, item II. "A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém, poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal, será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa."

A Constituição promulgada nesse ano foi formulada com ideais democráticos possibilitando a influência no período. Ressalte-se que nessa ocasião o devido processo legal ainda era implícito, e somente poderia ser vislumbrado no chamado Princípio da Justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito de qualquer cidadão pode deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário[114].

Dessa forma, percebe-se que da análise dos textos constitucionais ao longo da História, o cidadão brasileiro e mesmo os não brasileiros, sempre estiveram ao abrigo de quaisquer discricionariedades em termos de atividade processual voltada à busca de soluções jurisdicionais para os diversos tipos de conflitos de interesse relativos a questões particulares ou relativas ao próprio Estado.[115]

Assinalando expressiva modificação quanto aos estudos do Direito Processual, ao princípio da década de 70, passou-se a atribuir maior relevância à origem constitucional de institutos processuais basilares, difundindo a vinculação do processo com a Constituição, segundo aponta Guerra Filho.[116]

Neste contexto, buscava-se a adaptação da dogmática processual às normas constitucionais, relacionados especificamente com o processo judicial com a garantia do devido processo legal e as que fossem deste decorrentes – como o acesso à justiça e a independência do órgão julgador –, buscando "estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático".[117]

Foi só em 1988 que o princípio do devido processo legal mereceu a expressiva atenção do poder constituinte na elaboração de nossa Carta Magna, na qual, segundo Humberto Bergman Ávila, o devido processo legal possui fundamento constitucional nos artigos 5º,

---

Art. 123. "A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição...".

[114] Antes da Constituição de 1946, embora não houvesse adoção expressa do princípio do devido processo legal, pois não existia essa previsão nos textos constitucionais, havia, em cada uma delas, um conjunto de garantias do cidadão que, interpretadas sistematicamente, davam margem ao entendimento doutrinário de que o princípio era adotado pelo ordenamento jurídico.

[115] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 191.

[116] GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

[117] *Idem*, p. 24-25.

XXXV, LIV e LV, e 37 da CF/1988, estabelecendo, sob o aspecto principiológico, a proteção dos direitos nos processos e procedimentos instituídos pelo Poder Público.[118]

Além da notável ampliação da área de abrangência da proteção jurídica, pela inclusão da ameaça ao direito, ao lado da lesão, como suscetível de proteção jurisdicional – inc. XXXV do art. 5º – a Constituição contém diversas outras garantias relativas a este princípio.

O inciso LIV, do art. 5º expressamente dispõe que: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Veja-se que o texto constitucional revela expressamente a preocupação com a garantia do trinômio vida-liberdade-propriedade. No entanto, apesar de não fazer referência expressa à proteção da vida neste inciso em específico, a vida se apresente assegurada fundamentalmente no caput do art. 5º da Lei Maior.[119]

Importante ressaltar, ainda, que o artigo faz expressa menção à constrição judicial de bens, sendo esta vedada, salvo em decorrência de processo previsto no ordenamento jurídico. O mesmo se pode dizer da vedação à privação de liberdade, que não poderá ocorrer sem que haja expressa determinação legal emanada de processo previsto em lei.

Releve-se que o § 2º do art. 5º dá excepcional amplitude ao princípio ao dizer que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."[120]

Trata-se, sem dúvida, de um expressivo avanço, na exata medida em que o conjunto de tais garantias permite o aprimoramento da legislação processual ordinária, com todas as conquistas oriundas de trabalhos hermenêuticos e de interpretação doutrinária.[121]

---

[118] ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112.
[119] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
[120] Calmon de Passos destaca que o fundamento do princípio do devido processo legal – e, assim, de outros que, num processo sistemático, dão condições de se constituir, no Estado, um eficaz conduto para se buscar justas soluções para os diversos conflitos – está ancorado numa ideia muito mais ampla, que é a liberdade do homem.
[121] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p. 192.

3.4 O princípio do devido processo legal como postulado constitucional fundamental do processo civil

Humberto Theodoro Júnior adverte que por sua excepcional importância, prefere denominar de superprincípio, o princípio do devido processo legal. Nelson Nery Jr. considera que é tal a amplitude da cláusula do devido processo legal, "que desnecessária seria qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil".

No entanto, não há como ignorar, como aliás o fez o próprio Nelson Nery Jr., a necessidade de que as regras processuais devem ser consideradas sempre à luz dos princípios constitucionais, já que o legislador ordinário deve adequar o sistema processual às diretrizes ditadas pela Constituição.

É notório que, apresentando-se a Constituição Federal no ápice da pirâmide das normas, as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com os preceitos da Lei Maior, sendo que, devem as normas dispostas no Código de Processo Civil observar àquelas a fim seus princípios fundamentais sejam efetivados no plano prático processual, sob pena de ofender os preceitos constitucionais.[122]

Nesta seara, o legislador dedicou pela primeira vez, no código processual, um capítulo dedicado às normas fundamentais, revelando a adequação do texto infraconstitucional à Lei Maior, o que revela que a análise do processo deve ocorrer sempre em contexto com as normas de maior posição hierárquica, e não de forma separada, sem que seja contextualizada com aquela.[123]

Merece relevo o fato de que na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 16.03.2015), a Comissão de Juristas que o elaborou conferiu merecida ênfase aos princípios, tanto é que, no texto, a palavra princípio é mencionada 20 vezes e, nas Notas de Rodapé, outras sete vezes.

O monopólio da justiça pelo Estado (jurisdição) cria para o indivíduo o direito público de exigir a prestação jurisdicional sempre que se sentir envolvido numa situação litigiosa. Por

---

[122] NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. reform. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

[123] RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

outro lado, a prestação jurisdicional não pode ser realizada senão por meio do processo (THEODORO JR, 1981).

Rosemiro Pereira Leal em brilhante exposição acerca de processo e jurisdição nos ensina que esta, em sua origem é a estratificação histórica da figura da arbitragem legalmente institucionalizada e praticada, de modo exclusivo e monopolístico pelo Estado.

Portanto, não está previamente condicionada à principiologia legal do processo. Por isso, não é correto afirmar-se que o processo surgiu da arbitragem. Antes a jurisdição é que surgiu da arbitragem.

Assim, o processo, ao contrário da jurisdição, define-se em garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas leis fundamentais, leia-se – constituições.

A jurisdição como atividade monopolística do Estado ao reconhecer o direito não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz de criação do direito, ou de assegurar a justiça, a paz social e demais valores jurídicos como bem ensinou como lecionar Couture, porque a jurisdição não pressupõe critérios de julgar ou proceder, sendo atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo, segundo os princípios fundamentais do processo.[124]

Hoje sabemos que a sentença não pode ser a síntese do sentimento do juiz sobre a questão sub judice porque se assim fosse, haveria no caso jurisdição sem processo, como outrora ocorreu na arbitragem dos antigos e como ocorre na arbitragem da lei Brasileira.

Dessa forma, como se percebe, jurisdição e processo são dois institutos indissociáveis, já que o direito à jurisdição é, sem sombra de dúvidas, direito ao processo como único indispensável meio de realização da Justiça oficial. A Constituição ao assegurar que nenhuma lesão ou ameaça de direito individual será subtraída à apreciação do Poder Judiciário, assegura o direito ao processo, como uma das garantias individuais do homem. Isso porque não basta garantir o pronunciamento do Judiciário. Tal garantia há que acontecer em condições suficientes para que o objetivo visado pela garantia constitucional seja de fato atingido (THEODORO JR., 1981).

A Constituição como diploma normativo maior do Estado e espelho do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade, apresenta-se como o principal e mais valioso

[124] LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 42.

instrumento para bem aplicar o processo e seus princípios fundamentais, já que como assevera Couture, *não há liberdades públicas senão quando se disponha de meios jurídicos que impeçam seu desrespeito.*

Destarte, a garantia constitucional de direito ao processo só será efetiva na medida que se assegure o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais. As partes têm direito ao processo completo, seguro, hábil, à ampla defesa dos seus direitos e interesses, e o magistrado tem o dever de assegurar-lhes todas essas faculdades, por imposição implícita do sistema constitucional.[125]

O princípio constitucional fundamental do processo civil, sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*.

A doutrina do *due process of law*, na Inglaterra e nos Estados Unidos, serviu de base para a construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos do indivíduo, principalmente, em matéria de garantias processuais. É como diz o mestre, um standard que guia os tribunais, encarregados de aplicá-lo (BARACHO, 1983).

Assim, como primeira fonte normativa do Direito Processual, a Constituição determina a organização dos poderes supremos, consagra os princípios fundamentais de suas instituições, possibilitando-lhes um funcionamento harmonioso. Tal entendimento do processo como garantia dos direitos individuais, antecipa a compreensão do prisma constitucional do Direito processual[126].

As constituições modernas não mais configuram o processo como um conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas as encaram como instrumento público de realização da justiça. A Constituição brasileira erigiu em regra específica, para o processo civil, um único princípio: o da inafastabilidade do controle judiciário, transformando assim o processo em instrumento de justiça e efetivação dos direitos.

---

[125] JUNIOR THEODORO, Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, 23/173, São Paulo, 1981. p. 72.

[126] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa (orgs.). **Princípios e temas gerais do Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. I. p.120.

Para tanto, ou seja, para que esses direitos possam se realizar de maneira ampla, são necessários certos condicionamentos que lhe garantam executoriedade plena, de forma que se desenvolvem com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, o uso dos meios de provas garantidas em geral[127], a presença do juiz natural, a publicidade e o duplo grau de jurisdição, que nada mais são que desdobramentos naturais do cumprimento do devido processo legal.[128]

Para o Nelson Nery Jr., bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. Seria o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo seriam espécies.[129]

Os princípios informativos do Direito Processual Civil[130] compõem as normas essenciais traçadas pela Constituição, para assegurar o cumprimento de toda a ordem jurídica determinada pelo Estado. Esses princípios são essenciais à plena defesa da ordem jurídica constitucionalmente consagrada, através de instrumentos próprios a concretização dos direitos fundamentais e à segurança jurídica.[131]

Vale dizer, entende-se com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.[132]

---

[127] Ressalte-se, que a Constituição Federal brasileira de 1988 foi a primeira de todas as Constituições a expressamente mencionar que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

[128] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa (orgs.). **Princípios e temas gerais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I. p.120.

[129] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

[130] Nosso novo Código de Processo Civil somente emprega a expressão devido processo legal duas vezes, como segue:
A primeira menção ocorre no art. 26, I, que dispõe:
Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:
I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente (grifos nossos).
A segunda menção é encontrada no art. 36, que estabelece:
Art. 36. O procedimento da carta rogatória perante o Superior Tribunal de Justiça é de jurisdição contenciosa e deve assegurar às partes as garantias do devido processo legal.

[131] São princípios informativos do processo: o princípio do devido processo legal, o princípio dispositivo e o inquisitivo, o princípio do contraditório, o duplo grau de jurisdição, o princípio da boa-fé e da lealdade processual, o princípio da verdade real.

[132] CINTRA, Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

Essas garantias não servem apenas ao interesse das partes, como poderes ou faculdades processuais destas, mas antes, configuram a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante da jurisdição.[133]

Ressalte-se que a cláusula do *due process of law* não indica somente a tutela processual, mas também a sua caracterização se dá de forma bipartida: devido processo legal em sentido material [134](*substantive due process)* e devido processo legal em sentido processual (*procedural due process).*[135]

É nesse sentido unicamente processual que a doutrina brasileira emprega a locução *devido processo legal*, como se pode verificar, v.g., das enumerações que se fez das garantias dela oriundas, por exemplo: acesso à justiça (direito de ação e defesa), direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação, direito a um rápido e público julgamento, direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação delas para comparecimento perante o tribunal, direito ao contraditório e ampla defesa, entre outros.[136]

Conforme Maria Elizabeth Castro Lopes, imperioso registrar que a "garantia de acesso à justiça", sofreu modificação pela doutrina processual moderna, que passou a chamá-la de "garantia do acesso à ordem jurídica justa" e representa não só uma garantia formal, mas também, um genuíno direito à prestação da tutela jurisdicional.

Embora pareça redundante a expressão, já que não se pode imaginar uma justiça injusta, o termo quer tão somente enfatizar que a tutela jurisdicional seja prestada pelo Estado de forma efetiva, resguardando ao indivíduo a integralidade de seu direito, na medida em que se satisfaça plenamente preenchendo o ideal de justiça.

Ou seja, o conceito de *devido processo* foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão, posto

---

[133] CINTRA, Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

[134] O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito no que diz respeito ao seu aspecto substancial. Como exemplo, podemos citar o direito administrativo onde se identifica a garantia dos cidadãos contra os abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação desse processo.

[135] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

[136] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

que, conforme leciona Nelson Nery Junior "o direito processual está subordinado aos princípios constitucionais gerais, entre os quais ressaltamos o princípio da dignidade humana, que se apresenta como fundamento da República Federativa do Brasil (CF 1.º, III), tal a sua importância e magnitude no direito constitucional brasileiro".[137]

A doutrina processual identifica o fenômeno de submissão do direito infraconstitucional à Constituição Federal de várias maneiras, conforme sua área de incidência, como denominando-o de eficácia civil dos direitos fundamentais, de constitucionalização do direito privado, pelo que nos seria lícito concluir pela existência de uma eficácia processual dos direitos fundamentais.[138]

Obviamente, dada a natureza de constituição dirigente de que goza nossa Constituição. nem seria necessário informar que todos os ramos do direito se subordinam e devem conformar-se a ela.

Conforme afirma Ronaldo Brêtas, o devido processo legal é o principal alicerce do processo constitucional ou modelo constitucional do processo, considerado este, a principiologia metodológica constitucional de garantia dos direitos fundamentais, e deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo (partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais[139].

Em suma, é na Constituição, enfim, que o jurista vai encontrar o embasamento e os princípios que informam o Direito Processual Civil, cristalizados, sobretudo, no devido processo legal, segundo o qual o processo exige juiz imparcial, garantia do contraditório, ampla defesa, igualdade de oportunidades para as partes e procedimento regular previsto em lei.[140]

A expressão "os direitos e as liberdades constitucionalmente protegidos" para a doutrina mais recente não deve ater-se apenas ao que está inscrito nos textos constitucionais, no instante em que o "juiz constitucional" lhes assegura proteção. Aceita-se, conforme Baracho, que os

---

[137] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.33

[138] NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.35

[139] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 172.

[140] Conforme Maria Elizabeth Castro Lopes, o respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais, em relação ao processo, quer seja pelo Estado, quer seja pelos cidadãos, é a característica principal do devido processo legal.

direitos fundamentais são protegidos pelas jurisdições constitucionais, que têm um estatuto constitucional, mas devem gozar de poderes supra legislativos.

Isso decorre do fato de que as Constituições reconhecem uma série de garantias objetivas das mais variadas categorias, sendo que ocupam amplo espaço em seus permissivos as garantias especiais de justiça: garantias processuais, direito ao juízo legal e a prestar declaração, nenhuma pena sem lei, proibição de castigo múltiplo.[141]

3.5 Inserção no sistema constitucional brasileiro

Em diversos ordenamentos jurídicos, percebe-se que há um consenso acerca da visão que se tem do princípio do devido processo legal e sua inserção nos sistemas constitucionais. Tome-se como exemplo, John Rawls, que o coloca dentre aqueles que garantem a existência do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, Arturo Hoyos entende que o princípio do devido processo legal está inserido no contexto, mais amplo, das garantias constitucionais do processo, e que somente mediante a justeza do próprio processo, é que se consegue a manutenção de uma sociedade sob o império do Direito.[142]

Para os doutrinadores nacionais de um modo geral, o devido processo legal como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.[143]

Significa dizer que, uma vez inserido no texto constitucional, esse princípio torna-se mandamento garantidor do acesso do cidadão às decisões do sistema judiciário, mediante

---

[141] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa (orgs.). **Princípios e temas gerais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I. p. 122.
[142] Arturo Hoyos, em "La garantia constitucional del debido processo legal". **RePro** 47/44.
[143] Assim consideram Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Humberto Theodoro Junior e Cândido Rangel Dinamarco, entre outros.

normas processuais estabelecidas pelo legislador e das quais decorrem postulados básicos para o sistema democrático.[144]

O princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu artigo 141, § 4º. Releve-se que, nesse texto apenas aparece o princípio da justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito de qualquer cidadão poderá deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário.[145]

Isso fica patente por que não se imagina que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos sem que isso se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico.[146]

As Constituições posteriores, de 1967 e a que resultou da Emenda de 1969, continham dispositivos assemelhados, na forma e conteúdo. Na Constituição de 1967, em seu art. 150, § 4º e a de 1969 no art. 153, § 4º.

Ainda há garantias específicas para o processo penal e por força dessas garantias, vêm a cair, *de lege lata*, a prisão administrativa e *de lege ferenda*, qualquer possibilidade de prisão policial para averiguações, frequentemente preconizada para legislação futura.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, o princípio do devido processo legal foi efetivamente materializado e explicitamente positivado no inciso LIV do artigo 5º[147], mas não se esgotando apenas neste dispositivo, seja no texto constitucional ou mesmo nas normas infraconstitucionais que a partir de então se sucederam.

Nesse sentido, a Lei Maior assegura a tutela jurisdicional diante de lesão ou ameaça a direito – inciso XXXV do artigo 5º – de modo que, segundo Marques[148], buscar a intervenção do Poder Judiciário, consiste em expressão do direito ao devido processo legal, compreendendo, aqui, as diversas implicações quanto a garantia do direito de ação, do contraditório, da imparcialidade do juiz, entre outros. Assim,

---

[144] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011. p.184.
[145] Ibidem, p. 189.
[146] O artigo 141, § 4º *in verbis:* "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciária qualquer lesão de direito individual".
[147] PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. *O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão.* Coimbra:Almedina, 2009. p. 113-116.
[148] MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1981- 1982. p.381

> o exercício da jurisdição deve operar-se através do devido processo legal, garantindo-se aos litigantes julgamento imparcial, em procedimento regular onde haja plena segurança para o exercício da ação e do direito de defesa, [...] pois de nada adiantaria garantir-se a tutela jurisdicional e o direito de ação sem um procedimento adequado em que o Judiciário possa atuar imparcialmente[149]

Para a concretização do princípio do devido processo legal no Estado Democrático de Direito, não basta apenas que haja a observância da lei, mas que esta se dê sob a luz dos princípios, instrumentos que auxiliam na intepretação da legislação, principalmente quando há o conflito de normas constitucionais, a fim de se atingir uma solução justa e adequada.[150], sendo o princípio do devido processo legal, segundo Alexandre Freitas Câmara,[151] "causa de todos os demais".

Decorrentes dele e oriundos do texto constitucional apresenta-se os princípios de do contraditório, ampla defesa, da isonomia processual, do juiz natural, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da publicidade, da economia, da cooperação. Ademais, havendo capítulo no Código de Processo Civil, é visível a importância que o legislador atribuiu ao reafirmar os princípios constitucionais estabelecidos em 1988.

A participação das partes de forma democrática no processo é caracterizada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. A ampla defesa traduz a garantia de instrumentos necessários às partes exercerem o contraditório, sendo este "a garantia que se assegura à pessoa sobre a qual pesa uma acusação o direito de ser ouvida antes de qualquer decisão a respeito"[152].

Já o princípio da isonomia processual[153], sob o ponto de vista material, é tratar igualmente os iguais e, na medida da desigualdade, desigualmente os desiguais, sendo que sob o aspecto formal se revela no tratamento equitativo e igualitário das partes perante a lei.

---

[149] *Idem*, p. 74-75.
[150] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
[151] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007. (v.1)
[152] DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm. 2013. p. 708.
[153] NERY, Nelson Jr. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

O princípio do juiz natural, por sua vez, é "entendido como o direito das partes ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência dos fatos originadores da demanda"[154]

A duração razoável do processo se revela enquanto princípio provido de dupla função, vez que, além de dizer respeito ao tempo do processo, considerando a duração desde o seu início até o fim, com o trânsito em julgado, também se manifesta relação com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos a fim de abreviar a duração média do litígio.[155]

Ainda, a partir do princípio do direito de ação, conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tem-se que o cidadão tem direito de acionar o Estado, pelo âmbito do poder judiciário, de modo que "a jurisdição deve realizar o Direito, restaurando a ordem jurídica violada ou evitando que tal violação ocorra, através de procedimento ordenado para este fim."[156]

O princípio da economia se apresenta intimamente relacionado à celeridade processual com o intuito de alcançar a máxima eficiência possível ao processo, onde a prestação jurisdicional seja obtida com o menor gasto econômico e menor tempo possível, propiciando "às partes uma Justiça barata e rápida".[157]

Somado a estes, quanto à atividade do magistrado, o princípio da fundamentação e a proibição da não surpresa se constituem enquanto manifestação do princípio do devido processo legal. Aquele estabelece que o juiz deve expor as razões fáticas e de direito que embasaram a sua decisão, enquanto a última restringe que o juiz decida qualquer questão no processo que não tenha sido concedido às partes a oportunidade de se manifestarem.[158]

Além de outros, tanto os princípios constitucionais quanto aqueles trazidos pela legislação ordinária são necessários para que o devido processo legal se consubstancialize, vez

---

[154] GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
[155] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RL 1.2.

[156] MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.
[157] THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.v.1. p. 64
[158] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RL 1.2.

que, norteando a conduta das partes e a interpretação da legislação, permitem a obtenção de tutela jurisdicional justa e adequada.

3.6 Processo Constitucional e Devido Processo Legal

A aproximação do Direito Processual e do Direito Constitucional é uma preocupação notória desde o segundo pós-guerra com reforço notório do papel do Poder Judiciário decorrente de inúmeros fatores, entre eles, a criação e a consolidação dos Tribunais Constitucionais.

Fix-Zamudio em Congresso realizado no ano de 1975 já advertia que seria necessária uma maior aproximação entre os constitucionalistas e os estudiosos do processualismo científico, como o objetivo de estudar com maior aprofundamento e de forma integral as matérias que correspondem as zonas de confluência entre ambas as disciplinas e que tem relação direta com a função do órgão jurisdicional.

Quis o autor, com essa advertência, alertar para a importância do estudo do chamado Direito Processual Constitucional ou modelo constitucional do processo, disciplina jurídica delineada no decorrer do século XX e que vem gerando ressonâncias para a perfeita compreensão e aplicação do direito em consonância com o Estado Constitucional democrático e com uma teoria adequada dos direitos fundamentais.

Não há mais como pensar em “ação, jurisdição e processo” fora de uma perspectiva mais ampla – a processual e constitucional, já que qualquer pessoa que trabalhe em juízo com o Direito dificilmente o poderá fazê-lo sem se reportar à Constituição Federal de 1988.

Tal fato, torna ainda mais complexo o estudo, já que a nossa Constituição elenca vários dispositivos destinados às garantias e direitos fundamentais[159] e, entre estes, inúmeros especificamente processuais, o que vem a confirmar a constitucionalização do processo.[160]

O aumento da importância do Processo para o Direito Constitucional está relacionado com a mudança de paradigma quanto ao papel do próprio Poder Judiciário – de boca da lei para agente catalisador de políticas pública a partir do momento que o Estado entra em crise na medida em que o Legislativo se mostra incapaz de oferecer respostas rápidas aos anseios da sociedade[161].

A constitucionalização do processo é, pois, uma das características do Direito contemporâneo. Expresso no artigo 1º do Código de Processo Civil de 2015, este fenômeno pode ser visto em duas dimensões.

Em primeiro lugar, há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. Conforme explica Fredie Didier, praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Grande Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. Da mesma forma, os tratados de direitos humanos também o fazem – por exemplo, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica[162].

Os principais exemplos são o direito fundamental ao processo devido e todos os seus corolários – contraditório, juiz natural, proibição de prova ilícita, entre outros.

Em segundo lugar, a doutrina passou a examinar as normas infraconstitucionais como concretizadoras de disposições constitucionais, valendo-se de repertório teórico desenvolvido

---

[159] São exemplos destes dispositivos: inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV); Juízo natural (art. 5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (art. 5º, XXXIX); devido processo legal (art. 5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII); princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII) entre outros.

[160] BAHIA, Alexandre *et al*. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Processo e Constituição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 1-5.

[161] Exemplo mais frequente é a atuação do judiciário na chamada "judicialização da saúde" quando diante da falta de remédios e/ou tratamentos o Estado é chamado a intervir no sistema público de saúde por meios de ações que buscam compelir o Estado à prestação desse direito social fundamental.

[162] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 46.

por constitucionalistas[163]. Tal fato, aponta no sentido de um maior esforço pelo diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços significativos de ambas as partes.

Isso ocorreu tendo em vista que, a partir de uma nova concepção de constituição e processo diante dos avanços do constitucionalismo contemporâneo, além de ter ocorrido e restauração da democracia e dos direitos fundamentais após um período marcado pelo autoritarismo, a Constituição Federal de 1988 também estabeleceu um modelo constitucional de processo, como leciona Cassio Scarpinella Bueno[164]:

> Para tratar de "direito processual civil" é insuficiente referir-se ao "Código de Processo Civil". Se é que isto já foi válido alguma vez em tempos idos, o que é certo, absolutamente certo, é que o "direito processual civil" como, de resto, todos os outros ramos e disciplinas jurídicas está inserido num contexto bem mais amplo, que é o da Constituição Federal. Não há como, para ir direto ao ponto, tratar de "direito", de "qualquer direito", sem que se volte os olhos em primeiro lugar para a Constituição. [...] Evitando desvios de toda a ordem, o que revela afirmar e fixar como premissa metodológica fundamental para se tratar de qualquer assunto de direito processual civil é que os dispositivos do Código de Processo Civil ou da legislação processual civil extravagante como um todo não bastam por si sós. [...] Mais importante do que tudo isto e que deve ser postos em primeiro lugar, inclusive em ordem de pensamento, é verificar em que medida a Constituição Federal quer que o direito processual civil seja. É verificar, na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual deve ser) o "modo de ser" (de dever ser) do direito processual civil como um todo. É extrair, da Constituição Federal, o "modelo constitucional do direito processual civil" e, a partir dele, verificar em que medida as disposições legais anteriores à sua entrada em vigência foram por ela recepcionadas e em que medida as disposições normativas baixadas desde então se encontram em plena consonância com aqueles valores ou, escrito de forma mais precisa, bem realizam os desideratos que a Constituição impõe sejam realizados pelo direito processual civil ou que têm condições de concretizar o modelo constitucional do direito processual civil.

É no Direito Constitucional que se localizam os princípios fundamentais do processo[165], sendo que o Direito Processual encontra nele a sua base. Identifica-se, deste modo, nos dois

---

[163] *Ibidem*, p. 47.

[164] BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1. p. 111-112.

[165] De acordo com Ada Pellegrini Grinover, o Direito Constitucional traça as linhas fundamentais do Direito Processual, sendo aquele "… que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais Mas, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil. J. Bushatsky, 1975, p.4-5)

ramos do direito os mesmos princípios, haja vista a correspondência dos preceitos constitucionais e dos princípios que informam o processo.[166]

Nesse sentido, o artigo 1º do CPC tem um "forte caráter simbólico"[167] ao enunciar que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse Código.[168]

Assim, em comentário ao dispositivo legal, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[169] afirmam que

> Antes de o processo civil ser ordenado pelo texto normativo do CPC, como preconiza o texto comentado, o processo deve subordinar-se aos valores e princípios constitucionais, como aqueles que fundamentam a República (soberania, cidadania, segurança jurídica, Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, valores do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político), confirmam a democracia e resguardam os direitos fundamentais dos cidadãos e de toda pessoa, (CF, 5.º)

Por isso, no atual estágio de desenvolvimento do processo constitucional ganha relevo o princípio do devido processo legal (*due process of law).*

O inciso LIV, do art. 5º da Constituição Federal consagrou o devido processo legal ao dispor que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Desse enunciado normativo, foi conferido a todo sujeito de direito no Brasil, o direito fundamental a um processo devido – isto é, justo, equitativo etc.

---

[166] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do due process of law. In: ASSIS, Araken de *et al*. **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2007. p. 1095-1106.

[167] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 47.

[168] Conforme Fredie Didier Jr., embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto como o texto constitucional, sobretudo no Brasil onde vige um vasto sistema de normas processuais todas orbitando em torno do princípio de devido processo legal, também de natureza constitucional.

[169] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RL 1.2.

Inclusive, a Constituição, a fim de efetivar a percepção democrática, passa a tratar o processo como forma de influenciar no poder estatal, seja com relação aos provimentos jurisdicionais, atos legislativos ou mesmo administrativos, através da participação do povo.[170]

Para isso, o processo constitucional, enquanto instrumento da função jurisdicional, concentra toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais a fim de garantir a participação dos sujeitos e possibilitar um provimento decisório legítimo em razão das condições procedimentais ofertadas.[171]

Com a influência das normas constitucionais, enxerga-se o direito processual constitucional enquanto parte do estudo do direito processual, no qual se examina o processo enquanto instrumento para efetividade dos valores definidos na Constituição sob a perspectiva dos princípios fundamentais de organização judiciária, do direito de ação, de defesa e outros destes decorrentes, ou mesmo da jurisdição constitucional.[172]

Processo é método de exercício de poder normativo; normas jurídicas são produzidas após um processo. As leis, após o processo legislativo, as normas administrativas, após o processo administrativo e as normas individualizadas jurisdicionais, após um processo jurisdicional. Nenhuma dessas normas poderá ser produzida sem a observância do devido processo legal. O devido processo legal é, portanto, garantia contra o exercício abusivo do poder, seja ela qual for!

Conforme adverte Fredie Didier Jr., o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Isso se dá porque tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental.

E, embora, se ressalte que a vantagem de se identificar cada uma dessas exigências é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, nem sempre o conteúdo mínimo construído após séculos de aplicação dessa cláusula, se mostra suficiente para a solução de problemas contemporâneos. A construção do processo devido é obra em permanente progresso[173].

---

[170] FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
[171] *Idem*.
[172] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. RL 1.2.
[173] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. p. 66-67.

O fato de ser cláusula geral permite que o texto normativo se mantenha em vigor, sendo incorporado aos mais diversos tratados e constituições.

3.7 Devido processo legal na perspectiva ativista e garantista

A compreensão de prestação jurisdicional adequada concebe um raciocínio teleológico, em que a concretização dos desígnios de justiça importa na construção do procedimento de acordo com a capacidade dos instrumentos de efetivar os escopos do processo. Bem por isso o efetivo acesso à justiça implica na construção do procedimento preocupado com a concretização de direitos, mediante a construção e interpretação da técnica processual a partir de um conteúdo íntegro.

Cumpre à técnica processual servir como instrumento capaz de realizar a justiça material, cuja razão de ser é justamente o alcance das finalidades do processo. Os mecanismos e institutos processuais servem efetivamente como instrumentos de construção racional e ordenada do pronunciamento judicial capaz de atender e realizar satisfatoriamente os compromissos do processo para com as partes e a sociedade (DINAMARCO, 2001).

Nesse sentido, a efetividade do processo está imbrincada com a ideia de processo "[...] apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais". Com efeito, "[...] é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema" (DINAMARCO, 2001, p. 270-271). Destarte, a compreensão da técnica processual exige intepretação teleológica, a qual confere integridade ao sistema.

Sem embargo, afirmar o processo como ferramenta capaz de realizar a justiça não redunda na sua compreensão como mero instrumento da jurisdição. Importa, na realidade, em um compromisso do processo com desígnios que o fundamentam e o justificam, os quais influenciam de modo determinante a técnica processual. Ou seja, representa a orientação do processo de acordo com a efetividade do processo, a qual é representada por *standards* que o legitimam.

Dito isso, ocorre que o dinamismo nas relações sociais e as alterações ideológicas sofridas no nosso Estado Democrático de Direito exigem a construção e compreensão da técnica processual de acordo com a adequada e justa prestação jurisdicional. Tem-se que as múltiplas situações sociais conflituosas demandam técnicas adequadas para a consolidação de soluções satisfatórias, que atendam efetivamente as necessidades do direito material em jogo.

Assim, as complexas relações sociais modernas reclamam um procedimento atento às suas peculiaridades, capaz de realizar concretamente as pretensões dos sujeitos de direitos e, também, os desígnios do processo.

É nesse sentido que entende-se a *garantia* processual em face do *ativismo*, mesmo entendendo a atuação do judiciário dentro de sua legitimidade em usurpar poder legítimo, com razão jurídica o suficiente, o processo deve garantir não só o acesso à justiça, mas a garantia de justiça, isto é, do procedimento ser justo, *garantindo-se todos os critérios necessários para que a lide tenha a melhor resolução possível*, dentro dos critérios de justeza determinados pela realidade dos fatos e a aplicação concreta da justiça.

4 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO

4.1 Origem e evolução no desenvolvimento ocidental do direito processual

Georges Martyn, afirma que "não se pode sobrestimar o papel do direito eclesiástico no desenvolvimento do pensamento e da ciência jurídicos. A *civil law* tradition, hoje espalhada pelo mundo todo, só se percebe conhecendo a sua dupla raiz dos direitos canônico e romano."[174]

No que diz respeito às relações jurídicas, pode-se falar de uma recíproca influência do direito romano sobre o direito da Igreja e, o pensamento jurídico romano não só constituiu um

[174] MARTYN, Georges. **Prefácio da obra de Claudio Brandão – Lições de História do Direito Canônico e História do direito em perspectiva.**

forte impulso para a formação do direito canônico, como também exerceu sobre este um efeito duradouro que se estendeu ao longo do século.[175]

Na verdade, a Igreja foi obrigada a tomar emprestado do direito romano alguns de seus institutos pela própria insuficiência do próprio direito até então restrito as suas próprias querelas.

Não poderia ser de outra forma, já que no âmbito da Igreja os clérigos tinham vasto conhecimento das normas jurídicas imperiais, sendo eles os maiores guardiões dos manuscritos conservados nas bibliotecas dos mosteiros e abadias, fato que contribuiu para a preservação dos princípios de direito romano.

Releve-se, por oportuno, que o processo de formação do Direito Canônico passou por um longo período compreendido entre os séculos XI a XIII e, releve-se, nenhum fenômeno jurídico teve um processo de formação tão longo e tão complexo. Ao longo desse período, a Igreja partindo de sua própria originalidade jurídica, foi incorporando outros elementos de ordenamentos jurídicos diversos e costumes dos povos do entorno como os judeus, romanos e povos nórdicos que se estabeleceram em Roma ou que se cristianizaram[176].

Portanto, o direito canônico depende, inicialmente do direito romano e essa influência fica bem nítida quando no âmbito do estudo de Bolonha, o cristianizado direito justinianeu e romanizada a Igreja passam a ter seus ordenamentos jurídicos analisados conjuntamente resultando naquilo que viria a ser apresentado pelos doutores bolonheses como um sistema jurídico romano-canônico, denominado sistema *utrumque ius*, que mais tarde foi difundido por toda a Europa[177].

Durante o século XI, nas regiões centro-norte da Itália, começou a se formar juntamente com o desenvolvimento civil e comercial, uma classe de juristas engajados em atividades práticas. Eram juízes, notários e advogados envolvidos em atividades teóricas destinadas ao estudo e recolha de textos jurídicos romano e lombardo.

---

[175] FANTAPPIÈ, Carlo. **Storia del Diritto canônico e delle istituzioni dela Chiesa**. *In*: Mulino, 2018. p. 49.
[176] ECHEVERRIA, Lamberto de e outros. **Nuevo derecho canônico**: Manual universitário por catedráticos de derecho canônico (Salamanca). MADRID: Biblioteca de autores cristianos, MCMLXXXIII.
[177] Conforme Cláudio Brandão "o papa Dâmaso (366-384) é apontado como primeiro eclesiástico que esteve a frente do processo de cristianização de Roma e de romanização do cristianismo".

Os objetos desse renovado interesse pelas fontes jurídicas foram em primeiro lugar as coleções da compilação de Justiniano, incluindo o Digesto, o qual esteve por séculos em completo esquecimento.

Surge a nova era do direito medieval que se anuncia em várias frentes. Nas décadas finais do século XI, a reforma da Igreja e os primeiros testemunhos de uma cultura jurídica renovada, fazem-se acompanhar de transformações da documentação escrita nos negócios e nas atas judiciárias. Como exemplo, citem-se as cartas de compra e venda, permuta e doação nas quais estão presentes fórmulas antes desconhecidas e que vêm demonstrar a utilização do Digesto depois de séculos de esquecimento.[178]

Testemunham essa época vários documentos privados e judiciários que confirmam a existência de juízes, causídicos e de escrivães com grande familiaridade com os textos de Justiniano.[179]

Como assevera Antonio Schioppa "o impetuoso desenvolvimento demográfico, o renascimento das cidades e do comércio, a formação das primeiras comunas mediante uma verdadeira revolução das autonomias, tudo isso punha em crise o sistema dos costumes formados nos longos séculos da Alta Idade Média." A base jurídica com qual os juristas trabalhavam mostrou-se insuficiente, já que não mais respondiam às necessidades de uma sociedade que estava atravessando uma mudança extraordinária.

Por essa razão, fez-se sentir a exigência de um tecido normativo mais adequado em relação às leis da Alta Idade Média de matriz germânica. O renascimento da compilação de Justiniano foi a resposta a essa exigência.[180] A adoção do *Corpus Iuris* como texto de lei de valor universal fazia derivar sua legitimação da mais alta autoridade terrena na esfera das relações civis, o Império. Os imperadores medievais se consideravam sucessores dos antigos imperadores.

---

[178] SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 61.

[179] Tome-se como exemplo o que se vê em um litígio datado de 1908 em Garfagnolo, no qual os juízes fazem expressa menção a um texto do Código de Justiniano para analisar a questão; o mesmo se deu em Roma em documento datado de 1107, onde está registrada uma mudança sutil de argumentação textual entre os advogados das duas partes em causa. SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

[180] SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 62.

Explica Schioppa que a utilização da compilação na prática negocial e processual seria inviável se não houvesse instrumentos adequados para a análise e interpretação que permitissem o acesso a um conjunto de textos que, de outra forma, seriam herméticos e inúteis. Para tal mister, era necessário o conhecimento de um método adquirido depois de muitos e muitos anos de estudo, ou seja, era necessário o suporte de juristas profissionais, formados por aqueles textos e, por isso habilitados para utilizá-los adequadamente.[181]

Foi em Bolonha, a partir do início do século XI, que o sistema do *Utrumque ius* se formou. Este sistema jurídico romano-canônico que mais tarde se difundiu por toda a Europa indicava o ordenamento jurídico legal e traduzia as seguintes ideias:

a) unifica e harmoniza as várias fontes do direito (direito romano-justinianeu, direito canônico e direitos locais);

b) encerra um objeto único de toda ciência jurídica europeia, quer ainda enquanto trata *este objeto segundo os métodos de uma comum* ciência *do direito, fruto de um ensino universitário do direito que era comum por toda Europa e vulgarizada por uma literatura escrita ou traduzida numa língua também comum – o latim.*

Esse momento surgiu concomitantemente com o Renascimento quando reapareceu o interesse intelectual e erudito pelo direito. Até então, o conhecimento jurídico que se tinha vinha do direito romano mantido pelos clérigos, hauridos nos manuscritos conservados nas bibliotecas e abadias, fato que muito contribuiu para a preservação dos princípios do direito romano que se fizeram sentir na elaboração conceitual dos dogmas do ordenamento jurídico da Igreja.[182]

A nova relação entre o homem e a natureza, assim como entre filosofia e teologia, determina uma revolução de pensamento que investe totalmente no mundo do direito e da ciência jurídica. A crescente confiança na racionalidade do mundo leva os juristas a acreditarem que seria possível descobrir e aprimorar as leis que regulassem a conduta humana e a natureza.[183]

---

[181] *Ibidem*, p. 63.
[182] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 44-45.
[183] FANTAPPIÈ, Carlo. **Storia del Diritto canonico e dele istituzioni dela Chiesa**. *In*: Mulino 2018. p. 101.

Esse fenômeno de renascimento dos estudos jurídicos começou na escola fundada em Bolonha e, sua concepção tem origem envolta em uma certa obscuridade. Sabe-se que por volta do fim do século XI, o jurista Pepo ou Pepone,[184] deu início a um ensino de direito, porém, o que dele se sabe pelos poucos testemunhos que chegaram até nós é que foi exaltado como um dos primeiros renovadores do estudo do direito romano, o que sublinha de fato a profunda diferença da época *pré-irneriana*, caracterizada pelo uso instrumental do romano.

Em sentido contrário, a figura de Irnério foi extremamente carregada de importância histórica, pela atribuição a um único autor de uma produção jurídica – literária de múltiplas personalidades – principalmente de seus alunos.

Essa figura, para o historiador do direito medieval, não é, na realidade, historicamente bem definida. Em primeiro lugar, é o próprio nome *Irnerio* que engana: a figura histórica do mítico *fundador* da escola de Bolonha deve ser gravada com a do juiz bolonhês *Wernerius* ou *Guarnerius*, presente em muitos documentos da prática judiciária e que no ano de 1119 foi excomungado por ter patrocinado a nomeação de um antipapa[185].

Em suma, a fama de Irnério é decorrente de sua atividade de interpretação da compilação justinianeia. O Digesto, o Código, as Instituições e as Novelas foram estudadas no texto original, analisados com extrema capacidade crítica e, por ele acompanhados, à margem do texto romano transcrito em códices de pergaminho, de milhares de anotações (glosas).[186]

No final do século XII, alguns contrastes que surgiram entre os alunos levaram alguns deles a abandonar Bolonha e a mudar-se para outras cidades, onde fundaram outras universidades. Foi, precisamente, graças a estas estruturas e em particular à obra de Irnério, que o direito romano Justiniano viu o seu renascer como um objeto de renovado interesse, que se materializou, sobretudo, no estudo e investigação das fontes romanas, bem como na sua reorganização e interpretação.

Este estudo aprofundado do *corpus justiniano* teve ainda o propósito de dar vida a uma lei definida como *comum*, capaz de ser aplicada universalmente no Império e de ser incorporada

---

[184] Schioppa explica que Pepo *legis doctos* presente à sentença de Marturi no ano de 1076, dera início a um ensino de direito, que, porém, não deixou quase nenhum vestígio na Itália, mesmo sendo ocasionalmente citado na França e na Inglaterra no século XII.

[185] Riassunto di storia di diritto. La nascita della scientia iuris per merito di Irnerio. Università delli Studi di Teramo.

[186] SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 63.

como fonte de direito subsidiário no que diz respeito aos diversos direitos particulares em vigor nos municípios italianos, nos feudos e nos reinos, que foram expressão da forte fragmentação jurídica presente nos territórios europeus naquele momento histórico.

Do embate entre os poderes laico e eclesiástico, surgiu a célebre querela das investiduras[187] iniciada entre Henrique IV e Gregório VII, ensejando profícua discussão teórica a respeito da soberania e da lei.[188]

Buscava-se dessa forma delimitar as esferas de atuação da igreja e do império que embora já houvesse sido demarcada – no campo das coisas temporais devia o Papa obediência ao Imperador e no terreno espiritual, o inverso – nem sempre a ordem era obedecida.

Essa situação veio a agravar-se com o renascimento científico do direito romano e o conflito instalou-se nas comunas italianas entre guelfos e gibelinos; nas Universidades, às constituições imperiais opõem-se às decretais e aos cânones, legistas e canonistas passam a ser célebres rivais.

Durante as cinco décadas que se seguiram ficou gravemente debilitada a antiga simbiose das autoridades religiosas e temporal, uma vez que os soberanos laicos se negavam a conceber a ideia de subordinação dos direitos terrenos (eclesiástico e secular) ao ordenamento divino, o que não satisfazia o ponto crucial das exigências preconizadas pela reforma gregoriana[189].

Diante da concepção medieval voltada a um mundo romano-cristão, conclui-se então ser imprescindível uma *utraque lex*, a partir da coexistência de uma *specialis coniunctio* entre ambas as Instituições: Império e Igreja, como proclamavam os teólogos coetâneos[190].

Assim sendo, do ponto de vista dogmático, considerado o direito comum como ordenamento jurídico de caráter cosmopolita, é correto afirmar que após esse momento, o *ius civile* e o *ius canonicum* representavam dois conjuntos normativos distintos, embora coordenados e indissolúveis, formando um sistema unitário de normas universais.

---

[187] "A querela das investiduras foi um movimento no qual a Igreja protestava contra a nomeação de bispos e papas pelo Imperador. No século X, o poder papal estava enfraquecido. A situação se encontrava tão embaraçosa que os imperadores germânicos nomearam doze papas e excluíram cinco. Revoltados, os clérigos da Abadia de Cluny, na França, manifestaram-se exigindo maior autonomia à Igreja, que queria tomar o poder de escolha de seus membros para si."

[188] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 46-47.

[189] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 47.

[190] *Ibidem*, p. 47.

A sociedade medieval do Ocidente foi regida pelo direito comum: o direito canônico *in spiritualibus* e o direito romano *in temporalibus.*

Nesse contexto, era necessário que a Igreja se mobilizasse em prol de uma ciência jurídica canônica autônoma. Assim é que o monge Graciano, por volta de 1140, inspirado nas compilações dos Bispos de Worms e Ivo de Chartres, elabora o Decreto de Graciano[191] que vem a tornar-se a coleção canônica mais respeitada do mundo cristão, sendo considerada a pedra angular da codificação do direito canônico.

Trata-se do Decreto de uma única compilação de aproximadamente quatro mil textos, que abarcavam todo o espectro das relações jurídicas da Igreja: fontes do direito, nomeações e poderes do clero secular e regular, normas processuais nas causas eclesiásticas, crimes e sanções de natureza religiosa entre outros e, também textos de direito secular, principalmente de direito romano.

Segundo Cláudio Brandão esse trabalho foi escrito entre os anos 1130 e 1150 e apareceu na forma de dois rescritos. O primeiro era mais curto e teve circulação limitada; o segundo, chamado de recensão ordinária, que foi destinada a se tornar a edição padrão, era consideravelmente maior que a primeira versão, possuía maior densidade, quer nas fontes romanas quer nos fundamentos jurídicos, e atingiu grande circulação em 1150[192] [193].

As contribuições romanísticas, referentes especialmente, à técnica processual, multiplicaram-se por obra dos juristas que puseram mão a obra, até ultrapassar marca superior a duzentas contribuições.

A obra de Graciano foi sem dúvida um divisor de águas na história do direito canônico e sua importância reside no fato dela ter sido o mais importante fator de desenvolvimento desse

---

[191] "Nell'ambiente universitário di Bologna, dove opera come docente, ile monaco Graziano, redige un'opera che costituirà il punto di riferimento insostituibile per i canonisti. Si trata di una raccolta di fonti disparate a cui è dà il titolo innovativo, ed evocativo dela ricerca d'una corrisponenza dei canoni, ***Concordia discordantium canonun,*** sucessivamente denominata ***Decretum Gratiani.***" FANTAPPIÈ, Carlo. **Storia del Diritto canônico e dele istituzioni dela Chiesa**. In: Mulino, 2018. p. 105.

[192] BRANDÃO, Claudio. **Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em perspectiva**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. p. 83.

[193] Segundo Cláudio Brandão, a importância ímpar da obra de Graciano, por óbvio, não consiste na criação de normas, pois só poderiam ser criadas pelas instâncias da hierarquia, sobretudo através dos concílios ecumênicos e das decretais papais. O papel de Graciano foi dar as diversas normas uma coerência sistemática, através da fixação de critérios para a identificação da norma aplicável, quando houvesse alguma contradição. **Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em perspectiva**. Belo Horizonte: D´Plácido, 2017. p. 84.

direito, bem como de ter sido o primeiro texto a demarcar os contornos científicos do referido direito canônico, marco por meio do qual este começou a forjar-se como um sistema.

Após a compilação de Graciano, os sucessivos Papas continuaram a legislar mediante inúmeras decretais em resposta às exigências e necessidades da época.

Esse fato fez com que surgissem inúmeras compilações de valor e autenticidade duvidosos, o que levou o Papa Gregório IX a incumbir o dominicano Raymundo de Pennafort a elaborar uma coleção de decretais que não haviam sido recolhidas no Decreto, mas que continuavam a ser observadas nos tribunais e no ensino do direito canônico.

Assim, nasceram as Decretais de Gregório IX de caráter universal e obrigatório com 5 livros, 185 títulos e 2.139 capítulos, contendo, além de cânones apostólicos e conciliares, de outros textos eclesiásticos e direito romano, decretais editadas a partir de Inocêncio III dispostas em ordem cronológica[194].

Os Papas posteriores continuaram legislando e quando o jurista Benedito Gaetani assumiu o papado como Bonifácio VIII, se propôs organizar a justiça eclesiástica[195]. Esse Papa incumbiu uma comissão formada pelo Bispo de Béziers, Berenger Frédol, pelo Arcebispo de Embrum, Guilherme Mandagot, e de Ricardo Petroni de Siena, de rever a legislação vigente e de elaborar uma nova coleção com as decretais dos Papas que sucederam a Gregório IX e Nicolau III[196].

Essa nova coleção foi chamada de *Sextus liber* e foi aprovada pela bula *Sacrosanctae Romanae Ecclesiae,* se divide em 5 livros e como as demais, tem caráter universal e obriga a todos os fiéis.

Mais tarde, durante o Concilio Ecumênico de Viena, em plena época da cisma do Ocidente, manifesta-se uma tendência reformadora em duas dezenas de constituições aprovadas na terceira e última sessão daquele evento, que depois de devidamente revisadas foram recolhidas em um volume que veio a se tornar a célebre decretal *Clementina Saepe* do ano de 1306, que instituiu o processo sumário[197].

---

[194] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 55.
[195] Vale ressaltar que o Papa Bonifácio VIII foi o fundador da Universidade da Sapienza em Roma no ano de 1296.
[196] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 57.
[197] *Ibidem*, p. 58.

Finalmente, em 1500, Jean Chappuis, publicou uma coleção contendo o Decreto de Graciano, as Decretais de Gregorio IX, o Sexto de Bonifácio VIII, as Clementinas e as Extravagantes e a intitulou de *Corpus Iuris Canonici.*

Em 1582, a Santa Sé aprova a publicação da edição oficial do *Corpus Iuris Canonici*, destinada ao ensino e à prática judicial. Pouco tempo depois, Paulo V, sente a necessidade de facilitar o estudo do direito canônico através de uma obra didática e providencia então a inclusão das Instituições de Paolo Lancelotto cujo livro 3 trata do processo civil.

O processo canônico atinge seu ápice nos séculos XIII e XIV, e nesse momento a Igreja atinge extraordinário poderio. Nesse estágio o processo é informado pelos postulados da unidade, segurança, organização, revelando estrutura lógica e objetiva, destinado a alcançar, tanto quanto possível a perfeição.

Impõe-se o processo escrito e formal, formando seções estanques entre si que se sucedem umas às outras e cada fase (eram muitas) encerrando-se com o pronunciamento judicial interlocutório, do qual admitia-se recurso.

As fontes jurídicas nos revelam que remonta a essa época a noção de um processo lento, custoso e extremamente formal que clamava por celeridade.

Atendendo a esses reclamos foi introduzido o procedimento sumário que tinha natureza eminentemente oral oferecendo contraste com o escrito. Caracteriza-se pela concentração de atos probatórios e amplos poderes instrutórios do juiz em contraste com o formalismo exagerado do procedimento ordinário – longo e demorado.

Essa dinâmica demonstra que o direito processual canônico é talvez a mais significativa demonstração de que a Igreja, apesar de divina, é muito humana. E não se tem dúvida de sua enorme influência na história da civilização nos últimos dois mil anos, e, sobretudo, no campo do direito processual.

Chiovenda acertadamente afirmou que é impossível estudar os institutos fundamentais do processo civil e enfrentar seus problemas, sem estudar o processo romano, já que história do direito processual se resume na relação romano-germânico que viria formar junto com o direito canônico as bases de nosso ordenamento.

Resulta daí, a provável origem desse princípio que é um dos maiores legados do sistema processual romano e que é a garantia do jurisdicionado contra o arbítrio judicial. Essa garantia

expressa em máximas[198], refletia suas várias faces e que, embora mitigadas, ainda hoje permeiam nosso ordenamento processual e deixam claro o fato de que incumbe às partes a tarefa de determinar o conteúdo, objeto e impulso do processo.

Como se percebe da análise da legislação mais antiga, pode-se dizer que princípio dispositivo sempre esteve presente em nosso direito.

Com efeito, desde o Código de Processo Criminal de 1ª Instância de 1832, bem como o Regulamento 737, a Consolidação Ribas, o Código de Processo Civil de São Paulo e os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e o atual de 2015, sustenta-se que a iniciativa probatória compete às partes e não ao juiz.[199]

Estudar o princípio dispositivo é, portanto, fundamental para a compreensão do direito processual haja vista a influência que sofreu ao longo dos anos e que se revela na alternância de sua importância, ora mais valorizada, ora mitigada.

Com efeito, muito se tem escrito sobre o princípio dispositivo nas últimas quatro décadas, mas, com poucas variantes, a maior parte dos doutrinadores fê-lo apenas em contraposição a outros princípios e, especialmente, ao princípio inquisitivo, ou, ainda, inserido em questões relativas ao direito das partes e técnica processual.

No longo percurso traçado pela jurisdição percebe-se que a atuação do magistrado oscila de acordo com a conveniência do momento. De igual modo, na longa evolução do Direito Processual, esse princípio está relacionado à passagem da justiça privada para a justiça estatal, momento em que se delegou a uma autoridade estranha ao conflito, a tarefa de resolvê-lo[200].

---

[198] Como exemplo, podemos citar, entre outros, *"*ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra petita partium, nemo iudex sine actore, da mihi factum, dabo tibi ius".

[199] O CPC/1973 manteve o princípio dispositivo, o que ocorreu com o CPC/2015 como se vê em vários de seus artigos.

[200] "En un ordenamiento jurídico-civil, cuando surge controvérsia entre dos indivíduos acerca de la atribución de un bien de la vida, no se admite que los litigantes provean a dirimirla com sus propias fuerzas y médios. Esto es lo que sucedia historicamente em um comienzo. Pero con el tempo, aun en los pueblos primitivos, el Poder público, interessado em asegurar la paz social y eliminar las luchas que la perturben, interviene em la contenda, unas veces, simplesmente para regular sus formas exteriores" CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução E. Gómez Orbaneja. 2. ed. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1948. v. I. p. 37.

4.2 Formação do Processo Canônico e seus reflexos no Processo de Conhecimento

Com o desenvolvimento do comércio e o aumento da riqueza, os litígios privados tornaram-se mais complexos e numerosos, reclamaram a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais, e fizeram com que, nas derradeiras décadas da realeza, os magistrados públicos viessem paulatinamente a substituir os sacerdotes.

No entanto, deve-se ter em mente que a *iurisdictio*, mesmo sendo uma das formas de manifestação da *potestas* pública, consistia no poder atribuído a certos magistrados de declarar, não de julgar, a norma aplicável a um determinado caso concreto.

A estrutura do processo formular passou a sofrer influência cada vez maior da *cognitio*, até o ano de 342 d.C., quando foi proibido o emprego da fórmula, e se firmou em definitivo o terceiro período.

Nesse período, que ficou conhecido como da *extraordinária cognitio* ou *cognitio extraordinem*, já se tinha na figura do magistrado um funcionário do Estado, cuja função se iniciava com o recebimento da pretensão e findava com a execução da sentença. Esse período vigorou com profundas modificações até os últimos dias do império romano do Ocidente[201].

Durante a *extraordinaria cognitio* se introduziram as maiores modificações no processo civil romano, dentre elas, a eliminação da bipartição de instâncias e a ruptura com o sistema da *ordo iudiciorum privatorium*, o que conferiu ao processo um inequívoco cunho publicístico.

Em virtude dessa publicização do processo, o juiz passou a ser o titular do poder-dever de examinar as provas e proferir a sentença que a, partir de então, deixava de ser um ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas consubstanciava-se na expressão da vontade do soberano: *exautorita e principis*.

Outras mudanças significativas foram introduzidas e confirmaram outra face ao processo, embora mantivesse o princípio dispositivo a sua posição quanto à fixação dos limites

[201] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 40-45.

da demanda, que, já naquela época eram estabelecidos exclusivamente pelo autor na petição inicial.

Consequência dessa liberdade de agir, a *plus petitio* não mais ensejava o gravíssimo efeito de extinguir o direito do demandante, mas apenas a perda da demanda, que poderia ser reproposta.

A situação passa a mudar no processo pós-clássico da *cognitio*, quando foi, paulatinamente, anulada a liberdade de apreciação, dando lugar a um procedimento normatizado de valoração, no qual o juramento desempenha papel cada vez mais importante, criando-se o dever de testemunhar.

Foi sob os auspícios da Igreja na Idade Média, no entanto, que o princípio dispositivo veio a ter a sua maior relevância. Histórica e substancialmente, o direito da Igreja foi diretamente influenciado pelo Direito Romano, germânico e canônico e constituiu verdadeiro avanço, visto que aperfeiçoou os meios de controle dos fundamentos de fato e de direito dos julgamentos, e contribuiu, além disso, para estabelecer nítida separação entre o juiz e as partes, entre o juiz e os sujeitos e objetos da prova, proximidade então considerada ameaçadora da imparcialidade do magistrado.[202]

E não se tem dúvida de sua enorme influência na história da civilização nos últimos dois mil anos, sobretudo no campo do Direito Processual, como fonte produtora de pensamento jurídico, que adquirirá níveis de excelência, combinando-se com a herança jurídica romana e as práticas germânicas, dando origem a um direito novo.[203]

O processo, definido como romano-canônico, foi fundado, portanto, sobre o papel ativo e decisório do juiz, que foi responsável pela reconstrução dos acontecimentos através da avaliação de evidências. Também é chamado de processo inquisitorial, uma vez que o juiz teve o poder de questionar o acusado e as testemunhas durante a *inquisitio* (investigação) e para recolher seus depoimentos, que teriam o valor de prova testemunhal.

Comparando esse sistema com o germânico anteriormente em vigor, são evidentes as diferenças, visto que esta se limitava a integrar o funcionamento da justiça privada, não se

---

[202] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996. p. 140.
[203] MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade**: evolução histórica da prova. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 249.

preocupando em chegar à verdade dos fatos polêmicos, mas apenas a rápida solução da disputa para restaurar a paz social em um curto espaço de tempo.

Importante ressaltar a percepção de que, a exemplo do que acontece hoje, não havia uma utilização exclusiva do princípio dispositivo, mas, sim, uma nítida prevalência na sua aplicação.

Em razão da posição universal da Igreja, no período em que esta e seu direito gozaram de preponderância no contexto jurídico do ocidente europeu, dogmática e jurisprudência deste último serviram para construir o direito comum, caminhando par a par com o trabalho de interpretação e elaboração desenvolvido pelos glosadores com relação ao direito romano.[204]

O legado do Direito Romano-Canônico para o direito processual ainda hoje permeia nosso ordenamento como deve acontecer quando se trata de valores absolutos e perenes. Tome-se como exemplo o novel Código de Processo Civil, que restabeleceu com vigor os institutos da conciliação e da arbitragem, cujas origens estão fincadas nas antigas comunidades e confrarias, onde seus membros renunciando à justiça oficial, preferiam pôr termo à controvérsia mediante o compromisso, orientados por alguém mais experiente que os aconselhasse.

A preocupação quanto à realização da justiça, ao dispor o direito canônico que a coisa julgada só corria depois de três sentenças, mantém-se intacta no nosso sistema recursal bem como a advertência de que as sentenças proferidas nas causas sobre o estado das pessoas jamais passariam em julgado.

Esses são apenas alguns exemplos que marcam de forma indelével a presença do direito canônico em nosso direito processual e como bem assevera o atual Código de Direito Canônico, a Igreja e o direito que lhe corresponde, embora sensíveis às várias transformações ocorridas no substrato social, permanecem íntegros no sentido de resguardar e preservar aquele princípio que os instruiu, fundado na fraternidade e harmonia, na equidade e solidariedade perseguidos e desejados por todos os que labutam pela realização de um direito justo e fraterno.[205]

---

[204] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 159.
[205] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico:** história e direito vigente. São Paulo: Revista dos tribunais: 2001. p. 163.

4.3 O processo romano-canônico ou processo inquisitório. As contribuições do sistema germânico

A redescoberta do direito romano também teve repercussões na esfera processual. Os glosadores foram buscar inspiração na disciplina processual romana, fazendo algumas mudanças e enfatizando o papel do juiz. Dessa forma, formularam um esboço geral do procedimento que poderia ser aceito por qualquer tipo de tribunal, o que reduziu o formalismo do processo romano original, admitindo a defesa de direitos também além das fórmulas individuais.

O juiz era funcionário da administração imperial e exercia as suas funções de jurisdição de forma estável, em função do cargo que ocupava. Nessa função, era chamado a averiguar a verdade dos fatos e a pronunciar-se por meio de sentença escrita.

Tanto civis como canonistas olharam para esse modelo de justiça, teorizando uma forma processual centrado na autoridade do juiz, a quem foi confiada a tarefa de apurar os fatos e estabelecer o cumprimento das normas.

O processo, definido como romano-canônico, foi fundado, portanto, sobre o papel ativo e decisório do juiz, que foi responsável pela reconstrução dos acontecimentos através da avaliação de evidências.

Esse modelo de processo também foi, e ainda é chamado de processo inquisitorial, uma vez que o juiz tinha o poder de questionar o acusado e as testemunhas durante a *inquisitio* (investigação), para recolher seus depoimentos que teriam o valor de prova testemunhal.

Do sistema probatório também fazem parte as provas escritas bem como documentos contratuais. Uma vez verificada a situação concreta, o juiz avaliava se estava conforme ou não à lei e decidia com uma sentença constitutiva.

Comparando esse sistema com o germânico anteriormente em vigor, são evidentes as diferenças, visto que este se limitava a integrar o funcionamento da justiça privada, não se preocupando em chegar à verdade dos fatos polêmicos, mas apenas a rápida solução da disputa para restaurar a paz social em um curto espaço de tempo.

A solução da disputa foi deixada para o prova decisiva realizada ou apresentada no decurso do julgamento, prova considerada divina, visto que vindo diretamente da vontade de Deus (por exemplo, provação). Nesse sistema, ao juiz foi reservada a única função de declarar o resultado da prova. É só com o processo Romano-Canônico que voltamos a uma ideia de justiça pública, que deve ser perseguida por julgar por meio de um sistema inquisitorial.

É precisamente por isso que são confiados ao juiz novos poderes e novas funções: compete-lhe proceder *ex officio* contra o agressor, recolher provas e avaliar sua relevância e, por fim, emitir a condenação ou absolvição. A primeira tarefa do juiz era atingir a verdade. Para conseguir isso, ele tinha uma variedade de meios de coleta de evidências, incluindo tortura, considerado o melhor meio de obter uma confissão. Este último, aliás, foi considerado no sistema de evidências, o *julgamento da rainha*.

Como já mencionado, foi graças ao trabalho dos juristas bolonheses e a considerável evolução do direito canônico, a criação de uma lei evoluída de vital importância que foi a *Ius Commune* que levou a uma unificação da lei em um território permeado por peculiaridades jurídicas difíceis de misturar.

Esta "revolução" no campo do direito substantivo teve consequências consideráveis do ponto de vista processual, porquanto derrubou a visão anterior do julgamento como uma forma de justiça privada destinada a restaurar a *Pax societatis*, deixando de lado a busca da verdade dos fatos e utilizando as formas das provações, de guidrigildo[206] duelo e feudo.

Daí a necessidade de criar uma nova forma de processo que visa a ideia de *Suum cuique tribuens*[207] e, consequentemente, atribuir o campo da justiça à ordem pública, buscando não apenas restaurar a paz dentro da sociedade, mas a verdade por todos os meios e julgando, consequentemente, a responsabilidade do infrator.

Glosadores e canônicos a partir do estudo do processo Romano Justinianeu criaram o *codice Processo Romano-Canônico* de caráter inquisitorial formado pela união entre a ordem

[206] Do Latim medieval guidrigild – de origem germânica – No antigo direito germânico, o preço que o matador de um homem livre tinha que pagar à família do morto para se redimir da vingança: originalmente consistia em cabeças de gado e depois em quantias em dinheiro, que variavam de acordo com a posição social do ofendido; o costume morreu no século. XIX com a prevalência do poder público.

[207] Fragmento do trecho de uma expressão latina de Ulpiano que em sua totalidade explica que a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.

processual do direito romano e o procedimento inquisitorial eclesiástico, bem como os vários tipos de justiça penal amplamente difundido na Europa.

O marco inicial desse novo tipo de processo pode ser fixado em 1215 a partir do momento em que, durante o IV Concílio de Latrão, o Papa Inocêncio III proibiu as provações e todos os meios de justiça oriundas do sistema privado romano-bárbarico substituindo-os pelo modelo procedimental da *Inquisitio haereticae pravitatis.*

O contraste entre os procedimentos inquisitoriais (qualificado por iniciativa *ex officio*, de juiz e tendência a assumir os caracteres do sigilo e da escrita) e processual acusatório (iniciado por qualquer indivíduo particular, com foco no julgamento e iniciativas probatórias do partes, permeadas pelos princípios da publicidade e oralidade e com o juiz colocado em posição de *super parte*) sempre alimentou o debate doutrinário desde a era do direito comum até a era dos códigos modernos. Desde o início da Idade Média, uma dicotomia foi criada entre esses dois modelos, períodos alternados de substancial preeminência de um sobre o outro.

Enquanto o modelo medieval inicial se reflete nos procedimentos adotados pelos tribunais feudais, o florescimento dos costumes e estatutos municipais entre os séculos XI e XIII confirma, a princípio, um certo favor para formulários de acusador com a assunção pelos órgãos municipais de funções jurisdicionais cada vez mais amplas e precisas.

Ao mesmo tempo, o surgimento e a afirmação da escola de brilho enfrenta um direito de um lado Romano-Justinianeo, que se centra em modelos acusatórios sem ignorar estruturas e institutos tipicamente inquisitoriais, de outro uma lei canônica que do pontificado de Inocêncio II e de disposições do IV Concílio de Latrão (1215), desenvolve o princípio na base teológica inquisitorial, ao colocar a iniciativa *ex officio* do juiz e a denúncia no mesmo nível da acusação como meio normal de levar a cabo o processo.

Outro aspecto importante da contribuição do direito germânico, especialmente para fins processuais na seara negocial, é a proteção do terceiro de boa-fé quanto ao início dos Registros públicos de propriedade, criando-se aqui a *gewere*, ainda no século XII, criando conceitos importantes que reverberam, pela ideia de *eficácia erga omnes*, aos processos envolvendo relações imobiliárias[208], vez que o desenvolvimento inicial das relações comerciais trouxeram uma noção de boa-fé, não só ao direito material, mas ao direito processual.

---

[208] ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil:** derecho de las cosas. Barcelona: Casa Editorial, 1970. p. 152.

Nesse sentido, entendeu Fábio Caldas de Araújo:

> "Todavia, essa proteção à circulação dos bens não pode ser compreendida com o apego às formulações do direito romano, mas por meio da Gewere.[31] Aquele que tivesse depositado voluntariamente a sua Gewere para terceiro por meio de uma relação que compreendesse o depósito, comodato ou outra relação que permitisse inferir a separação entre a posse mediata e imediata somente poderia buscar o bem em relação a quem confiou, ou seja, "onde deixaste depositada a sua confiança; ali há de buscá-la" (Wo du deine Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen). A mão que guardou o bem seria a responsável pela manutenção e ela deve ser procurada para que o bem possa ser devolvido (Hand wahre Hand)."[209]

Dito isso, passar-se-á para a análise das influências romano-canônicas e germânicas no direito comparado contemporâneo.

4.4 A contribuição da doutrina italiana nos estudos de Chiovenda, Tito Carnacini, Liebman e Cappelletti

4.4.1 A visão de Chiovenda

Giuseppe Chiovenda em seu livro Instituições de Direito Processual Civil, advertia que "assim como é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta e geral." [210]

Coube a Chiovenda formular a proposição que seria adotada pelo nosso Código de Processo Civil, ao pôr em relevo que, para ser respeitado o princípio da igualdade das partes no processo, o ônus de afirmar e de provar se distribui entre elas, de modo que cada qual tem o encargo de provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz.[211]

---

[209] ARAÚJO, Fábio Caldas. **O terceiro de boa-fé.** São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. RB-5.4.
[210] ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 99.
[211] LOPES, João Batista. A **prova no Direito Processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

Isso significa dizer que, em regra, incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, a dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos.

Conforme adverte Boaventura Pacífico, a partir da monumental obra de Chiovenda, o Direito Processual Civil Italiano, passou a constituir um riquíssimo manancial de ideias e técnicas destinadas ao aprimoramento do processo e sua influência, como é notório, não se limitou àquele país, inspirando um leque extenso de legislações ao redor do ocidente, aí incluídos o Brasil, por meio de Liebman.

Nos últimos 40 anos, várias foram as reformas por que passou o processo italiano e, a exemplo de outras, todas almejavam maior efetividade processual.

Por isso, nem bem o *Codice di procedura civile* havia completado dez anos quando foi alterado para o fim de mitigar-se o regime de preclusões em primeiro grau, bem como para autorizar o controle, pelo colegiado, de provimentos proferidos pelo juiz instrutor.

Outra importante reforma foi a denominada reforma constitucional do justo processo (Lei constitucional n. 2/1999) que buscou constitucionalizar algumas importantes garantias processuais como o contraditório e a paridade de armas, juiz terceiro e imparcial, duração razoável do processo e direito de ação e princípio da demanda.

No que tange ao princípio da demanda, ressalte-se que, a exemplo de outros, o ordenamento italiano, dispõe que o poder de inciativa processual pertence ao titular do direito subjetivo.

Segundo a doutrina, o princípio da demanda é um instrumento voltado à garantia de imparcialidade judicial, pois se o próprio juiz tomasse a iniciativa do processo, estaria comprometido – ainda que psicologicamente – com o desfecho que ele próprio teria concebido ao dar o impulso processual.

Historicamente, esse princípio sempre se atrelou ao princípio dispositivo, ao qual também se costumava vincular a exclusividade de iniciativa probatória pelas partes, e, apenas no início do século passado, a doutrina italiana na esteira da alemã passou a distinguir ambos os fenômenos: o princípio da demanda tratada disponibilidade das partes sobre o objeto do processo, enquanto o poder de iniciativa probatória, atendo-se a verificação dos fatos alegados pelas partes, atrela-se ao desempenho da própria função jurisdicional.

Por isso, o CPC cuidou da disponibilidade das provas em artigo específico, art.115, e parcela expressiva da doutrina tem defendido o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz.

4.4.2 Os estudos de Tito Carnacini

Segundo Maria Elizabeth de Castro Lopes,[212] a obra clássica de Carnacini examina a realidade do processo judicial e demonstra que, como qualquer instrumento colocado a serviço do homem, o processo tem suas próprias exigências, e as pessoas que pretendem se servir dele, devem submeter-se a seu mecanismo cumprindo as regras peculiares que o regem.

Além disso, aquele que se serve do processo civil para resolver seus interesses próprios é obrigado a se transformar em um dos seus sujeitos, isto é, torna-se "parte" do próprio instrumento, obrigando-se com isso a adaptar-se, como o juiz, às normas de organização e funcionamento que se aplicam ao processo.

O autor explica que quando a parte se serve do processo para obter a tutela jurisdicional de um interesse material, e nesse caso ela se move de acordo com as regras do ordenamento sobre os interesses materiais das pessoas, ela põe em jogo aquilo que se chama ou pode-se chamar de um direito, tendo assim, o dever de cumprir os atos do processo, e nesse caso está presa à técnica peculiar do processo**,** segundo as regras da arte dando assim a sua contribuição.

Como se percebe. Embora sejam coisas distintas – a tentativa de tutelar o direito material e a contribuição que dá ao processo – as duas coisas estão intimamente relacionadas.

Segundo Carnacini, o problema de conceder mais ou menos poderes ao juiz é uma opção do legislador. E, nesse caso, pode-se afirmar que o princípio dispositivo continua em vigor em relação a esfera particular das partes (direito material) e o princípio inquisitivo, quando se tratar de direitos indisponíveis (direito processual).

O autor demonstra que não há como se falar em um princípio dispositivo 100% puro, mas, que isso, todavia, não significa dizer o oposto, ou seja, que se admita um processo inquisitivo 100%.

4.4.3 A concepção de Liebman

[212] LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 92.

Sobre a concepção de Liebman, o que se tem é que o autor a partir de estudo da doutrina alemã, identificou que a máxima *iudex iudicare debet iuxta allegata et probata partium* foi a base que sustentou os escritores tedescos a formular os critérios de direção que regulam a dinâmica dos mecanismos processuais.

Portanto, os alemães do início do século XIX concluíram que no *processo civil só estavam em jogo os interesses das partes.* Por isso, incumbia às partes, não só a iniciativa do processo, mas também o oferecimento dos elementos e meios para formar a convicção do juiz.

Só muito tempo depois é que foi possível distinguir-se o direito exclusivo de propor o processo e de pedir a tutela jurisdicional das regras de iniciativas das partes no desenvolvimento dos argumentos e da instrução da causa.

Mais adiante, Liebman mostra que a doutrina italiana no início do século XX e a legislação vigente, passaram a disciplinar o *princípio da demanda*, seu correspondente *princípio da pretensão e da sentença* e o *princípio da disponibilidade das provas*, que vem a ser a regra sobre o dispositivo no que concerne às provas.

Liebman, expõe que alguns autores consideravam o princípio dispositivo como estritamente dependente do princípio da demanda (princípio absoluto), como direito de dispor do direito privado refletido no andamento do juízo; outros o consideravam como simples conceito diretivo do legislador, mero princípio da oportunidade, maior garantia que representava a possibilidade de as partes defenderem seus próprios interesses, ponto de vista que prevaleceu, porque, uma vez instaurado o processo, seu desenvolvimento não deve obedecer à vontade das partes, mas, aos meios mais idôneos para garantir o melhor exercício da função jurisdicional.

Essa concepção não satisfaz aos estudiosos como Carnacini e Cappelletti, que consideram o princípio da demanda como pertencente ao titular da ação e o princípio dispositivo como técnico do processo.

No entanto, Liebman observa que apesar da existência de disposições especiais sobre direitos indisponíveis, não há uma regra especial sobre o princípio dispositivo sobre esses direitos, existindo apenas regras concedendo poderes inquisitórios ao Ministério Público.

Liebman afirma que ninguém é bom juiz em causa própria. O juiz deve ser um estranho à lide e imparcial em posição de neutralidade e equidistante da posição de quaisquer das partes.

Há diferença entre investigar e decidir e, portanto, essa imparcialidade poderia ser comprometida caso o juiz se encarregasse de provar.

4.4.4 Os estudos de Mauro Cappelletti

Foi Cappelletti em sua obra *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità* quem propôs uma revisão arrojada dos conceitos até então estabelecidos no que se refere à instrução probatória.

De formação eminentemente voltada para o social, e preocupado com a distribuição de uma justiça igualitária, Cappelletti propôs em sua obra uma tentativa de conciliação do princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz. O autor demonstra que a sua posição está em que às partes cabe a incumbência de expor suas pretensões, alegando e demonstrando a verdade dos fatos por elas narrados, e ao juiz a possibilidade de orientar as partes quando verificar um injusto prejuízo ou desequilíbrio entre elas[213].

Para desenvolver seu raciocínio, Cappelletti parte dos estudos feitos por Carnacini sobre o que se entende por princípio dispositivo, elencando seus pontos mais notáveis:

1) a atividade do processo em favor da parte como instrumento da tutela jurisdicional e a utilização do instrumento do processo como mecanismo interno em sentido jurídico, resultando, assim, que no momento da utilização do processo, as partes devem seguir as regras processuais, mesmo no caso de derrota processual;

2) a distinção entre as normas, poderes e deveres do momento do pedido da tutela jurídica material deduzida em juízo, ou seja, o interesse material das partes e das normas, poderes e deveres que alicerçam a estrutura e a técnica interna do procedimento, isto é, os meios processuais que melhor se adaptam aos fins que desejam alcançar;

3) a diferença entre os conceitos elaborados pela doutrina tedesca sobre o princípio dispositivo e a sua divisão em *princípio dispositivo*(*dispositionsmaxime*) e *princípio do debate*(*Verhandlungsmaxime*), sendo que o primeiro representa o monopólio da parte do interesse material de dispor da tutela jurisdicional (*nemo iudex sine actore e ne eat iudex ultra petita partium)* e o segundo significa o poder de monopólio da parte em determinar a técnica instrumental do procedimento (*iudex ex officio non procedat*).

---

[213] LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Cappelletti registra, no entanto, os pontos de discordância em relação ao pensamento de Carnacini, quais sejam:

1) não aceitação da dupla terminologia conferida pela doutrina alemã ao princípio dispositivo adotada pela doutrina italiana;

2) tentativa de diferenciação dos termos da doutrina alemã em *Dispositionsprinzip* para o monopólio da parte na determinação do objeto a ser deduzido em juízo sem caráter de um princípio processual;

3) e, como principal divergência a distinção que Carnacini faz entre o momento da disposição do direito substancial e da sua tutela e o momento da escolha da técnica processual, porém, classifica-os no mesmo plano.

Para Cappelletti, os poderes das partes se encontram em planos diferentes e, assim podem ser chamados de "princípio(processo) dispositivo em sentido material" ou sentido próprio – como aquele que indica a existência de um poder exclusivo das partes no pedido da tutela jurisdicional e em fixar o objeto do juízo (*Dispositionsprinzip*), e, "princípio(processo) dispositivo em sentido processual" ou impróprio, no qual se diz que o vínculo do juiz é vinculado à iniciativa das partes (princípio da congruência), aquém das escolhas técnicas e instrumentárias para a formação da fundamentação judicial (*Verhandlungsmaxime*).

A nota mais constante no trabalho de Cappelleti consiste em estabelecer os limites entre a iniciativa das partes e os poderes da iniciativa do juiz. O poder de direção formal do processo pertence ao juiz, mas este não pode agir de ofício e tampouco pode ultrapassar os limites estabelecidos pelas partes. O juiz seria, além de diretor formal do processo, um diretor material do processo, haja vista que o juiz, como tal, assume poderes referentes ao objeto deduzido em juízo, à matéria do processo.

4.5 Franz Klein e o Código Austríaco

A doutrina processualista aponta como marco inicial a inspirar o debate ativismo *versus* garantismo no processo civil o hoje clássico texto do jurista italiano Franco Cipriani intitulado Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità).

Neste estudo, o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o CPC austríaco projetado por Franz Klein.

Cipriani afirma que o Regulamento de Klein teve um longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juízes com *mão dura*, ao mesmo tempo que pretendeu *amansar* os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento.[214]

No desenvolvimento deste importante texto sobre a história do processo civil europeu, Franco Cipriani adverte sobre a influência do Regulamento de Klein na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazifascismo naquele país, bem como da influência desse CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram[215].

De forma sintética, Cipriani demonstra que o Regulamento Klein, encara o processo civil como um *mal social* a gerar influência na economia nacional; tratou o processo como objeto social e lhe conferiu viés publicista ao processo civil, com *negação* às partes.

Mas, talvez a maior mudança trazida pelo Regulamento Klein foi sem sombra de dúvidas um aumento dos poderes do juiz no processo tendo em vista todo o cenário que se descortinou no período pós-guerra[216].

---

[214] RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. **Revista de Direito Processual Civil**, ISSN 2674-5623, v.1, n.1, jan./jun 2019. p. 27.
[215] *Ibidem*, p. 28.
[216] Juristas como Franco Cipriani, Girolamo Monteleone, Montero Aroca e Alvarado Velloso, sustentam que a concepção publicista do processo com maior protagonismo do juiz, sob o argumento de que o processo não é coisa das partes, se reveste de interesse público, não tendo fundamentos técnicos, mas sim políticos, haja vista ter sido gestado sob a influência das ideologias fascista e totalitária que imperaram em alguns países da Europa na primeira metade do século XX.

Cipriani ressalta que o CPC austríaco de Klein, ultradimensionou o caráter publicista do processo civil, criando a figura de um juiz com grandes poderes de direção do processo[217].

Como bem observou Franco Cipriani, o modelo processual de Klein pode ser taxado de antiliberal e autoritário na medida em que retira das partes direitos processuais e confere ao juiz poderes discricionários. Segundo o autor, em síntese seria um modelo moralista, na medida em que concebe o processo como um mal social.

4.6 Poderes e deveres do juiz no devido processo legal

A discussão em torno dos poderes instrutórios do juiz[218] sempre gerou intensa polêmica na doutrina especializada, porque, como assevera Barbosa Moreira[219] "uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo", por isso, não é concebível que se negue todo relevo ao órgão da jurisdição, mas pode variar, e de fato tem variado, a medida de sua importância.

Nicola Picardi destaca em sua obra que a convicção difundida hoje é no sentido de que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social é responsabilidade do juiz[220], e essa mentalidade se verifica com clareza no atual momento jurisprudencial do direito onde a esta se apresenta como fonte concorrente e instrumental de produção jurídica.

---

[217] A concepção de Franz Klein era marcada por ideais que até hoje permeiam o direito processual brasileiro. Klein considerava o processo uma instituição de bem-estar social voltada à satisfação dos valores sociais mais elevados e via no juiz a figura central do processo. Juiz seria assim a figura central do processo e deveria ser munido de amplos poderes de direção material com vistas a garantir celeridade e para suprir as insuficiências dos advogados, promovendo a igualdade para os menos favorecidos.

[218] "Falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da 'divisão do trabalho' entre o órgão judicial e as partes'." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de Direito Processual**. Quarta série, p. 45.

[219] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas e poderes do juiz. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2004.

[220] PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2 e 4.

Esse momento, no entanto, deita suas origens em um processo evolutivo onde a pluralidade de normas processuais, favoreceu a possibilidade de soluções diversificadas, aumentando a taxa de discricionariedade das decisões do juiz, e por conseguinte, seus poderes com referência às escolhas e às adaptações do procedimento e das técnicas de resolução de controvérsias.

Como conclui o autor, "a expansão do âmbito da intervenção jurisdicional é constatada não só no plano processual, mas também e sobretudo no que concerne ao direito material. A verdade é que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições."

Por isso, um dos temas que mais desperta polêmica é o da legitimidade democrática de se atribuir ao juiz o poder de determinar *ex officio* a produção de provas no processo civil.

Releve-se que o tema, sempre despertou mais atenção na Europa do que no Brasil onde as correntes majoritárias defendem desde sempre um maior protagonismo dos juízes. Nos ordenamentos estrangeiros inclusive, como já foi mencionado, a discussão é travada sob outras nomenclaturas, como ativismo judicial ou garantismo processual.

Nesse sentido, costuma-se aludir a *processo inquisitivo*, para designar o modelo em que se atribui ao órgão judicial maior soma de poderes, e a *processo dispositivo* para indicar aquele em que se atribui às partes o papel principal.

No entanto, em que pese a moderna doutrina processualista constitucional, não há um meio preciso de mensurar uma ou outra tendência no processo civil brasileiro, porque, como assente a maioria dos doutrinadores, não existe um processo que seja totalmente inquisitivo ou dispositivo, embora se possa perceber que, nas últimas décadas, as reformas tenham ocorrido no sentido de prestigiar a atividade do órgão jurisdicional para alcançar a almejada efetividade processual.

Aliás, quase todas as reformas nos ordenamentos processuais civis indicam uma mudança nos modelos em vigor e todos eles sem dúvida, buscam como ponto comum reduzir a duração do processo imprimindo celeridade aos feitos. Sem sombra de dúvida, tendo em vista que, um dos maiores, se não o maior, ponto nevrálgico refere-se à atividade instrutória do juiz no que se refere à instrução probatória.

Mauro Cappelletti em sua obra[221] já advertia que "a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui fenômeno típico do nosso século".

De fato, tem razão o mestre, e o que se observa na prática, confirma a arguta observação de Dinamarco é que "a escalada inquisitiva, no processo civil moderno, corresponde à crescente assunção de tarefas pelo Estado contemporâneo, o qual repudia a teoria dos 'fins limitados'".[222]

Dessa forma, o que se observa é que decorrente dessa visão publicista, espera-se que a atividade do juiz na direção formal do processo não fique limitada a postura de mero expectador, mas interfira decisivamente na construção de um direito que busca, sobretudo, a justiça social.

O tema, como assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "constitui um dos mais fascinantes da dogmática processual civil, porque se vincula estreitamente à natureza e função do processo, à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos".[223]

É bem verdade que o assunto ainda gera debates acalorados entre aqueles que defendem – corrente majoritária, amplos poderes para o juiz[224] e, aqueles que defendem a limitação desses poderes, tendo em vista o caráter dispositivo do processo e na falta de interesse do Estado no interesse privado das partes.

Essa é justamente uma das preocupações centrais desse trabalho, uma vez que é preciso fazer um cotejo entre o princípio dispositivo que orienta, ainda, o processo civil brasileiro com os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo em que vige o devido processo legal e, para aferir se o aumento dos poderes do juiz constitui de fato elemento positivo quanto à efetividade dos seus resultados institucionais.

---

[221] CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

[222] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 339.

[223] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo. **Artigo publicado no Mundo Jurídico**: em 23.04.2003. p. 2.

[224] "O processo moderno exige uma postura diferenciada do magistrado. Em tempos de neoconstitucionalismo, em que os princípios, dotados de valor normativo, irradiam-se ao direito como um todo, não há mais espaço para o juiz 'boca da lei', verdadeiramente inerte e resguardado do texto legal. Nessa perspectiva, o magistrado do sistema atual deve se apresentar como verdadeiro 'gerente del interés público', quedado a assegurar a garantia e a realização dos direitos fundamentais protegidos na Constituição Federal. Em primeiras linhas é esse o conceito de juiz ativista". **O Ativismo Judicial e seus reflexos no processo civil**. Dissertação de Mestrado de Pedro Naves Magalhães.

Embora diferentes em suas concepções originais, os sistemas do *common law (*adversarial) e do *civil law* (inquisitorial) vêm sofrendo transformações paulatinas que fortaleceram, sem dúvida, os poderes instrutórios do juiz. Tome-se como exemplo, as mudanças processadas no *adversary system* que deram ao órgão judicial maiores poderes instrutórios como: indicação às partes de quais questões entende ser necessárias provas, especificação da natureza das provas que precisa para resolver, o modo pelo qual a prova será produzida, exclusão de provas que de outra maneira seriam admissíveis, entre outras mudanças.

Ao contrário do que se vê na *common law,* os poderes instrutórios dos juízes da *civil law* vêm, paulatinamente, sofrendo ameaça de redução. Como exemplo, cite-se a tendência a privatização da atividade probatória no direito italiano, bem como no direito espanhol onde busca-se também reduzir a participação do juiz na instrução probatória[225].

Merece relevo, o fato de que a organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais quanto à instauração, desenvolvimento e conclusão do processo, e o confronto mais comum é aquele que se tira da *divisão do trabalho* entre juiz e partes na instrução probatória, pois dessa divisão foi que resultaram os dois modelos de processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial.

5 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Nas palavras do doutrinador Karl Betterman o direito processual civil não é política ou culturalmente neutro.

De fato, o direito em si, como um todo, e por conseguinte, a ciência do direito por mais técnica que pretenda ser, responde aos anseios dos homens em seus conflitos oriundos da própria dinâmica da vida em sociedade, influenciada pelos influxos das mudanças sociais e políticas que ocorrem em determinado tempo e espaço, e que contribuem, decisivamente, na

[225] "Não obstante haja muita discussão em torno da caracterização de tais modelos, bem como seja criticável a terminologia, a dicotomia ainda continua sendo bastante utilizada e serve, pois, como uma apresentação, ao menos para fins didáticos, do tema." DIDIER JR., Fredie. In: **Os três modelos de Direito Processual**: inquisitivo, dispositivo e cooperativo.

interpretação que se dá à legislação e de modo mais específico à legislação processual, uma vez que essa regula a relação Estado e indivíduo.

Desse modo não se pode ignorar que o direito processual civil, portanto, sofre influência cultural, ideológica e política sobre sua estrutura, e, consequentemente, da mesma forma, seus princípios. O princípio dispositivo, talvez tenha sido o que mais influência sofreu.

Há tempos que o estudo do princípio dispositivo tem sido, ao longo dos anos, preocupação dos processualistas de um modo geral. Conforme Maria Elizabeth de Castro Lopes, discussões e propostas doutrinárias sempre surgem para resolver questões relativas à iniciativa probatória e aos poderes instrutórios do juiz. Há muita divergência em torno do tema.

Trata-se de debate interessante e sempre atual e que nos leva a indagar se a sobrevivência do princípio dispositivo não seria um meio de concretização do devido processo legal. O contexto histórico nos leva a perceber que esse princípio é um dos mais fortemente influenciado por motivos alheios ao seu escopo.

Não é de hoje que a dinâmica que rege a movimentação das partes no processo varia de acordo com o grau de interferência de partes e juízes. Desta forma, tem-se como dispositivo o processo em que as partes têm primazia na movimentação do feito e, inquisitivo se o juiz tem maior protagonismo na sua condução.

Essa aparente “divisão de trabalho”, contudo, não é pacífica e, de fato, no decorrer da história o que se tem é um movimento pendular que, como esperado, de tempos em tempos varia em direção a um determinado lado de forma mais evidente e não de forma harmônica como deveria ser.

A inquisitoriedade preponderou na legislação prussiana no final do século XVIII, iniciada sob o reinado de Frederico, O Grande. Desde aquela época tinha-se como problema a aparente desconfiança do rei em relação a conduta dos advogados o que evidentemente o levou a aumentar consideravelmente os poderes dos magistrados.

Com o objetivo de eliminar possíveis interferências dos causídicos no tramite judicial, o novo regime, cujo germe radicava no código provisional adotado para a Pomerânia em 1747 - a que, se disse em tempos antigos, era chamada Terra Litigiosa - foi convertido em 1781 na lei geral - e, finalmente, quando Frederico II foi coroado, transformou-se na Ordenança Judicial Geral. Nesse sistema, as alegações das partes eram formuladas por um juiz-delegado ou por

funcionários judiciários subordinados, chamados comissários de justiça, que formavam um único corpo reconhecido de profissionais juristas.

A esses comissários incumbia também a recepção da prova, patrocinando as partes, limitando-se a representação dos advogados à discussão (por escrito) das questões de direito envolvidas na causa[226].

De fato, a maioria da doutrina processual, já há tempos enfrenta grandes dificuldades para definir o sentido da expressão "princípio dispositivo". Isso porque, ao contrário do que se supõe a questão terminológica tem influenciado sobremaneira no âmbito de aplicação desse princípio.

O ponto de partida para o estudo aprofundado do tema foi dado pela doutrina alemã no início do século XIX por Gönner, que identificou "um dos critérios diretivos" da dinâmica processual e sistematizou o princípio dispositivo com a expressão *Verhandlungsmaxime.*

Verhandlungsmaxime significa, literalmente, "máxima da negociação" e foi cunhada por Nikolaus Thaddäus Gönner, em seu *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, em 1801. Conforme Rodrigo Ramino de Lucca, apesar de ser considerada uma expressão pouco feliz, é largamente utilizada e serviu para traduzir a regra de que o objeto e o conteúdo do processo devem ser definidos exclusivamente pelas partes[227].

As M*aximen*[228] de Gönner foram importantes historicamente porque revelaram o dualismo processual, isto é, os dois modelos de processo distintos que estavam vigentes àquela época: o modelo dispositivo clássico do Direito Comum, vigente em quase toda a Europa, e o modelo inquisitivo prussiano da AGO (Allgemeine Gerichtsordnung) de 1793, que era fundado na busca oficiosa da verdade pelo juiz.

---

[226] MILLAR, Robert Wyness. Los princípios formativos del procedimento civil. Tradução por Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, S.A. Editores, 1945. p. 70-72.

[227] DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Disponibilidade Processual - Ed. Revista dos Tribunais, 2019. P.11

[228] "Várias máximas foram construídas pelos glosadores do Direito Comum, até hoje amplamente conhecidas e reproduzidas, para representar manifestações do princípio dispositivo. Entre elas, podem ser citadas: (a) nemo judex sine actore ("não há juiz sem autor"); (b) da mihi factum, dabo tibi jus ("dá-me os fatos que eu te dou o direito"); (c) judex judicet secundum allegata et probata partium ("o juiz julga segundo o que foi alegado e provado pelas partes"); (d) ne eat judex ultra petita partium ("não vá juiz além do que foi pedido pelas partes"); (e) ne procedat judex ex officio ("não proceda juiz de ofício"); (f) quod non est in actis non est in mundo ("o que não está nos autos não está no mundo") etc. Todas elas representam limitações ao exercício jurisdicional, em respeito a uma esfera de liberdade das partes no processo."

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Disponibilidade Processual - Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

Posteriormente, as *Maximen* serviram de ponto de partida para o estudo e desenvolvimento do Direito Processual, a ponto da obra de Gönner ser considerada como a mais antiga teoria do processo civil.

Com a publicação de sua obra, o Direito Processual foi dividido em dois modelos regidos por princípios antagônicos: o dispositivo e o inquisitivo. E, embora seja muito difícil definir com objetividade cada um desses modelos, pois podem ser concebidos com diferentes variações de extensão e intensidade, ambos se referem, como já foi mencionado alhures, essencialmente à divisão de poderes e atribuições entre partes e juiz na formação, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

A *inquisitio* foi uma criação carolíngia pela qual os agentes reais interrogavam os habitantes de uma área a respeito da ocorrência de determinados fatos. Com o tempo, a expressão inquisidor passou a ser utilizada para denominar o juiz que assume uma posição ativa de investigador para a descoberta da verdade dos fatos. A amplitude desse papel investigatório varia de acordo com cada sistema.

Partindo-se de um tipo ideal, o juiz que tem poderes instrutórios, tem poderes de gerenciamento processual, e deve zelar para que o resultado do processo não seja afetado por desvios comportamentais das partes e, no extremo, pode até mesmo instaurar o processo de ofício e definir o seu mérito (como ocorria, p. ex., nos Tribunais da Inquisição). O processo inquisitivo é um processo assimétrico, pois coloca o juiz em posição de superioridade em relação às partes[229].

Daí se conclui que evidentemente, um processo inquisitivo não busca ouvir de forma plena a parte, e, portanto, desde o nascedouro não se coaduna com o devido processo legal.

O modelo dispositivo, no entanto, parte de duas premissas básicas: primeiro, ninguém além das partes sabe o que é melhor para si e para o seu interesse, motivo pelo qual o processo, envolvendo interesses particulares, deve ser regido pela autonomia privada; segundo, o julgador não pode dar início ao processo nem participar da investigação dos fatos, sob pena de contaminar a sua imparcialidade e comprometer-se com determinada opinião ou tese.

Ora, o juiz que instaurasse ou conduzisse de ofício um processo empreenderia naturalmente mais esforços para confirmar a tese aventada inicialmente do que para afastá-la.

[229] DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Disponibilidade Processual - Ed. Revista dos Tribunais, 2019. P.23

Desse modo, fatalmente, o juiz que participasse ativamente da instrução invariavelmente favoreceria uma das partes, o que não se coaduna de maneira alguma com o devido processo legal.

Portanto, no processo civil, a premissa é a mesma: o juiz deve julgar uma pretensão formulada pelo demandante, e não criada de ofício por ele próprio.

Uma vez, proposta a demanda, desenvolve-se uma disputa, de certa forma, livre, entre as partes diante de um sujeito passivo, cuja função é essencialmente a de decidir. O juiz não pode se envolver diretamente no desenvolvimento do processo, cumprindo-lhe permanecer equidistante dos polos processuais.

A condução e gerenciamento do processo ficam sob responsabilidade das partes. Por isso, costuma-se dizer que o processo acusatório é um processo simétrico, pois não há ascendência entre os sujeitos processuais.

Nesse sentido, é possível concluir que o princípio dispositivo é um meio de concretização do devido processo legal, na medida que assegura as partes a possibilidade de defesa dos seus interesses sem a interferência de terceiros que sejam alheios ao bem da vida em litígio.

O fenômeno de publicização do Direito Processual Civil, marcante ao longo do século XX, que se consolidou com a edição do Código austríaco em 1895, e compeliu a doutrina germânica a desenvolver novas máximas para conciliar os modelos dispositivo e inquisitivo.

Era preciso criar um sistema em que o exercício da demanda continuasse sob o domínio das partes, mas desse ao juiz mais poderes "na escolha dos meios de prova e, em geral, no acertamento dos fatos relevantes da causa"[230].

Esse movimento resultou na bipartição do princípio dispositivo que a partir daí, conforme os estudos de Tito Carnacini, passou a diferenciar a *Verhandlungsmaxime* da *Dispositionsmaxime* (ou *Dispositionsprinzip*), esta última radicada em uma diferenciação entre processo e direito material.

[230] CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. p. 725.

A *Dispositionsmaxime* representaria a liberdade que as partes têm de exercer, ou não, os seus direitos substanciais, motivo pelo qual o exercício do poder de ação e a consequente instauração do processo estariam inseridos no âmbito de disponibilidade do jurisdicionado.

O indivíduo não é obrigado a buscar a tutela jurisdicional – só o faz se assim for de seu interesse e de sua vontade. No entanto, uma vez proposta a ação, haveria uma sujeição a um fenômeno distinto, onde a partir de então haveria a sujeição a disponibilidade dos atos processuais das partes e controle da relação processual exercido pelo magistrado que seria então o condutor do processo[231].

A divisão do princípio dispositivo foi amplamente recepcionada pela doutrina em toda a Europa continental e, a partir daí este passou a receber as mais diversas concepções, ora referindo-se à demanda, ora referindo-se à atividade instrutória, ora sendo simplesmente rejeitado no "processo moderno". Tornou-se usual referir-se a princípio dispositivo material, que seria a disponibilidade da demanda, e princípio dispositivo formal, que seria a disponibilidade da instrução[232].

Conforme leciona Rodrigo R. de Lucca, "o princípio dispositivo precisa desgarrar-se de aspectos processuais específicos e adquirir um significado próprio. Apenas assim poderá exercer a função que lhe cabe no sistema e estabelecer uma diretriz teórica ao desenvolvimento do Direito Processual".

Da mesma forma que o devido processo legal não se confunde com o contraditório, com o dever de motivação das decisões judiciais, com a ampla defesa, com o duplo grau de jurisdição etc., o princípio dispositivo não se confunde com a inércia jurisdicional ou com a iniciativa probatória exclusiva das partes e deve ser compreendido de acordo com o seu real significado, esclarecendo os motivos pelos quais a jurisdição é inerte e os motivos pelos quais o sistema não admite decisões extra e ultra petita.

Ora, se o demandante pode renunciar à sua pretensão inicial e se as partes podem aceitar, transigir, acordar ou mesmo cumprir voluntariamente ou deixar de exigir o cumprimento de uma decisão que lhe é favorável, e se ao juiz é vedada a *reformatio in peius*, o princípio dispositivo pode ser entendido como o princípio que traduz o necessário respeito e

---

[231] DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Disponibilidade Processual - Ed. Revista dos Tribunais, 2019. P.28

[232] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional. Ed. Forense, 2008 p. 111 e ss.

preservação da autonomia privada no âmbito processual, haja vista que concentra garantias, faculdades e características do direito processual destinadas a assegurar a liberdade do jurisdicionado antes, durante e depois do processo contra intromissões indevidas do poder jurisdicional[233].

6 AS ORIENTAÇÕES PUBLICISTAS (ATIVISTAS) E GARANTISTAS DO PROCESSO E SUA REPERCUSSÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Se o processo tem natureza pública conforme argumentam os que defendem um maior protagonismo de juiz, e se é verdade que a realização, homogeneização e integração do direito objetivo são tarefas da mais elevada importância, também é verdade que a função precípua do processo é tutelar e efetivar os direitos juridicamente assegurados das partes ou de quem elas extraordinariamente representam. Essa foi a conclusão a que chegou Tito Carnarcini na década de 1950 ao afirmar que se o processo serve às partes, por sua vez as partes servem ao processo.

Ademais, mesmo as questões de ordem pública e dos institutos publicísticos é voltada à tutela do próprio jurisdicionado, e não do Estado em si mesmo considerado. E não poderia ser diferente afinal, o Estado não é um fim em si mesmo, mas instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. A natureza pública do processo deve ser compreendida sempre à luz do jurisdicionado, e não dos interesses do próprio Estado (não raro conflitantes com o interesse público).[234]

Isso significa que o publicismo e o privatismo devem coexistir no processo estatal, de forma harmoniosa, complementando-se, viabilizando assim um processo regido pelo devido processo legal que proporcione meios necessários para se alcançar um resultado juridicamente justo.

A teoria do Garantismo Jurídico elaborada por Ferrajoli teve por objetivo ser uma solução para a crise do Direito. Segundo o autor, os princípios sobre os quais se funda o modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a

[233] DE LUCCA, Rodrigo Ramina. Disponibilidade Processual - Ed. Revista dos Tribunais, 2019. P.38
[234] Idem, P.39.

responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.

Portanto, como se vê o garantismo é uma doutrina que nasce inspirada no Iluminismo do século XVIII, buscando a preservação dos direitos do cidadão por meio do equilíbrio entre a atuação do Estado com seu exercício de poder e dos particulares, com o fito de conferir efetividade às normas jurídicas[235].

É fato que a evolução da ciência processual não prescinde da observância das garantias constitucionais do processo e, é precisamente o garantismo processual que se apresenta como a doutrina que vem fazer frente ao ativismo judicial.

Mas o que, de fato, pode ser entendido por garantismo processual?

A resposta a essa indagação pode ser obtida de várias maneiras. De acordo com documento subscrito por vários juristas e doutrinadores[236], o garantismo seria uma forma de pensar o processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva garantia do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição.

Segundo esses juristas, o direito processual legislado e aplicado no Brasil segue à mercê da realização de uma espécie de dirigismo – ou ativismo judicial – protagonizado pela pessoa física exercente do poder jurisdicional. Ressalta o documento, que tal situação se repetiria nos países vizinhos da América Latina, e em alguns países da Europa continental.

Para os subscreventes do documento, se o processo é garantia, jurisdição é poder, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, com o devido processo, o contraditório (entendido como direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a

[235] Para José Roberto dos Santos Bedaque, "o garantismo pode ser classificado como doutrina filosófica, política e jurídica voltada à preservação dos direitos e garantias dos cidadãos, de modo a conferir efetividade às normas jurídicas mediante o equilíbrio na atuação do Estado e dos particulares. A busca por um sistema normativo equânime, que vise a contemplar esses fundamentos, remete-nos a dúvidas maiores, partindo-se do fato de que as leis e sua respectiva aplicação se dão pela própria mão do Estado."

[236] O documento chamado de Carta de Jundiaí foi publicado durante um Colóquio Internacional realizado por ocasião do primeiro ano de vigência do CPC-2015 realizado em Jundiaí, no dia 19 de agosto de 2016, capitaneado pelo Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP), pela Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e pela Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Subscreveram o documento entre outros, Adolfo Alvarado Velloso, Juan Montero Aroca, Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim, Eduardo José da Fonseca Costa, Glauco Gumerato Ramos, Ives Gandra da Silva Martins e Lenio Luiz Streck.

dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência, entre outros.

Para a doutrina garantista de um modo geral[237], o processo é uma garantia contrajurisdicional de liberdade. Essa afirmação tem, entre outros, o mérito de estabelecer uma distinção conceitual precisa entre processo e jurisdição, a partir da qual se revela a função do processo que, para o garantismo processual, consiste na limitação do poder jurisdicional.

Justamente por isso, a doutrina garantista apresenta-se como um contraponto à doutrina publicista[238], a qual, historicamente, compreende o processo como um instrumento do poder jurisdicional[239].

Segundo os doutrinadores que se filiam a essa corrente, o modo como a argumentação garantista é construída tem como ponto de partida o texto constitucional. Para eles, a opção do constituinte de inserir no corpo da Constituição o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), assim como seus componentes basilares, no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição Federal), conduz à impossibilidade de atribuir ao processo a função de ferramenta do poder jurisdicional.

Releve-se que no manifesto supracitado[240], os seus subscreventes manifestaram concordância com a opinião retromencionada do que seria o garantismo[241] processual e a sua lógica, ressalvando que:

> O Garantismo Processual, ainda, respeita e leva a sério o papel contramajoritário da Constituição e das garantias por ela estabelecidas, além de racionalmente empreender, em caráter pedagógico, na dissuasão de posturas dogmático-discursivas que, contraditórias à Liberdade

[237] Juristas como Franco Cipriani e Girolamo Monteleone, na Itália, Montero Aroca, na Espanha, e Alvarado Velloso, na Argentina, são chamados "garantistas". Eles afirmam que a concepção publicista do processo – na qual se defende o protagonismo do juiz, sob o argumento de que o processo não é coisa das partes e se reveste de interesse público, representado na busca do ideal de justiça –, não tem fundamentos técnicos e científicos, e sim políticos, haja vista ter sido gestada sob a influência das ideologias fascista e totalitária que imperaram em alguns países da Europa na primeira metade do século XX.

[238] José Roberto Bedaque entende que o instrumentalismo do processo não se opõe ao garantismo. Antes, segundo o autor, o ativismo judicial na condução do processo é absolutamente compatível com a observância do contraditório.

[239] RAATZ, Igor *et al*. In: **Garantismo e publicismo na perspectiva dos direitos fundamentais**. Artigo publicado em 31 maio 2021. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentais.

[240] O manifesto foi chamado de Carta de Jundiaí: pela compreensão e concretização do garantismo processual.

[241] O garantismo é uma forma de pensar o processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva garantia do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. O garantismo processual seria o antídoto contra o ativismo judicial. (Carta de Jundiaí). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial?.

> constitucionalmente garantida, contemplam proposições e soluções jurisdicionais *ex parte principis* reveladoras de arbítrio.

Nota-se, portanto, que o garantismo processual ao atribuir ao processo a função de garantia contra a arbitrariedade nada mais faz que retirar essas conclusões do direito constitucional positivo. Isso não impede que a natureza jurídica do processo seja tematizada com base em outros eixos teóricos. Contudo, o que faz a doutrina do garantismo processual é oferecer uma abordagem constitucional do processo[242].

Ricardo Barros Leonel observa que a história recente aponta para o reconhecimento de um fenômeno importante, consistente na constitucionalização de normas relativas aos mais diversos ramos do direito que, anteriormente, ficavam relegadas aos cuidados do legislador infraconstitucional.

Dessa evolução que revela uma das várias relevantes facetas do constitucionalismo contemporâneo, não ficou imune o direito processual e, nesse campo a doutrina tem apontado a relevância da inserção no texto da Constituição de princípios garantias e regras de direito processual, na medida em que tal alternativa confere a esse conteúdo normativo uma garantia diferenciada de permanência, e ao menos em princípio, observância por parte dos Poderes do Estado cada um no âmbito de exercício de suas funções[243].

Assevera o autor, que a constitucionalização do direito processual produz repercussões diante desse panorama, em distintos e importantes sentidos, como o fato de que o legislador infraconstitucional, ao editar leis que regulam essa seara do direito, deverá observar aquele conteúdo mínimo em torno do qual se delineia o já referido modelo constitucional do processo.

As normas constitucionais do direito processual asseguram, por assim dizer, no ambiente do processo, a realização do Estado Democrático de Direito[244], e o emprego do processo serve como meio de impor a observância desse programa constitucional.[245]

---

[242] RAATZ, Igor *et al. In:* Garantismo e Publicismo processual. Artigo publicado na **Revista Eletrônica Emporio do Direito**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentaisl na perspectiva dos direitos fundamentais.

[243] BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al*. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica Editora, 2016. p. 117.

[244] Estado Democrático de Direito é aquele em que o poder do Estado é limitado pelos direitos dos cidadãos. Sua finalidade é coibir abusos do aparato estatal para com os indivíduos. Os direitos fundamentais conferem autonomia e liberdade aos indivíduos nas suas atividades cotidianas e limitam o poder do Estado sobre elas.

[245] LEONEL. Ricardo de Barros. BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al*. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica Editora, 2016. p. 119.

Como já foi mencionado, o "garantismo sinaliza para uma corrente de pensamento político, filosófico, sociológico e jurídico que pretende reconhecer a inserção do indivíduo numa posição que lhe assegure a possibilidade de participação legítima e democrática, diante da possibilidade de aplicação de atos de Poder, em relação a ele, no âmbito do processo, seja este estatal ou não, judicial ou administrativo, civil, ou criminal"[246].

O garantismo se apresenta na evolução da constitucionalização do processo, por meio da inserção nas Constituições dos princípios e garantias constitucionais do processo. Essa realidade foi verificada em uma guinada histórica e política em meados do século passado, no período posterior ao término da Segunda Guerra Mundial, quando vários dispositivos foram editados em ordenamentos jurídicos diversos, corroborando essa tendência de oferecer maiores garantias aos jurisdicionados a apresentando-se como elemento delimitador do conceito de processo justo.

Igor Raatz observa que o modo como a argumentação garantista é construída tem como ponto de partida o texto constitucional. A opção do constituinte em inserir o devido processo legal e seus componentes basilares, no rol dos direitos e garantias fundamentais conduz à impossibilidade de atribuir ao processo a função de ferramenta do poder jurisdicional.

Afinal de contas, sendo a jurisdição um poder, tal qual prevê a Constituição ao tratá-la no Título IV – Da Organização dos Poderes, ela deve ser, necessariamente, limitada e controlável, sob pena de desaguar em arbitrariedade.

Contribui para essa conclusão, a observação de que o constituinte brasileiro optou por tratar primeiramente dos direitos fundamentais e, consequentemente, da liberdade, para, somente num segundo momento, regulamentar os poderes do Estado, vale dizer, a autoridade, invertendo a lógica presente nas Constituições pretéritas.[247]

Portanto, se o garantismo se manifesta, de forma concreta, na preocupação com a observância das garantias constitucionais do processo, ele se apresenta como elemento delimitador de um processo justo que só pode ser aferido quando desenvolvido em estrita

---

[246] *Ibidem*, p. 123.

[247] RAATZ, Igor *et al. In:* Garantismo e Publicismo processual. Artigo publicado na **Revista Eletrônica Emporio do Direito**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentaisl na perspectiva dos direitos fundamentais.

conformidade com o estabelecido por essas garantias a partir de parâmetros por elas fixadas na respectiva ordem constitucional.[248]

Releve-se que a garantia do devido processo legal sintetiza e incorpora todas as demais garantias processuais estabelecidas pela Constituição.[249]

Nota-se, portanto, que o garantismo processual ao atribuir ao processo a função de garantia contra a arbitrariedade, nada mais faz que retirar essas conclusões do direito constitucional positivo.

Isso não impede que a natureza jurídica do processo seja tematizada com base em outros eixos teóricos. Contudo, o que faz a doutrina do garantismo processual é oferecer uma abordagem constitucional do processo. Com isso, ela constitui-se como uma dogmática constitucional do processo, configurando-se como uma garantística.[250]

Frequentemente, a doutrina que se contrapõe ao garantismo, alega que o fim último do processo encontra seu amparo na ideia da realização da justiça. Para tanto, o juiz poderia lançar mão da ideia de que o devido processo legal nada mais é do que processo justo.

O célebre processualista baiano Calmon de Passos, em obra póstuma, nos brindou com aquilo que considerou entender por justiça. O mestre reconhece que

> (...) a ideia de justiça é indissociável da condição humana, mas, ressalva ser manipulador e contraditório quem afirma que o Direito tem compromisso com a Justiça, compreendida como valor imanente à condição humana, absoluto e histórico. Isso porque, segundo o mestre nenhuma teoria da justiça elaborada até hoje foi satisfatória e o justo, carente de instrumentos que assim lhe permitam definir, será sempre fruto da decisão de alguém.[251]

Para Calmon de Passos, justiça tem a ver com satisfação das necessidades e desejos. A não satisfação dessas necessidades e desejos gera no homem o sentimento de injustiça e o local de atendimento das insatisfações sociais, e, por conseguinte da realização da justiça está na

---

[248] LEONEL. Ricardo de Barros. BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al*. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica Editora, 2016. p. 130.

[249] "O que se evidencia com essa afirmação é que o princípio-garantia do devido processo legal, embora tendo assento constitucional (sendo parte integrante do Direito processual Constitucional em sentido amplo e do Direito Constitucional Processual em particular), e figure como elemento central do garantismo, acaba em última análise, tendo seus contornos concretos definidos a partir do resultado da atividade do legislador infraconstitucional".

[250] RAATZ, Igor *et al*. *In*: Garantismo e Publicismo processual. Artigo publicado na **Revista Eletrônica Emporio do Direito**. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentaisl na perspectiva dos direitos fundamentais.

[251] PASSOS, José Joaquim Calmon de. R**evisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo. Reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 49-50.

política. Nesse sentido, quando o poder judiciário busca resolver esse tipo de *injustiça*, dá espaço a um sistema jurídico que será justo na medida em que gerar mais satisfação e injusto na medida em que deixe de gerar.

Nesse sentido, nas palavras do mestre,

> inexiste ordem jurídica a que não correspondam a realização de alguma justiça, como inexistente ordem jurídica capaz de realizar uma justiça absoluta. O tanto de justiça alcançado por um ordenamento jurídico será sempre resultado do institucionalizado como poder político, institucionalização que, por sua vez, imbrica numa opção econômica, que não se dá de modo arbitrário, externo e superior à sociedade, sim como resultado do que nela ideologicamente se institucionalizou, condicionada, por igual, essa ideologia, a outros fatores que interagem, sem que se possa dizer qual deles é predominante ou decisivo.[252]

De forma brilhante, Calmon consegue sem, no entanto, assim definir-se como um garantista de escol, já que em sua opinião ele tinha pavor dos que se julgam justos e acham que sabem fazer justiça, pois tal conduta sugere que julgar com *justiça* possa ser algo distinto da lei[253].

6.1 Afinal, o que é ativismo judicial?

Marcelo C. Continentino [254]assevera que "um dos pilares sobre o qual se apoia a história conceitual é o estabelecimento de uma relação complementar entre a história social e a história dos conceitos, a fim de melhor compreender o processo de mudança social e a prática da sociedade".

Nesse sentido, antes de adentrar um tema tão espinhoso como é o ativismo, é necessário que se tente minimamente responder o que de fato pode ser considerado ativismo judicial.

A solução da colisão de direitos fundamentais confiada ao Poder Judiciário constitui-se atualmente, uma das tarefas centrais da hermenêutica constitucional contemporânea. Os direitos

---

[252] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo. Reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 52.

[253] "Tanto para os adeptos do instrumentalismo processual quanto para os do formalismo valorativo a ideia de justiça é sempre invocada para transcender a lei. E isso tanto em relação ao direito processual e procedimental quanto ao direito material". SOUSA, Diego Crevelin de. **Processo, Justiça e Calmon de Passos**: homenagem a um fugitivo.

[254] CONTINENTINO. Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Artigo publicado na Revista de informação legislativa**, v. 49, n. 193, (jan./mar. 2012).

constitucionais e os valores constitucionais que devem ser harmonizados por meio de um juízo de ponderação, visa preservar e a concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionalmente protegidos, impondo-se para tanto, coordenação e a combinação dos bens em conflito assegurados nas normas constitucionais, de forma a evitar o sacrifício total de uns, em relação aos outros[255].

A posição de relevo ocupada pelos princípios constitucionais, dá ao magistrado a possibilidade de resolver vários conflitos amparando-se nesses, já que muitas vezes a legislação se mostra insuficiente ou inadequada para dar solução aos conflitos.

Alguns autores criticam de forma exacerbada o papel exercido pelos princípios constitucionais em nossos tribunais. Sundfeld afirma que, no atual panorama do Direito Público, "princípios vagos podem justificar qualquer decisão". E Macedo Júnior entende que existiria, atualmente, "uma farra principiológica que hoje floresce em nossos tribunais".

Essas manifestações – algo esdrúxulo, diga-se – podem retratar situações nas quais ocorre emprego equivocado dos princípios na solução de muitas e complexas questões jurídicas e, sem sombra de dúvidas, terminam por transformar-se no que se convencionou chamar de ativismo.[256]

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos, no artigo The Supreme Court: 1947, publicado na Revista Fortune, vol. XXXV, n. 1, no mês de janeiro de 1947, escrito pelo historiador Arthur M. Schlesinger Jr.[257]

No entanto, não é o *termo mais correto a ser utilizado* e nem a *raiz* conceitual *americana* que poderá trazer a correta descrição da *natureza do ativismo judicial, como conhecemos atualmente*.

---

[255] CRETELA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. Direito**: Princípios Jurídicos. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/152945691/v3/document/155347832/anchor/a-155347832.

[256] CRETELA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. Direito**: Princípios Jurídicos. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/152945691/v3/document/155347832/anchor/a-155347832.

[257] Schlesinger não teria criado o termo, mas sim sendo o primeiro a propagá-lo. Thomas Reed Powell teria sido o criador da expressão.
GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v. 58 (5), n. 19, 2009. p. 1203.

Na verdade, o ativismo judicial é, por natureza, um *fenômeno interpretativo* e não necessariamente o *ato decisório*, em si. O papel do magistrado é, de fato, *aplicar o Direito*, utilizando-se da *interpretação para tanto*, fundamentando os seus votos através das fontes mais variadas, formais e informais, de *direito*.

Por isso, Georges Abboud e Gilmar Ferreira Mendes define o ativismo judicial como "toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida aqui como legitimidade do sistema jurídico'[258].

Podemos, ainda, ampliar tal conceito, entendendo-se o ativismo como *uma usurpação de um poder legítimo*, i.e, *executivo ou legislativo*, *sem razão jurídica o suficiente*, entendendo-se aqui como *justa razão, derivada do próprio ordenamento jurídico-institucional* que permita o *poder judiciário* de intervir em outros poderes, se necessário, conforme disciplina Lucas Augusto Gaioski Pagani[259]:

> *Isso significa dizer que a atuação do Poder Judiciário não fica mais restrita à Lei, mas, sim, restrita ao senso de justiça e ideologia do intérprete. Aqui não se está, necessariamente, falando de uma revisão judicial de atos executivos ou 'controle de constitucionalidade', mas, sim, de quando o judiciário decide conforme sua vontade, sua noção de justiça e em diversas vezes, à revelia da legalidade vigente, do expresso texto legal.*

Não diverge do entendimento Sérgio Cabral dos Reis:

> O ativismo, normalmente associado ao desrespeito à separação de poderes, é o resultado de um desejo ou ato de vontade do órgão judicante de modificar, solipsisticamente, a realidade social circundante, e, nessa perspectiva, a expressão "ativismo judicial", compreendida restritivamente, representa um rótulo negativo, pois – diferentemente da expressão "autocontenção judicial" (judicial restraint), que rende deferência ao legislador democrático – encontra-se ligada à ideia de que o Poder Judiciário, para cumprir a Constituição, pode invadir a competência institucional reservada aos demais poderes estatais. No comportamento ativista, o juiz, desprezando a autonomia do Direito, decide com base em suas convicções pessoais e preferências ideológicas, com base em critérios não jurídicos.[260]

---

[258] ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais. Vol. 1008/2019. Out/2019.

[259] PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022. p. 79.

[260] REIS, Sérgio Cabral dos. Do ativismo judicial como comportamento antidemocrático e enfraquecedor da deliberação política. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 123/2021, p. 141-163, jan.-fev. 2021. DTR/2021/270. p. 144

Importante lembrar que, há quem diga que o surgimento do ativismo judicial foi resultado do neoconstitucionalismo, por isso, vale a pena, a título de reforço, mencionar o que foi o constitucionalismo e como foi a sua formação.

Pois bem, o constitucionalismo foi em verdade um movimento social político e jurídico que teve como objetivo primordial a limitação do poder do estado por meio de uma carta de direitos assim definida como Constituição.

Dirley da Cunha Júnior afirma que o constitucionalismo foi "um movimento político constitucional que pregava a necessidade de elaboração de constituições escritas que regulassem o fenômeno político e o exercício do poder em benefício de um regime de liberdades públicas".

Pode-se afirmar, portanto, que o constitucionalismo é fruto do fim do estado absolutista. No entanto, afirmam alguns autores que as premissas do sistema constitucional surgiram com o advento das primeiras sociedades e, nessas coletividades, não havia cartas legais escritas, já que em sua maioria eram regidas por seus usos e costumes e com o estado fortemente ligado a convicções religiosas na formação da cidadania dos direitos de cidadãos.

Como adverte Pedro Naves, o ativismo pode ser justificado sob o argumento de que haja profunda divergência sobre as interpretações possíveis; ou que a linguagem da norma seja de proposital amplitude tornando-a, conforme o posicionamento adotado, aberta ou ambígua (vide, por exemplo, termos muito frequentes como *calamidade pública, interesse social, relevância, urgência, moralidade, eficiência, solidariedade*, entre tantos outros); ou ainda, é possível, que haja desacordos morais razoáveis entre os intérpretes do ordenamento. São pessoas pensando de maneira diferente sobre o mesmo assunto, de modo a gerar incisivo embate acerca do tema abordado.

Nesse sentido, é importante salientar que *os desacordos morais razoáveis* como sendo não um *simples método resolutivo de poder, derivado do poder legislativo*, mas, na verdade, uma discussão política, inerente das instituições democráticas, que não se limitam tão somente ao *voto*, mas, sim, *ao direito de decidir se há um problema, ou, ainda, como aquele tal problema será resolvido*[261], conforme entende Jeremy Waldron:

[261] MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia.** São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. RB-3.1.

> "(...) it is above all, in the modern world, the product of an assembly — the many, the multitude, the rabble (or their representatives). The judges stand above us in their solitary splendor, with their books, their learning, and their insulation from the conditions of ordinary life. If they are not alone on the bench, they are surrounded by a very small number of intimates of similar distinction, with whom they can cultivate relations of collegiality, scholarship, and exclusionary virtue. A parliament by contrast is an unruly body of many times that number — perhaps a hundred times as many."[262]

No mesmo sentido, entende Lucas Augusto Gaioski Pagani[263]:

> Além de uma assembleia que não apenas decide como será governada, ela, também, escolhe quais são as soluções adotadas para cada problema considerado pela própria sociedade. O exercício da autodeterminação dos povos — que é diferente da democracia em si — é poder decidir como querem ser governados, qual constituição desejam e qual forma de governo desejam. Não é sobre qual é a melhor forma de governo ou a melhor forma de se governar, mas, sim, de qual forma de governo e de se governar que aquele povo deseja ter. Não há uma resposta correta, demonstrando uma possibilidade variada de como uma sociedade pode se organizar.

Esse fórum de discussão ou valores, como queira chamar, na assembleia legislativa, demonstra uma diferença crucial entre o que vem a ser uma opinião política[264] sobre um direito moral e o que é um direito, de fato, positivado e protegido pela razão de primeira ordem[265].

Nesse paradigma, pois, o ativismo judicial é considerado como a extrapolação das funções inerentes[266] ao Poder Judiciário. Em abordagem precisa, Georges Abboud explica que no mundo jurídico brasileiro, poucas palavras têm sido alvo de tanta confusão quanto essas duas colocadas lado a lado. Explica o autor, que a falta de clareza é tal que, os adversários em

---

[262] WALDRON, Jeremy. The Dignity of Legislation. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999. p. 31.

[263] MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica-ISSN 1980-7791. p. 279-280.

[264] Nesse sentido, entende Luiz Guilherme Marinoni: Portanto, antes de se pensar em direito à tutela jurisdicional dos direitos morais não reconhecidos pelo Parlamento, há que se ter em conta o direito de participar da criação dos direitos. Afinal, é o direito de participar da criação dos direitos que impede que se tenha como legítima a criação e negação judicial dos direitos nos específicos casos de desacordos morais que, pela sua natureza, apenas podem ser decididos pelas pessoas." In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia.** São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. RB-3.1.

[265] Entende Ángeles Ródenas Calatayud descreve a *regra jurídica* como uma razão de primeira ordem *que deve ser protegida*, e, na aplicação *concreta do direito*, ter sua derrotabilidade das normas jurídicas para as melhores soluções jurídicas adequadas que visem a sobreposição ou não de uma determinada regra e de suas exceções de aplicação. In: CALATAYUD, Ángeles Ródenas. **En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001.

[266] Via de regra, o poder judiciário tem como funções preservar a Constituição, não permitindo que nenhuma ação do Legislativo ou nenhuma outra lei desobedeça aos princípios constitucionais; exercer Jurisdição, ou seja, aplicar as leis aos casos concretos e mediar a resolução de conflitos entre os cidadãos por meio da aplicação coercitiva das leis.

contenda no jogo político se utilizam da palavra para criticar posturas diametralmente opostas e que não há nada de novo nesse tipo de conflito intelectual, nem nos vícios por ele gerados.

A exemplo do que acontece aqui no Brasil, nos Estados Unidos a polêmica em torno do termo também se desenvolve, até hoje, a partir de um embate ideológico entre Democratas e Republicanos.[267]

Nas palavras de Antoine Garapon "o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar".[268] Aparentemente, esse desejo é, de fato, o mote que serve de justificativa aos chamados juízes ativistas. Ocorre que, em um sistema de freios e contrapesos essa conduta por parte do poder judiciário deveria, obrigatoriamente, ser usada com parcimônia, já que o processo não se presta a consertar problemas estruturais que geram demandas que exijam dos magistrados mudanças em políticas públicas[269].

O que se pode constatar na prática é que o conceito de ativismo judicial parece estruturar-se sobre a tensão existente entre a judicial review (possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis e dos atos) e o judicial self-restraint (a necessidade de o Poder Judiciário respeitar as decisões dos dois outros Poderes).

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis nas modalidades difusa e concentrada é imperativo constitucional que recai sob toda a estrutura do Poder Judiciário nacional, e em especial, sob a jurisdição constitucional, na figura do Supremo.[270]

Tal fato que não deveria constituir nenhum tipo de distorção dos mecanismos de controle, não é o que efetivamente ocorre, já que frequentemente no Brasil nos deparamos com manifesta discricionariedade/subjetividade judicial por meio de decisões cujos compromissos democráticos – Constituição e leis, são suspensos pelo julgador e substituídos por suas percepções pessoais por vezes eivadas de cunho político.

---

[267] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**. Ed. 2022. Capítulo 1. Introdução: o STF como inimigo ficcional. A retificação dos nomes e os dois objetivos deste livro. Página RB-1.1.
[268] GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 23.
[269] Kermit Roosevelt explica que a expressão "ativismo judicial" tem raízes no jargão político, na retórica dos palanques. Nesse contexto, ela era empregada para acusar o hábito, percebido em alguns juízes ou ministros, de decidir os casos conforme suas preferências política privadas, em detrimento do dever de buscar a resposta juridicamente mais adequada. ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**. Ed. 2022. Capítulo 1. Introdução: o STF como inimigo ficcional. Ativismo judicial no debate teórico norte-americano e canadense. Página RB-1.2.
[270] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**. Ed. 2022. Capítulo 1. Introdução: o STF como inimigo ficcional. Ativismo judicial no debate teórico norte-americano e canadense. Página RB-1.2.

Tome-se como exemplo julgados como o da ADI 4650[271] em cuja decisão do Supremo Tribunal Federal foi restaurado no Brasil o regime público de financiamento de campanhas eleitorais excluindo as doações provenientes de sociedades empresariais, trazendo consequências na forma com a qual serão constituídos os poderes Executivo e Legislativo no país, entre outros julgados que seguem o mesmo padrão.[272]

Outras questões são as ligadas à exagerada ingerência do Poder Judiciário em políticas públicas. Ao discorrer sobre o tema, o Ministro Humberto Martins do STJ, explica que

> a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos poderes. No entanto, quando a administração pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo, a interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

Esse pensamento de um modo geral tem sido frequente em nossos dias. Para além dos debates sobre os limites de atuação do Judiciário em questões relativas ao campo da administração pública, os contornos do ativismo judicial também surgem quando cortes superiores como o Superior Tribunal de Justiça tomam decisões para assegurar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição diante das modificações nos costumes da sociedade.

Ao relatar decisão inédita da Quarta Turma sobre a possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, afirmou o ministro Luís Felipe Salomão em 2011: “Com a transformação e evolução da sociedade, necessariamente também se transformam as instituições sociais, devendo, a reboque, transformar-se a análise jurídica desses fenômenos”.

O ministro lembra, todavia, que o regime representativo – que tem o povo como fonte de poder – não significa necessariamente um regime democrático. Isso porque a democracia é forma de governo cujo acesso é estabelecido pela maioria, mas a regra majoritária não tem relação direta com a legitimação democrática.

---

[271] O STF nessa ADI, julgou procedente em parte o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Na ocasião foram vencidos, em menor extensão, os ministros Teori Zavascki, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que davam interpretação conforme, nos termos do voto do ministro Teori Zavascki. O Tribunal rejeitou a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por não ter alcançado o número de votos exigidos pelo artigo 27 da Lei 9.868/99, e, consequentemente, a decisão aplicou-se às eleições de 2016 e seguintes.
[272] ADI 5526 (STF). ADC 4644 (STF).

"Não fosse por isso, não se explicaria a razão de as ações do Estado deverem prestigiar também os não votantes, como, por exemplo, as crianças, os presos, os eleitores facultativos e, de resto, as minorias vencidas pelo voto", explicou Salomão.

No mesmo sentido, encontra-se respaldo nas palavras de Jeremy Waldron[273], em seu ensaio *contrário* ao controle de constitucionalidade, *vez que, para a existência de uma sociedade política saudável* e não democraticamente erodida, devem existir quatro pilares necessários para um desenvolvimento político adequado:

> "We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights."

É possível compreender o voto emblemático da união civil homoafetiva como sendo um reconhecimento tácito de direitos fundamentais já estabelecidos pela Constituição, não sendo possível a retirada de determinados direitos humanos, como o direito de associação, muito embora tal visão seja criticada por doutrinadores como Samuel Sales Fonteles[274], ao descrever a escolha legislativa como legítima *quanto ao casamento civil* e o eventual *backlash* das escolhas realizadas políticas realizadas via judiciário, dentro de um estigma da *ilusão da tirania da maioria*.

Por esse motivo, retomando o raciocínio do ministro, a soberania popular não é absoluta no tocante ao exercício do poder e aos destinatários das ações públicas. Da mesma forma, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não pode "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutra alguma aversão.

"Nesse cenário, em regra, é o Poder Judiciário – e não o Legislativo – que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre

---

[273] WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, vol. 115, 1346-1406, 2006.

[274] Ver mais em: FONTELES, Samuel Sales. A Função Iluminista dos Tribunais Constitucionais e o "Heroísmo moral clarividente": Um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso. In: MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord). **Processo Constitucional** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

em vista à proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias", apontou o ministro Salomão.

Georges Abboud adverte que é possível concluir que o ativismo se caracteriza pela visão em que o Judiciário abandona o direito para julgar a partir de parâmetros metajurídicos e que o ativismo, essencialmente, é a discricionariedade judicial operada teleologicamente por vieses políticos.[275]

Fato é que, um juiz que não foi eleito por ninguém, não tem legitimidade para decidir políticas públicas e/ou definir ações e procedimentos além dos limites da causa de pedir e do pedido que deverá cingir-se a compelir os poderes legitimados à ação que lhe incumbe o dever, vez que a construção de sua decisão *não é democrática*, mas tão somente *uníssona*, sendo ele o detentor do poder de decidir.

Nesse sentido, entende Lucas Augusto Gaioski Pagani[276]:

> Em primeiro lugar, as amarras processuais engessam o debate, impedindo dele ser amplo e, mais que isso, impedindo que a participação popular seja, realmente, efetiva, isso é, que é ela quem detém o poder de decidir — não o magistrado. Mesmo com uma participação de audiências públicas, bem como inúmeros amicus curiae no processo de controle de constitucionalidade, tutelas coletivas ou até tutelas individuais, não há, de fato, participação em como decidir, sendo esse poder reservado ao magistrado.

Isso se dá, em verdade, pelas amarras argumentativas que assolam os magistrados, sobretudo o *princípio dispositivo* (Art. 492 do CPC), impedindo, muitas vezes, que o debate *essencialmente político* seja restringido à uma minoria *organizada*, utilizando-se de um *controle constitucional abusivo*, conforme entende Rosalind Dixon e David Landau[277]:

> "Abusive Constitucional Review is when (...) courts engaged in intentionally anti-democratic forms of review have incentives to obscure their motives". Hence, "courts themselves must therefore reason in a way that respects relatively orthodox processes of legal reasoning."

---

[275] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**. **Capítulo 3. Em busca de um conceito constitucional de ativismo. O ativismo judicial, o abandono do direito e invasão da política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. RB-3.3.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296045000/v1/page/RB-3.3.

[276] MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica-ISSN 1980-7791. p. 279.

[277] DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing:** legal globalization and the subversion of liberal democracy. New York: Oxford University Press, 2021

A separação de poderes como se sabe é princípio estruturante de nossa democracia constitucional, portanto, constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos os atos de quaisquer poderes, inclusive aqueles emanados da jurisdição constitucional[278].

Partindo de tal premissa, poderíamos então concordar que ativismo judicial seria a extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário, com a consequente usurpação de competência institucional alheia – nesse caso do Executivo ou do Legislativo. Em recente Congresso *on line* da ABDPRO[279], Nelson Nery Junior com muita precisão discorrendo sobre ativismo judicial concluiu que ativismo "é uma atitude desrespeitosa do judiciário". O eminente processualista manifestou-se, inclusive, sobre a sua preocupação com a hipertrofia do Poder Judiciário expressa de forma cristalina em decisões do Supremo Tribunal Federal[280].

Na doutrina nacional, o ativismo judicial é estudado a partir de diversas abordagens, e segundo Elival da Silva Ramos, a caracterização do ativismo judicial não implica em uma indevida invasão apenas na esfera legislativa, mas também na da Administração Pública. Dessa forma, o ativismo surge a partir de uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.[281] Conforme Georges Abboud, em diversas oportunidades, a separação de poderes foi analisada de forma estanque, como se fosse um conceito imutável e arcaico. Segundo o autor, cuida-se de um equívoco relativamente comum, que precisa ser desconstruído porque compreender a separação de poderes é a chave de leitura imprescindível para estruturação de um regime democrático.

A ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu[282] a respeito do *poder que controla o poder* é o conceito que nos orienta e, portanto, para nós

---

[278] *Ibidem*, p. RB-4.1.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296045000/v1/page/RB-4.1.
[279] Congresso *on-line* realizado em 2/8/2022.
[280] Tal manifestação feita no bojo de comentários acerca do chamado processo estrutural que em linhas gerais, denota a ideia de demanda judicial destinada a reformar/reorganizar a estrutura burocrática que, presente em determinada instituição (pública ou privada), esteja funcionando – ou deixando de funcionar – em algum grau/estado de desconformidade, buscando-se, a partir disso, a concretização de direitos fundamentais, a realização de políticas públicas e/ou a resolução de litígios complexos.
[281] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**. **Capítulo 3. Em busca de um conceito constitucional de ativismo. O ativismo judicial, o abandono do direito e invasão da política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. RB-3.2.
Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296045000/v1/page/RB-3.2.
[282] Montesquieu, quem efetivamente elegeu a separação dos poderes, que já era discutida por muitos filósofos – dentre eles Aristóteles –, demonstra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele. Nasce daí o fundamento da distribuição dos poderes, com o sistema de freios e contrapesos que é uma das noções fundamentais do constitucionalismo moderno, assegurando a justa e adequada ordenação das funções do Estado, abolindo a existência de um Poder absoluto sem possibilidade de controle. BENACHIO, Marcelo e VIANA, Sávio Ibrahim.

significa limitação efetiva do poder político. Sem a devida distinção da função legislativa, judicial e executiva não se estabelece ideal de boa governança, consequentemente, não se cria ambiente institucional para racionalização e controle do poder.[283]

Podemos destacar, ainda, as preocupações originais dos *founding fathers americanos* em relação ao poder judiciário e o *check and balances* da separação de poderes, conforme os papéis federalistas:

> "It equally proves, that, though individual oppression may now an then proceed from the courts of justice, the general liberty of the people can never be endangered from that quarter: I mean so long as the judiciary remains truly distinct from both the legislature and the executive. For I agree, that "there is no liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive power. It proves, in the last place, that as liberty can have nothing to fear from the judiciary alone, but would have everything to fear from its union with either of the other departments"[284]

Alexis de Tocqueville, em sentido contrário, via o judiciário, em especial, a suprema corte, como uma instituição de *check and balances*[285], conforme descrito por Robert Kraynak:

> (...) dá primazia ao judiciário. Ele elogia os autores norte-americanos por criarem um judiciário federal poderoso, especialmente ao conceder aos juízes o poder de declarar leis inconstitucionais (judicial review). Esse poder, aponta Tocqueville, é uma característica única do constitucionalismo norte-americano, não encontrado nas nações da Europa, onde os juízes apenas decidem questões de fato ou interpretam a lei quando é contestada em um caso específico. As limitações do poder judiciário nas nações europeias resultam de suas concepções da constituição como uma entidade imutável além do poder de alteração dos juízes (a visão francesa) ou uma que é mutável pelos poderes legislativos ordinários (a visão inglesa).[286]

Nesse sentido, se manifesta Elival da Silva Ramos ao afirmar que o ativismo judicial seria, portanto, um "desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional".[287]

O ativismo judicial e a ordem econômica. **Ativismo judicial e garantismo processual.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p.150-151.

[283] *Ibidem*, RB-3.4

[284] HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers**. A commentary on the Constitution of the United States. JB Lippincott & CO: Philadelphia, 1864.

[285] "Em última análise, então, não é a separação dos poderes e os seus controlos e equilíbrios que tornam a Constituição trabalho do sistema. Trata-se de um único ramo, do judiciário federal, que vincula o sistema juntos em um todo com o poder de opinião pública e modera o choque de poderes e interesses concorrentes. De forma curiosa, Tocqueville vê o judiciário como o último "executivo" das leis: sua tarefa principal é a aplicação da lei e sua habilidade peculiar é fazer cumprir a lei pelo exercício da autoridade moral – orientando prudentemente a opinião pública." In: Kraynak, Robert. **Tocqueville's Constitutionalism.** The American Political Science Review, 81(4), 1175, 1987. p. 1191.

[286] Kraynak, Robert. **Tocqueville's Constitutionalism.** The American Political Science Review, 81(4), 1175, 1987. p. 1190.

[287] Elival da Silva Ramos adverte: "por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva

No entanto, também é possível afirmar que em determinadas circunstâncias – e em situações extremas, seria uma decisão capaz de sanar uma necessidade premente da qual descuidaram-se os entes e cuja omissão do pronunciamento judicial traria um dano de tal magnitude que o legitimaria a essa prática.[288]

Isso ocorre porque, segundo Thomas S. Khun, uma comunidade de cientistas atua em conformidade aos modelos estabelecidos para solução de problemas – paradigmas[289], os quais encerram a compreensão científica de dado instituto enquanto forma de resposta para determinadas questões.[290]

De tempos em tempos, há crises que obrigam a busca de novos paradigmas, o que é um desafio à comunidade científica já que a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que a exigem.[291]

Conforme Antonio Junqueira de Azevedo é possível reconhecer a presença de três paradigmas evolutivos e sequenciais de interpretação do Direito, quais sejam: o paradigma da lei, o paradigma do juiz e o paradigma do caso concreto. Assevera o autor[292]:

> A História comprova a existência de mudanças, e, por outro lado, nada melhor para a realização da justiça que a tomada de consciência do que está subjacente à lei ou à sentença. O reconhecimento da precariedade da razão, se, de um lado, leva à não-admissão de dogmas, lógicos (...) de outro não impõe a conclusão de que estamos a viver consagração do irracionalismo. Verificada a fragilidade da razão, não deve o jurista afastá-la, mas, sim colocar a seu lado, como um arrimo, a intuição do justo.

A centralidade do caso e o confronto entre o Direito e a lei, obrigam ao Poder Judiciário no momento da interpretação/aplicação da lei, sem o abandono da legislação, frise-se, o

---

(conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes". **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

[288] "O que se conclui, desde logo, é que o ativismo encerra um juízo negativo sobre o exercício da jurisdição constitucional, já que o campo semântico do conceito de ativismo judicial corresponderia a um verdadeiro 'insulto'." CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar. 2012. p. 143.

[289] Os paradigmas são instrumentos destinados à resolução de problemas, enquanto válidos a ciência avança e se aprofunda por meio de sua utilização.

[290] BENACCHIO, Marcelo, VIANA, Sávio Ibrahim. **O Ativismo judicial e a ordem econômica**. **Ativismo judicial e garantismo processual. Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 147.

[291] BENACCHIO, Marcelo, VIANA, Sávio Ibrahim. **O Ativismo judicial e a ordem econômica**. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual. Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 147.

[292] BENACCHIO, Marcelo, VIANA, Sávio Ibrahim. **O Ativismo judicial e a ordem econômica**. **Ativismo judicial e garantismo processual. Ativismo judicial e garantismo processual.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 149.

temperamento do aspecto político e jurídico na busca da solução justa ao caso em conformidade aos valores do Direito.

Por isso, o ativismo judicial envolve a participação do Poder Judiciário de forma mais intensa na concretização dos valores e finalidades da Constituição com a inevitável interferência no espaço reservado aos outros poderes. As críticas feitas, notadamente em razão da ausência de legitimação democrática dos juízes para criação de regras de comportamento, têm sido um interessante meio de realização de Direito ante a lei, excluída a possibilidade de criação do Direito pelo Poder Judiciário sem controle algum, buscando a máxima normatividade do texto constitucional.[293]

E, embora tal atuação gere dificuldades no grau de certeza do Direito, é a única maneira de solucionar conflitos gerados em decorrência da pluralidade de valores presentes no ordenamento jurídico e o frequente conflito entre eles[294].

Nesse sentido, entende Rennan Thamay[295]:

> De fato, tecnicamente, o mais alinhado seria navegar no "mar" guiado pela judicialização excepcional da política pública o que, efetivamente, permitiria a participação do Judiciário de modo mais contido e em harmonia com os demais Poderes, sem invadir suas atribuições e poderes. Todavia, a realidade que se vive permite perceber que o timão por vezes está abandonado, sem comando, em decorrência das omissões inconstitucionais realizadas pelos demais Poderes, havendo, por vezes, por isso, provocação da sociedade, do Ministério Público e outros atores, fazendo com que o Poder Judiciário, nesse caso em particular, por vezes atue sanando as omissões baseado nos pedidos que forem realizados por meio de medida judicial apta. Na verdade, se a decisão que resolve tais questões, certa ou errada (o que não é a questão), sempre será fruto da provocação das partes e dos órgãos participantes da jurisdição, tendo em vista que o julgador não pode – porque é impedido efetivamente – decidir de ofício, sendo que, se a decisão é ativista, certamente será fruto de um pedido ativista igualmente, assim como se moderada, claro, será derivada de pedidos que permitem essa constatação.

Em especial, sobre o controle judicial realizado pelo Supremo Tribunal Federal, o autor[296] assevera que:

> Essa atuação, como se pôde ver, vem sendo implementada tanto no controle de constitucionalidade abstrato quanto no difuso, pois, em ambas as vertentes de controle, o STF tem agido com a mesma forma de julgar, tornando-se, por vezes,

---

[293] BENACCHIO, Marcelo, VIANA, Sávio Ibrahim. **O Ativismo judicial e a ordem econômica. Ativismo judicial e garantismo processual. Ativismo judicial e garantismo processual.** Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 151.
[294] *Ibidem*, p. 151.
[295] THAMAY, Rennan. **Processo Constitucional.** São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. RB-7.2.
[296] THAMAY, Rennan. **Processo Constitucional.** São Paulo: Thomson Reuters, 2023. p. RB-7.4

> protagonista em face da provocação e necessidade do caso, tendo em vista a latente omissão dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), sendo que, em alguns casos, tem-se a implementação de políticas públicas, enquanto que, em outros, fixação e até determinação de políticas públicas. Muito ainda se fará, certamente, sendo fato que o Judiciário acaba sendo provocado em decorrência da omissão dos demais Poderes, agindo mediante provocação e em resposta aos pedidos realizados pelas partes ou legitimados.

Conclui, ainda, Rennan Thamay ao explicitar que a decisão judicial *possa ser criada de maneira democrática e representativa*, nos seguintes termos:

> Portanto, pode-se afirmar que os limites são fixados com a participação concreta do administrador, legislador e/ou entidades envolvidas na questão, a depender do caso, e, com isso, a decisão final será uma decisão participativa que, por isso, claramente representativa e democrática, criando-se uma fórmula para que todos possam construir a melhor solução para o problema que está posto, pois realmente a justiça se faz com entendimento, bom senso, razoabilidade, proporcionalidade e limites.

Essa incerteza, ainda, pode trazer o chamado *diálogo das fontes*, ou o *diálogo institucional*, trazendo as instituições que permeiam a separação de poderes, impedindo, assim, um monopólio interpretativo institucional, tendo por vantagem, conforme Georges Abboud[297]:

> Portanto, são diversas as vantagens do diálogo institucional/constitucional: i) amadurece as instituições (Poderes) que reconhecem os limites de sua competência; ii) evita que ocorra conflito entre Poderes; iii) confere espaço de estabilidade e governabilidade possibilitando que problemas graves sejam solucionados sem rupturas democráticas; iv) aumenta a complexidade na resolução dos problemas sociais. O diálogo permite soluções que, de forma isolada, não seriam possíveis a cada um dos Poderes; v) recrudesce o diálogo como eixo de solução de conflitos em uma democracia constitucional; vi) quebra o monopólio da interpretação constitucional, transformando a jurisdição constitucional em um espaço mais plural; vii) fortalece a legitimidade da jurisdição constitucional, fazendo com que ela se transforme em espaço estruturador de dissenso; viii) diminui rusgas entre Poderes, na medida em que o diálogo permite soluções menos incisivas de um Poder em relação a outro.

Seja como for, é necessário que as instituições *sejam responsáveis e diligentes em suas atribuições,* sob pena de uma *usurpação temporária de poder, com a finalidade de sanar omissões danosas à democracia e, sobretudo, aos compromissos normativos estipulados nos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.*

6.2 A judicialização da política como campo para a prática do ativismo judicial

[297] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial.** São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. RB-6.4.

Pode-se dizer que a nossa convivência com a democracia é muito recente e que, por ainda se encontrar em fase de aprendizado, é frágil.

Sendo frágil, a democracia brasileira é considerada como *uma democracia deficitária*[298], conforme o Democracy Index 2022, pesquisa realizada pela *Economist intelligence*, ocupando o quinquagésimo primeiro lugar, com uma pontuação de 6.78 de 10 pontos[299].

Isso significa dizer que, enquanto o sistema político se aperfeiçoa, é possível existir certas tensões entre instituições, e, em especial, poderes políticos que queiram consolidar o poder das mais variadas formas, fazendo com o que, então, existam crises políticas intensas, sobretudo na américa latina.

Nesse sentido, é possível averiguar a crescente expansão do poder judiciário, via legislativo, sobretudo, pela Constituinte de 1985, em relação *ao fantasma* da ditadura militar, creditando ao Poder Judiciário um arranjo institucional *capaz de refrear os outros poderes da república*.

Isso é visível pela constante transformação do Poder Judiciário, sobretudo pelas Emendas Constitucionais de nº 03/1993 (Ação Declaratória de Constitucionalidade) como uma *complementação ao modelo* adotado pela EC nº 16/65, conforme Gilmar Ferreira Mendes300 e a nº 45/2004, com a extensão dos efeitos vinculantes *inerentemente* ligados às Ações Diretas de Inconstitucionalidade a às Ações Declaratórias de Constitucionalidade, além da profusão da transcendência dos Motivos Determinantes[301].

---

[298] Considera-se uma democracia defectiva (ou deficitária) aqueles países cujo quais detém baixa pontuação em: a-) Eleições livres e justas; b-) Poder efetivo para governar; c-) Associação e assembleia de Direitos; d-) Liberdade de Expressão; e-) Separação de Poderes; f-) Direitos Civis; g-) O monopólio do uso da força pela administração básica, conforme o Bertelsmann Transformation Index. Ver mais em: C**ountry Report: Brazil.** Bertelsmann Stiftung's Transformation Index (BTI), 2022.

[299] Democracy Index 2022: Frontline democracy and the Battle for Ukraine. **Economist Intelligence**. Londres, Nova Iorque, Hong Kong, 2022.

[300] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009. pp. 1180-1181.

[301] Nesse sentido, entende Gilmar Ferreira Mendes: (...) com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto de pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009. pp. 1.280.

Não obstante, com a formatação institucional derivativa do presidencialismo de coalizão302, impossível, então, evitar a politização no *sentido forte* do Poder Judiciário, sobretudo, com as escolhas realizadas para o ingresso nos Tribunais Superiores, não somente ao Supremo Tribunal Federal.

Inevitável, portanto, diante dos mecanismos de escolhas de magistrados para os Tribunais Superiores, ignorar ou melhor supor que a política ou ideologias não serão fatores de forte influência na construção dos julgados e na construção jurisprudencial em maior ou menor grau, de nosso ordenamento jurídico.

Some-se a isso, o fato de que muitos juízes e tribunais decidam os problemas que lhes são submetidos à apreciação a partir de pautas voltadas a saciar o clamor popular com respostas amparadas muitas vezes em um senso pessoal de justiça.

Como afirma Georges Abboud seria "uma concepção muito ingênua do regime democrático, como se esse se esgotasse com o exercício do voto. Por tais razões, muitas vezes a realização de direitos fundamentais torna-se um exercício penoso."

Da mesma forma, os chamados direitos prestacionais, tais como a educação e a saúde; essa fragilidade torna o recurso ao Judiciário – para garantir esses direitos (fundamentais) – não só uma necessidade, mas, uma verdadeira rotina dos jurisdicionados.

Embora tenha havido uma evolução desde 1988, ainda não há, de fato, como prescindir da judicialização para resguardo desses direitos face as necessidades não atendidas. A judicialização da política não é um mal per se. Antes é uma decorrência contingencial da realidade socionormativa brasileira.

Dierle Nunes, pontua que, houve, nos últimos anos, no Brasil uma mudança no perfil do magistrado no que toca à aplicação do direito. O juiz não é mais omisso e tem de fato uma preocupação real com aplicação efetiva do direito tendo sido compelido a mudar o seu papel, tornando-se um efetivo criador de direito, especialmente nos Tribunais.

Esse crescimento serviu bem à democracia e ajudou no avanço do processo político e social, promovendo os direitos fundamentais resguardando o jogo democrático.

---

[302] LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do Presidencialismo de Coalizão. **Lua Nova,** nº 44-98, 1998.

Em nossa visão, a judicialização é o caminho institucional (natural) para solução de dissensos sociais e políticos emergentes em sociedades complexas e cada vez mais heterogêneas.

Ressalte-se, contudo, que a judicialização da política não se restringe à proteção e concretização de direitos básicos. Em democracias constitucionais como a nossa, em que o Poder Judiciário finda por se transformar em uma espécie de instância revisora e fiscalizadora das regras eleitorais de transmissão de poder, assume também o posicionamento de árbitro imparcial para assegurar que as regras do jogo político-democrático sejam observadas.

Por tais razões, essa posição ocupada pelo Judiciário pode propiciar todo tipo de judicialização política, desde uma judicialização consciente – para se evitar o descumprimento de regras eleitorais, por exemplo –, como até mesmo revanchismo em que se busca o Judiciário como *locus* para reversão de derrotas políticas ocorridas no Parlamento, o que tem sido visto de forma abundante no Brasil.

Conforme leciona Georges Abboud,

> (...) é nesse ponto preciso que o Judiciário deve mostrar sua deferência ao modelo constitucional e sua independência, de modo a não se transformar em apenas mais uma instância da vontade política majoritária. Ou pior, transformar o Judiciário em instância de perseguição política, conforme ficou caracterizado em diversos momentos na Operação Lava Jato.[303]

Enfim, se a judicialização da política é contingencial, e até necessária muitas vezes para a realização de direitos fundamentais e controle de atos inconstitucionais dos demais Poderes, o seu mal uso, no entanto, culmina em indesejado ativismo judicial.

O grande desafio dos juristas, especialmente, àqueles cuja missão é guardar a Constituição, conforme adverte Lenio Streck, é evitar leituras inadequadas, caracterizadas pela ultrapassagem dos limites semânticos do texto, prevalecendo a imposição da vontade do leitor, que se apodera dos sentidos.

É importante esclarecer que não nos posicionamos contra o ativismo judicial que em algumas situações é perfeitamente justificável. O problema é que a mínima tolerância em

---

[303] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial. Capítulo 2. Desintrodução**: backlash à brasileira. Ativismo judicial versus judicialização da política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. RB-2.2. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296045000/v1/page/RB-2.2.

algumas situações leva a prática constante e desarrazoada do mecanismo para resolver problemas que por vezes, além de já terem solução prevista em lei ou jurisprudência, fica à mercê de subjetivismos inexplicáveis ou inexplicados, desvirtuando o que seria uma prática salutar de resolver conflitos. Como já assevera o dito popular, a diferença entre o remédio e o veneno é simplesmente a dose.

Nesse sentido, entende Luís Roberto Barroso[304]:

> Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

Necessário, portanto, que se coloque na pauta um debate sobre como interpretar a Constituição e o que deveria de fato ser levado em consideração pelos juízes no momento da decisão.

A exemplo do que acontece com a população norte-americana, no Brasil a maioria dos operadores do direito e dos brasileiros tem uma justificada preocupação com juízes ativistas, especialmente os ministros do Supremo Tribunal Federal que não raras vezes julgaram contra sua própria jurisprudência, contra a legislação – usurpando um poder que é do legislativo, como também contra a própria Constituição a quem lhes incumbe o dever de zelar.

Conforme assevera Georges Abboud, o juiz ativista pode ser o progressista ou o conservador, bastando para tanto que deixe de procurar a resposta no direito e o fabrique a partir de sua ideologia. Por isso, não há como admitir que haja um ativismo bom ou mau, muito embora existam correntes que corroboram com tal premissa, conforme a escola consequencialista[305].

Nesse sentido, explicita Cass Sunstein:

> (...) Ideological convictions appear to matter. Perhaps they matter because judges try to make the best possible sense out of ambiguous statutes, and Democratic and Republican appointees differ about the best way to do that. Perhaps convictions matter because consequences matter, and different judges evaluate consequences in different ways. Perhaps different judges bring different “background presumptions” to the law,

---

[304] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática. **[Syn]thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012. p. 32.

[305] PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; SCREMIN NETO, Ferdinando; DIAS, Bruno Smolarek. Ativismo Judicial, Judicial Review e Parâmetros normativos ao exercício jurisdicional: um debate necessário. **Revista pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 16m nº jan./abril. 2022.

> and those different background presumptions are correlated with the political party of the appointing president.[306]

Aprofundando a sua visão, o Cass Sunstein explica a posição política dos juízes em relação à noção consequencialista do *ativismo judicial*:

> "Of course judges aren't politicians, and both candidates were right to say that the judicial task is to interpret the law. But in the controversial cases, judges often disagree. When they do, what are they disagreeing about? It is standard to separate judges along two lines. The first involves ideology. Some judges lean to the left, others to the right. Maybe Democratic presidents tend to appoint liberal judges, whereas Republican presidents appoint conservative ones. The second involves interpretation. Some judges favor "strict construction," while others are much looser. Maybe some judges take the Constitution seriously as it was written, whereas other judges use the Constitution as the basis for imposing their own values and preferences. "[307]

Do ponto de vista dos autores norte-americanos o ativismo é bom quando as posições políticas dos juízes são coincidentes com seus interesses e mau quando ocorre o oposto. O que se pode concluir é que seja do ponto de vista progressista ou conservador, essa visão acerca do tema é equivocada.

Em um Estado Constitucional, pode-se divergir sobre aspectos políticos, contudo, na solução de questões jurídicas, não deveria haver discordância acerca da origem de toda e qualquer decisão judicial que sempre deveria ser as leis e a Constituição Federal[308].

Em sua feição contemporânea, a teoria do direito, propõe-se a superar o exegetismo do juiz boca da lei, defendendo a adoção de uma postura que, diante da vagueza dos textos normativos, torna possível usar a própria vontade como parâmetro decisório.

Urge, portanto, combater a mentalidade de que existe um bom ativismo, e também a defesa do caráter discricionário da administração da justiça. É preciso defender a premissa de que independentemente do julgador – qualquer que seja a sua posição na hierarquia judicial, tem o direito de ignorar os textos legais. Afinal, sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores deveriam pautar suas decisões pelo estrito cumprimento da lei.

---

[306] SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David *et al*. **Are Judges Political? An empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington, D.C: Brookings institution press, 2006. p. 132.

[307] SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005. p. 24.

[308] Se na common law, o ativismo se relaciona com a dicotomia easy cases vs hard cases, admitindo-se a atuação discricionária do magistrado, no Estado Constitucional ela é vedada pelos limites estritos da lei e dos precedentes.

O lugar de discutir questões políticas, definitivamente, não é no direito, muito embora muitas vezes sejamos levados a crer nessa afirmativa. O direito, em sua natureza, possui linguagem própria[309][310].

> O desempenho dessas importantes funções só se tornou possível com a positivação do direito, ocorrida em meados do século XIX como resposta à complexidade alucinante da vida social. A decisão legislativa de regulamentar tal ou qual comportamento dessa ou daquela forma torna-se o centro da preocupação dos juristas.

No mesmo sentido, entende Ralf Poscher:

> Que o Direito desenvolve suas próprias concepções de conceitos compartilhados com outras disciplinas é algo inquestionável. A acomodação das exigências doutrinárias do Direito produz concepções jurídicas e ao mesmo tempo modifica as concepções usadas em outros campos. Linguisticamente, isso leva à polissemia ou ao mesmo a uma variação de significado6 . Polissemia e variações de significado são geralmente causadas pelo uso em diferentes discursos específicos, onde o significado de conceitos se torna específico e, por causa disso, modificável. Polissemia nesse sentido é o que acontece com conceitos utilizados no Direito. Filosoficamente, esse fenômeno linguístico corresponde a teorias pragmáticas da linguagem, as quais enfatizam o uso das expressões7. Na perspectiva de tais teorias, não há qualquer surpresa que expressões adquiram um significado relacionado, mas diverso em diferentes áreas de atuação. Práticas diferentes, como o Direito e a Medicina, geram significados diferentes. As exigências pragmáticas da prática determinam o significado, e elas são diferentes de um lado no Direito, e do outro na Medicina e Biologia.[311]

Dessa forma surgiu um novo estilo jurídico pautado pela análise das normas legais e dentro dos limites impostos pelo ordenamento. Nesse cenário, Niklas Luhmann tocando em ponto sensível indaga "quais são, afinal de contas, a posição e as consequências sociais do sistema jurídico, diante do mundo que se aproxima do horizonte?"

A resposta a essa pergunta impôs a tomada de consciência de que o direito desde o século XIX, tem se orientado pela peculiar ideia de um sistema formado tanto pelas normas postas pelo estado como pelos conceitos dos juristas, ou seja, legislação e dogmática.

Dessa forma, se o direito, posto em leis, se diferencia de outros sistemas de comunicação social, a dogmática se destina a ampliar dentro dos limites da legalidade as condições do juridicamente possível.

---

[309] Os juristas, com apego obstinado pelas distinções atribuem à dogmática jurídica a tarefa de enxergar a conduta humana *subspecie normativitatis*, tal como ela se vê encaixada nas leis que compõe o ordenamento jurídico. Reduzi-la a tal é sintoma de crise, pois a dogmática depurando e classificando os componentes do ordenamento jurídico, permite certa independência e alguma liberdade no seu manejo e pauta os limites das decisões judiciais.

[310] Ver mais em: POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 8(3): 272-285, set./dez. 2016. Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2016.83.02.

[311] POSCHER, Ralf. **A mão de Midas**: quando conceitos se tornam jurídicos ou esvaziam o debate Hart-Dworkin. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 10(1):2-13, jan.-abr. 2018. Unisinos.

A partir dessas noções contrapostas é que o sistema jurídico distingue quais interesses são protegidos ou não, valendo-se da dogmática para cumprir sua função de reduzir as complexidades do entorno social às dimensões do código lícito/ilícito. Os conceitos e abstrações, tão típicos do pensamento jurídico, ajudam a definir e a alargar os conceitos desse binômio.

Ao final, será sempre o judiciário quem se encarregará de dar a palavra final – ao reordenar o pensamento sistêmico, para sustentar e proteger a sociedade, inclusive dela mesma.

A questão do ativismo é tema diretamente relacionado à forma como se interpreta e aplica o direito. A postura ativista, assevera Abboud, desconsidera o direito para fazer prevalecer a visão subjetiva do mundo do intérprete. É a troca do direito por política, ideologia, religião ou qualquer outra visão do mundo na formação da decisão judicial. Nesse diapasão, configura o agigantamento do Judiciário mediante a invasão judicial na esfera de legitimidade e funcionalidade dos demais Poderes[312].

Releve-se que na maioria das vezes, o juiz deixa de fazer o direito e parte para a política propriamente dita.[313]

A questão que se coloca é quais seriam os perigos do ativismo judicial quando[314] envereda para a politização do Judiciário?

Ora, para além da situação de judicialização da política, que é mais legítima, pois a Constituição nos trouxe parâmetros e fins para serem alcançados, há a situação combatida de ativismo judicial.

Luís Roberto Barroso distingue o conceito de judicialização, decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, em relação à postura mais invasiva caracterizada pelo ativismo. Para Barroso, o oposto da postura de ativismo judicial é a autocontenção, atitude em que o Judiciário procura reduzir sua interferência em relação à atuação dos demais Poderes[315].

---

[312] ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2022. p. RB-2.4. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/296045000/v1/page/RB-2.4.

[313] A propósito desse tema Rory Leishman dedica um item para o tema – Como nossos juízes têm se tornado políticos. Leishman vislumbra na atuação ativista verdadeira apropriação da lei pelos juízes.

[314] NOHARA, Irene Patrícia. **Judicialização da política pós-constituição de 1988 em contraste com os perigos da politização do Judiciário.** Artigo publicado no portal www.cpjur.com.br.

[315] Um dos pontos mais problemáticos ressaltados por Barroso se localiza na distribuição de medicamentos e na determinação de terapias por decisão judicial. A concessão arbitrária e indiscriminada pelo Judiciário de medicamentos e terapias não previstos põe em risco a racionalidade e a organização das políticas públicas de saúde,

Conforme adverte Irene Nohara, o protagonismo dos Tribunais Superiores é destacado na atualidade. Nas palavras do Ministro Fux, como o Parlamento nem sempre quer pagar o preço social de discutir temas fracturantes da opinião da sociedade, como a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias[316] ou o relacionamento homoafetivo como união estável[317], o Judiciário acaba por decidir questões que são relevantes para o reconhecimento de direitos de minorias em decisão de *hard cases*.

Inevitavelmente, diante de casos como os anteriormente mencionados, surge o debate sobre a neutralidade do juiz. Ora, em primeiro lugar, cumpre asseverar que nenhum ser humano é tábula rasa, ou seja, cada pessoa traz a julgamento sua visão de mundo, sua ideologia, suas percepções (NOHARA, 2020).

Nesse sentido, cumpre-se entender a *ideologia* em seu sentido fraco, isto é, conforme Norberto Bobbio, como uma *ideia de mundo, compartilhamento de valores e visões de mundo*, e não na *forma forte*, conforme os ensinamentos de *Karl Marx ou Eric Voegelin*, quanto à uma *vã consciência de classe ou, ainda, de uma falsificação da realidade*:

> No seu significado fraco, Ideologia designa o genus, ou a species diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa.[318]

O que cobra do juiz não é a sua neutralidade, mas sim a sua imparcialidade, isto é, que não decida apenas com base no senso comum, sem fundamentar sua decisão em argumentos amparados nos valores previstos no ordenamento jurídico.

> Logo, por exemplo, um juiz pode dar entrevistas, mas, por outro lado, não se afigura uma postura adequada que antecipe um futuro julgamento em entrevista ou mesmo que se mostre enviesado para uma interpretação antes mesmo de receber a ação e analisar as provas e argumentos trazidos pelas partes nos autos do processo. Caso contrário, não haverá contraditório material, isto é, as pessoas estarão participando de

---

comprometendo a alocação estratégica dos escassos recursos públicos (artigo de Irene Nohara publicado na revista eletrônica do CPJUR).

[316] Como por exemplo, ADI 3510, decidida em 2008, em que se entendeu que não há violação ao direito à vida, tampouco à dignidade da pessoa humana.

[317] ADI 4277 e ADPF 132, em 2011, que reconheceram união estável para casais do mesmo sexo.

[318] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**: vol. 1. Brasília: UnB, 1998. p. 585.

> um "jogo de cartas marcadas" em que pouco importa o que é documentado e produzido em juízo, pois o juiz já pende para um lado da causa.[319]

Em suma, a neutralidade, livre de valores e ideologia, é uma inverdade. O juiz, enquanto ser humano que é, pode e deve ter sua ideologia, ainda que não a expresse, ela existe. Do juiz se espera, entretanto, que seja imparcial. Logo, ainda que tenha sua visão de mundo, que as suas orientações políticas e ideológicas não o levem a prolatar sentenças que comprometam sua imparcialidade e sua capacidade de ponderar os aspectos presentes no caso concreto diante das possibilidades interpretativas do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a postura ativista do judiciário implica verdadeira usurpação de competência dos Poderes Legislativo ou ao Executivo e, por vezes, até dos dois. Ora, a separação dos poderes é princípio estruturante de nossa democracia constitucional, portanto, constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos os atos de quaisquer poderes, inclusive aqueles emanados da jurisdição constitucional.

Ressalta Abboud, que a separação de poderes foi analisada de forma estanque, como se fosse um conceito imutável e arcaico. É preciso repensá-la de outra forma, já que a separação de poderes apresenta uma dimensão de estruturação teórica e outra de caráter institucional/historicista. Ocorre que não sem levar-se em consideração um elemento que lhe é subjacente e intrínseco: a racionalização do poder. E, não se fala em separação de poderes em que lhe seja subjacente uma teoria política que objetive limitação a esse poder. O elemento encoberto que permanece como carga reguladora do conceito é a ideia de limitação do poder, classicamente presente na fórmula de Montesquieu – o poder que controla o poder. Mais do que promover a fiscalização de um poder pelo outro, a separação de poderes é relevante porque proferir decisão judicial é profundamente diferente de legislar e governar.

E desse modo, é imperioso que se enfrente de forma mais profunda o ativismo judicial, uma vez que na perspectiva estrutural da democracia configura um abalo à separação de poderes, já que se caracteriza por uma indevida invasão do Judiciário em face do Legislativo ou Executivo[320].

---

[319] NOHARA, Irene Patrícia. Judicialização da política pós-constituição de 1988 em contraste com os perigos da politização do Judiciário. **Artigo publicado na revista eletrônica do CPJUR**, p. 11.

[320] Para Jeremy Waldron, a separação de poderes é, antes de tudo um princípio político para avaliação dos arranjos políticos e constitucionais do Estado Moderno. Em sua visão, a inexistência de princípio constitucional textual e explícito mencionando separação de poderes em nada desnatura sua imprescindibilidade para desenvolvimento da

Nossa Constituição previu para o Judiciário – a exemplo do que fez para os demais Poderes, funções atípicas, cujo exercício é regular, desde que não o faça a partir de razões não jurídicas e desde que restrito aos parâmetros desenhados pela engenharia constitucional.

A Constituição brasileira concede manifesto reconhecimento aos princípios como normas jurídicas impositivas, ao lado das regras, realçando a dimensão principiológica de seu sistema, quando já no Título I dispõe a respeito dos princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, para em seguida fazer expressa menção ao Estado Democrático de Direito, incluindo assim, no entendimento de vários doutrinadores, os princípios fundamentais.[321]

Essa assumida feição principiológica se estende por diversos dispositivos consolidando o entendimento de que estamos diante de uma jurisdição doravante integrada com o sistema constitucional. Resulta desse entendimento o princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, originado da ideia de uma ordem normativo-jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito, princípios positivamente constitucionalizados, aos quais jungidas todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado, sem qualquer exclusão (BRETAS, p. 22).

Nesse sentido e corroborando essa tendência, o novo Código de Processo Civil que em seu artigo 1º já adverte que "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código", demonstrando assim que foi criado como um instrumento efetivamente realizador do modelo constitucional de processo[322].

Alguns autores sugerem que o Novo Código de Processo, inclusive, é mais bem compreendido se visto menos a partir de uma tensão entre ativismo e garantismo processual e

---

democracia. Antes, para Waldron o princípio da separação dos poderes não opera como um princípio sagrado, mas como pedra de toque da legitimação política que deve estar associado a algo como o princípio da supremacia legislativa.

[321] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: (...)

[322] "Reconhece-se hodiernamente a existência de um modelo constitucional de processo comprometido com a concreção dos direitos fundamentais. Tal responsabilidade não mais se limita a instrumentalizar a proteção oriunda do plano material em sentido estrito. Segundo concepção que adotamos, um passo à frente foi dado. Admite-se contemporaneamente a existência de um rol de direitos (igualmente fundamentais) que, ainda que tenham valia apenas no e em razão do processo, compõem o núcleo das posições jurídicas mínimas do cidadão, devendo, em tudo e sempre, orientar interpretações, bem como a regulamentação de qualquer regime processual, seja ele de que natureza for."

TORRES, Artur. Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, p. 44-81, 2011.

mais a partir dos escopos da jurisdição. Sugeriu-se, pois, que o eixo da discussão processual não se ponha em termos dos sujeitos do processo e de seu protagonismo, cedendo espaço para a reflexão sobre a função da prestação jurisdicional e o lugar do processo civil para a adequada realização do direito – em outras palavras, o processo civil não deve ter dono, mas sim, função.[323]

Nesse particular, defendeu-se que a maior preocupação do novo CPC se volta para a solução adequada de conflitos.

Em conclusão, afirma-se que o novo Código de Processo Civil permite divisar uma nova visão sobre a técnica processual e seu lugar na dogmática jurídica, reforçando técnicas que potencializam o compromisso do processo civil com a efetividade da jurisdição e com a promoção do direito material, colocando em segundo plano a divisão sistemática concebida no CPC/1973 entre as funções da jurisdição e os atos judiciais[324].

Enfim, de um modo geral, fala-se em ativismo ou para indicar a ingerência do Judiciário em temas políticos ou para caracterizar a atividade do juiz no processo, dando ênfase à liberdade e aos poderes de atuação do magistrado, por exemplo, para permitir que o juiz determine provas de ofício.

Em oposição ao ativismo, fala-se em garantismo, no sentido de respeitar as garantias dos jurisdicionados e sua participação igualitária no processo, o que nada mais seria senão a concretização de devido processo legal.

Importante observar que o termo garantismo não figura nos dicionários Houaiss e Aurélio, mas aparece no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa da Academia Brasileira de Letras.

Porém, como bem assevera Teresa Arruda Alvim, o que importa, porém, em termos objetivos, é que a polêmica ativismo vs. garantismo envolve discussão sobre o papel do juiz na atividade jurisdicional e a liberdade de que goza no exercício de suas funções[325].

---

[323] QUINTAS, F. L. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo: Ed. RT, jun. 2016, v. 256, p. 235-316.

[324] É ainda representativo dessa nova visão sobre a técnica processual, para os fins a que se propõe o presente artigo, o papel que deve passar a desempenhar os princípios da boa-fé processual e da cooperação, positivados no CPC, arts. 5º e 6º. Esse não é outro senão o pensamento já esposado por Rosemiro Pereira Leal.

[325] ALVIM, Teresa Arruda. **Reflexões sobre o Novo CPC**. ativismo judicial e novo Código de Processo Civil. Disponível em:

Na realidade, há uma *aparente oposição* ao ativismo judicial em relação ao *garantismo jurídico* proposto por Luigi Ferrajoli.

Essa oposição se dá pelo entendimento de Ferrajoli quanto à concepção do constitucionalismo a serviço dos direitos fundamentais, entendendo os princípios jurídicos como regras jurídicas, sem qualquer distinção, entendo, ainda, o constitucionalismo garantista como uma *espécie de positivismo reforçado*, indicando-se aqui a transformação da norma jurídica e o dever-ser da justiça[326][327].

Nesse sentido, entendem os autores Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto[328]:

> "Nesse sentido, Ferrajoli traça uma distinção clara entre "lei da vontade" e "lei da razão". A primeira vincula-se estritamente ao poder, isto é, à maioria, o que a faz repousar primordialmente na figura do legislador. A segunda, por outro lado, é a razão constitucional, a dimensão na qual se encontram os direitos fundamentais. No interior do constitucionalismo garantista, essa distinção se dissolve, porque há uma relação de subordinação: a vontade (maioria) se submete à razão (Constituição). Assim se desenha um modelo de Direito, que é o primeiro significado do garantismo. Esse modelo contempla, portanto, a existência de uma Constituição rígida e de direitos fundamentais, cuja garantia e proteção competem ao Poder Judiciário. Aqui, Ferrajoli utiliza dois elementos próprios da teoria do direito para indicar como se operacionaliza essa função de garantia. Se uma lei é promulgada em dissonância com um direito fundamental, ela produz uma antinomia e deve, por isso, ser declarada inválida. Ademais, se o legislador incorre em violação por omissão – quando, por exemplo, deixa de elaborar políticas públicas para a promoção dos direitos sociais –, o que se produz é uma lacuna, que também deve ser censurada pelo órgão judicial de garantia"

Em verdade, pode-se dizer que a máxima política do garantismo jurídico é, justamente, a *mesma finalidade do ativismo judicial*, isto é, *a aplicação de todas as leis garantidas pela constituição, não tendo o que ponderar ou restringir, sendo descrito, inclusive, pelo autor como "a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais"*[329]

---

https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103219806/v1/document/103220108/anchor/a-103220108.

[326] FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Trad. P. A. Ibáñez. Madri: Trotta, 2014. p. 21.

[327] MOREIRA, Pedro da Silva; COLETTO, Bruno Irion. **Considerações sobre o garantismo e o ativismo judicial no mundo latino**. Artigo apresentado em julho de 2018 no II Congresso de Filosofia do Direito para o mundo latino da Ilatina organizado pela UFRJ. p. 4-5.

[328] MOREIRA, Pedro da Silva; COLETTO, Bruno Irion. **Considerações sobre o garantismo e o ativismo judicial no mundo latino**. Artigo apresentado em julho de 2018 no II Congresso de Filosofia do Direito para o mundo latino da Ilatina organizado pela UFRJ. p. 4-5.

[329] FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Trad. P. A. Ibáñez. Madri: Trotta, 2014. p. 59.

Anna Pintore chega a conclusão de que o garantismo é *implica, indiretamente, em um ativismo judicial desenfreado* vez que "repudia el principio de la administración democrática de los derechos"[330]

No mesmo sentido, entende Fernando Laporta[331]:

> "Ferrajoli afirma que la sustancia del garantismo es precisamente que el juez (y, por supuesto, también el legislador) se hallan sometidos a los principios constitucionales como normas prescriptivas no neutralizables por principios ético-políticos, sean de creación legislativa sean de creación judicial. Pero el efecto perverso puede producirse también al revés, porque si las cláusulas constitucionales son imprecisas, vagas o indeterminadas (como lo son tantas veces), la inventiva del garantista puede consistir en incluir en su campo de aplicación supuestos inventados o preferencias personales para afirmar solemnemente después que eso y sólo eso es lo que la letra de la constitución dicta. El principialista se abandonaría a la argumentación moral con toda claridad, pero el garantista, que se ve constreñido a hacer algo muy similar, tendría además la posibilidad de disfrazar este hecho inevitable con una apelación solemne al dictado de las normas."

A finalidade pode ser expremida, ainda, como uma noção de *contrapeso ao poder do mais forte sobre o mais fraco*, conforme Pedro da Silva Moreira[332]:

> "El constitucionalismo garantista pretende, por lo tanto, servir de contrapeso a la fuerza predatoria del poder del más fuerte y eso sólo es posible, en la concepción de FERRAJOLI, si se establece una forma política que efectivamente proteja y garantice los derechos. Una crisis económica no debería generar la reducción de los derechos sociales, pues su satisfacción debería ser obligatoria y la opción de no realizarlos se enfrentaría a la Constitución."

Seja sobre qual maneira *deseja se efetivar direitos fundamentais*, o *garantismo e o ativismo judicial* detém similaridades tão próximas que a *aparente diferença* reside *no método empregado*, isto é, da aplicação absoluta ou relativa (ponderação ou sopesamento de regras) dos compromissos constitucionais estabelecidos na Constituição de determinado país, seja qual for o seu sistema (commom ou civil law).

Em verdade, pode-se entender muitas vezes a *ideia de garantia* como o processo *ser efetivamente seguido*, como uma *espécie de salvaguarda dos direitos materiais, como um todo*, conforme Lucas Augusto Gaioski Pagani, Bruno Smolarek Dias e Jordi Ferrer[333]:

---

[330] PINTORE, Anna. **"Derechos insaciables"**. In: De Cabo, A.; Pisarello, G. (Eds.). Los fundamentos de los derechos fundamentales. 5ed. Madri: Trotta, 2014 (pp. 243-265), p. 246.

[331] LAPORTA, Francisco., "Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo", **Doxa,** 34, 2011 (pp. 167-181), p. 178.

[332] MOREIRA, Pedro Da Silva. **Deferencia al legislador**: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional. Juan Carlos Bayón Mohíno, 2018. Tese (Doutorado) – Doutorado em Direito, Governo e Políticas Públicas na Universidade Autônoma de Madrid.

[333] GAIOSKI PAGANI, L. A.; DIAS, B. S.; REAL FERRER, G. Procedimento, processo estrutural e ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política,** *[S. l.]*, v. 17, n. 3, p. 581-607, 2022. DOI: 10.14210/rdp.v17n3.p581-607. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/19096. Acesso em: 07 mar. 2023.

> The procedure is relevant since, as an element of the due process of law, it goes back to the control of excesses and promises protection of the court in the face of the State -judge. It is not to deny the substantial aspect of due process of law, but to reaffirm the essence of the form, not only, but mainly in relation to the parts, in the due process. The procedure is not just a means of reaching the appropriate judicial decision, but a background inseparable from the fair process, whose commitment is mainly to guarantee.

Muito embora sejam necessários certos cursos de ação, em especial, a *relativização da forma* para garantir que direitos sejam efetivados, deve-se lembrar que a dose *é sempre algo a ser levado em conta*, sob pena de inefetivação dos Direitos Fundamentais, sobretudo, do próprio Estado democrático de Direito, inclusive, do próprio devido processo legal e o princípio dispositivo.

Significa dizer, em linha gerais, que o devido processo legal é a própria fundação da efetivação dos direitos fundamentais, entendendo-o não só pela ótica privatista das partes, mas o seu caráter eminentemente público, enraizado no *rule of law*.

7 CONCLUSÃO

De todo o conteúdo exposto, é possível notar que a evolução do Direito, especialmente a sua noção após os contratualistas clássicos e o seu desenvolvimento constitucional, no final do século XIX, deu-se a partir da evolução dos conceitos de *império da lei, due process of law* e, ainda, da própria sistemática inerente imparcial do sistema jurídico, como um todo.

Seja sobre a pecha de devido processo legal, devido processo constitucional, na sua visão processual ou substancial, torna-se claro a evidente necessidade da faceta do devido processo constitucional que existem dois grandes aspectos que foram abordados na presente tese de doutorado quanto a aplicação da forma da lei e da própria lei, em si.

Da evolução humana, perpassando-se da era da autotutela para uma entidade imparcial, como, por exemplo, o *leviathan* ou, ainda, um Estado que garanta a propriedade e a liberdade, na imagem de Thomas Hobbes ou John Locke, para a era da tutela constitucional jurisdicional, onde o Estado passa a deter o monopólio coercitivo da força e somente uma estrutura burocrática, em um âmbito racional-formal, possa determinar a utilização da força.

O princípio dispositivo tem suas raízes fincadas no direito romano-canônico, e vem acompanhando as mais diversas evoluções do direito processual ao longo dos séculos. Concebido para ser a salvaguarda do titular do direito em juízo , foi recuperado como uma

garantia da natureza disponível do direito material, a partir da ideia de que se o bem da vida em disputa é disponível fora do processo, deve continuar a ser dentro dele.

Se o indivíduo não é obrigado a buscar a tutela jurisdicional , e só assim o faz se for de seu interesse e de sua vontade não seria lógico sujeitar-se além daquilo que buscou na jurisdição – um juiz impartial e imparcial, capaz de resguardar o pleno exercício do direito das partes.

Nem sempre o que ocorre é isso. Por vezes, uma vez proposta a ação, haveria uma sujeição a um fenômeno distinto, onde a partir de então haveria sujeição a disponibilidade dos atos processuais das partes e controle da relação processual exercido por um magistrado que seria então o condutor do processo.

O devido processo constitucional tem o papel basilar não só para considerar que seres humanos são iguais, mas que, todos os litígios, sejam eles de qualquer natureza, mas, sim, para autorizar a utilização do monopólio coercitivo do Estado, utilizando-se de critérios específicos estabelecidos pela própria constituição, leis e jurisprudência de determinado ordenamento jurídico.

Com o devido processo constitucional, derivam-se todos os outros princípios sobre os quais o direito processual civil, sobretudo, sendo a base concreta para a realização de Direitos, impedindo a utilização da máquina pública para ganhos ilícitos, ou, ainda, da utilização do monopólio coercitivo do Estado sem qualquer razão jurídica o suficiente.

A releitura aqui proposta do devido processo constitucional pela utilização do princípio dispositivo, estabelecido no Art. 492 do CPC/2015, é justamente entender o comando normativo, limitado aos pedidos das partes, concretizando, assim, o rito pelo qual a lide deve perpassar, para que o resultado jurídico seja o mais justo possível.

A justeza como o critério específico do princípio dispositivo é a própria base do devido processo legal, vez que a própria razão de ser é, justamente, a validação e a legitimidade do processo, em si, chegando, ou não, ao resultado mais justo, em cima do que foi argumentado e debatido pelas partes, dentro de toda a sistemática dialógica do processo.

A própria noção de elementos e condições da ação são destinados à análise do princípio dispositivo, isto é, do pedido realizado pelas partes, sobre ele ser possível de ser analisado, se ele é justo, se ele é crível, e, se acima de tudo, prevalece sobre as regras estabelecidas pelo Código de Processo Civil, a Constituição Federal e a própria LINDB, quanto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Embora o ativismo judicial *seja perigoso* na sua dose, ele é necessário em certos aspectos, para a devida concretização dos direitos fundamentais, trazendo-se a força normativa de todos os compromissos assumidos pelos constituintes originários e derivados, especialmente quanto à omissão dos outros poderes, bem como uma *ameaça ou lesão aos Direitos fundamentais*.

Como descrito na presente tese, é possível conciliar o ativismo judicial com o *garantismo jurídico* de Luigi Ferrajoli em relação à proteção dos direitos fundamentais estabelecidos pela Lei maior, modificando-se tão somente à forma de como isso seria realizado, seja pela aplicação absoluta das regras jurídicas ou da ponderação (ou sopesamento) de princípios e regras, conforme o cristalizado pensamento de Robert Alexy.

Seja como for, não se é possível ignorar o aspecto público do processo, sobretudo pela ótica do próprio procedimento, não da questão substancial, mas da própria forma, que geralmente é conhecida como *garantismo* ou um *formalismo exacerbado*, não podendo o direito material servir o direito processual, sendo, na verdade, necessário que seja o caso contrário: que o processo sirva o Direito Material.

O problema dessa ótica é justamente ignorar o aspecto público do procedimento pelo qual o processo se dará, isto é, como a lide será resolvida, vez que essas regras não são apenas regras de cunho privado, mas são a própria separação entre a utilização do monopólio coercitivo do Estado e a agressão injusta, isto é, aquela sem fundamento na legalidade vigente.

É o procedimento que determina o critério de justeza, cristalizando-se, após a exposição da causa de pedir e do pedido, onde o magistrado, embutido do poder de fundamentação, insculpido nos Arts. 93, IX da CF c/c Art. 489 e seguintes do CPC, descreve as suas justificativas (racionais), pautadas pelos fatos, guiadas pelo direito material, para que se chegue no resultado mais justo da lide, não sendo permitido que o magistrado ultrapasse tais pedidos, sob pena de ineficácia do próprio processo.

Seja como for, a conclusão da presente tese de doutorado é expor a releitura do processo, que deve ser visto não só como um instrumento de resolução de conflitos, mas um poderoso instrumento de concretização de direitos e de realização dos valores positivados na ordem jurídica, especialmente a ligação entre o devido processo legal e o princípio dispositivo, sendo exatamente o critério de justeza a ser delineado na decisão judicial, vez que é a partir do dispositivo da sentença que se construirá todo o arcabouço da fundamentação da decisão judicial, avaliando a realidade dos fatos, aplicando-se o direito da forma mais justa o possível.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial.** São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais,** vol. 1008/2019, out.2019.

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALBINO JUNIOR, Gabriel Turbay. Uma introdução ao princípio do devido processo legal: a origem no direito comparado, conceitos, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11877&revista_caderno=9>. Acesso em: 24 abr. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional.** Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2008.

ALVES, Jose Carlos Moreira. **Direito Romano**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. v. 1.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. **O Princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal.** Doutrinas Essenciais Direito Constitucional, v. IX, 2014.

ARAÚJO, Fábio Caldas. **O terceiro de boa-fé**. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

AROCA, Juan Montero e outros. **Proceso civil e ideologia. Um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensaios**. 2. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema constitucional tributário.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal". **Revista de Processo**, vol. 163/2008, p. 50-59. set. 2008.

BAHIA, Alexandre *et al*. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo e princípios constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

BAHIA, Alexandre et al. Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 1-5.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo e Constituição:** o devido processo legal. Doutrinas Essenciais do Processo Civil, São Paulo, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo civil, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. V.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática e procedimento. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de Direito Processual**.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Reformas e poderes do juiz**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática. **[Syn]thesis,** Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, p. 23-32, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al*. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica Editora, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BENACCHIO, Marcelo, VIANA, Sávio Ibrahim. **O Ativismo judicial e a ordem econômica. Ativismo judicial e garantismo processual.** Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**: vol. 1. Brasília: UnB, 1998.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

BOTELHO, Guilherme. **Formação e evolução do princípio dispositivo na cultura ocidental de processo**. Disponível em: revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1977. Visita em: 30 jun. 2022.

BRANDÃO, Claudio. **Lições de História do Direito Canônico e História do Direito em perspectiva**. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2017.

BRANDÃO, Claudio. O Direito Canônico na história do Direito: análise dos anos iniciais de sua formação. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, n. 15, maio.-ago. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum: ordinário e sumário. 2: tomo I. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sbre el Proceso Civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliografia Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**: Volume um. Campinas: Bookseller, 2003.

CALATAYUD, Ángeles Ródenas. **En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. 10.14198/DOXA2001.24.03. 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007. (v.1).

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de janeiro: Forense, 2023. p. 46.

CAPONI, Remo. **Autonomia Privata e Processo Civile**: gli accordi processual. Disponível em: https://www.academia.edu/205417/R._Caponi_Autonomia_privata_e_processo_civile_gli_accordi_processuali_2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Trad. Elen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

CARACIOLA, Andrea Boari. **Princípio da Congruência no Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora LTR, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradución de Niceto Alcalá-Zamorra Y Castillo. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

CARVALHO FILHO, Antônio, COSTA, Eduardo José da Fonseca. RAMOS, Glauco Gumerato. Di**reito, Processo e Garantia. Estudos em Homenagem a J.J. Calmon de Passos**. Londrina, Pr: Thoth Editora, 2021.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução E. Gómez Orbaneja. 2. ed. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1948. v. I. p. 37.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

CINTRA, Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CÓDIGO de Direito Canônico. **Promulgado por Papa João Paulo II. Notas, comentários e índice analítico Pe. Jesus Hortal, sj**. 19. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

COLE, Charles D. O devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos: passado, presente e futuro. **Revista AJUFE**, n. 56: 33-43, 1997.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar. 2012. p. 143.

CONTINENTINO. Marcelo Casseb. **Ativismo judicial**: proposta para uma discussão conceitual. Artigo publicado na Revista de informação legislativa, v. 49, n. 193, (jan./mar. 2012).

CORECCO, Eugenio Vescovo. **L'unità del diritto nel pensiero filosofico-teologico cristiano .** Artigo publicado disponível em: https://www.eugeniocorecco.ch/scritti/scritti-scientifici/ius-et-communio/ius-et-communio-10/.

CORREIA, Alexandre. CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de Direito Romano e Texto em Correspondência com os artigos do Código Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957. v. I.

CORREIA, Alexandre. SCIASCIA, Gaetano. CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. **Manual de Direito Romano**. 2. edição. Edição Saraiva. São Paulo 1955. v. II.

COSTA, Eduardo José da Fonseca Costa. **Processo e garantia**. Londrina/Pr: Thoth Editora, 2021. v. I.

CRETELA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil.** Direito: Princípios Jurídicos. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPodivm. 2013.

DE CICCO, Claudio. **Direito**: tradição e modernidade. Poder e autoridade na família e no Estado. Das origens romanas ao Direito brasileiro moderno. 2. ed. São Paulo: Ícone.1993.

DE CICCO, Claudio. **História do Direito e do pensamento jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DEMOCRACY INDEX 2022: Frontline democracy and the Battle for Ukraine. **Economist Intelligence**. Londres, Nova Iorque, Hong Kong, 2022.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Os três modelos de Direito Processual:** inquisitivo, dispositivo e cooperativo. Ativismo judicial e garantismo. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. ampl. rev e atual. Salvador: Edições JusPodivm, 2006. v. I.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Salvador: JusPodivm, 2006.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. Tomo II. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. rev. atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive Constitutional Borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. New York: Oxford University Press, 2021

E. SEHLING, Dom. **Dr. Derecho Canonico. Coleccion Labor**. 2 ed. Buenos Aires, 1933.

ECHEVERRIA, Lamberto de e outros. **Nuevo derecho canônico**: Manual universitário por catedráticos de derecho canônico (Salamanca). MADRID: Biblioteca de autores cristianos, MCMLXXXIII.

ECHEVERRIA, Lamberto de. **Nuevo Derecho Canónico**. Edicion Bilingue Comentada. Madri: 1984.

ECHEVERRIA, Lamberto de. **Nuevo Derecho Canónico**. Manual Universitario. 2. edición. Madri: 1983.

ELIAS, Norbert. **La sociedad Cortesana**. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. p. 61.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: derecho de las cosas. Barcelona: Casa Editorial, 1970.

FAILDE, Juan José Garcia. **Nuevo derecho procesal canônico. Estudio sistemático-analítico comparado**. 3. ed. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, 1995.

FANTAPPIÈ, Carlo. **Storia del Diritto canônico e dele istituzioni dela Chiesa**. *In*: Mulino, 2018

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político. Trad. P. A. Ibáñez. Madri: Trotta, 2014.

FONTELES, Samuel Sales. A Função Iluminista dos Tribunais Constitucionais e o "Heroísmo moral clarividente": um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso. In: MARINONI, Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord). **Processo Constitucional** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FRAGA, Vítor Galvão. Devido processo legal: história e Conteúdo. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em : https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/201

GAIOSKI PAGANI, L. A.; DIAS, B. S.; REAL FERRER, G. Procedimento, processo estrutural e ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 17, n. 3, p. 581-607, 2022. DOI: 10.14210/rdp.v17n3.p581-607. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/19096. Acesso em: 07 mar. 2023.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GODINHO, Robson Renault. **Convenções sobre o ônus da prova**: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

GOLMAYO, D. Pedro Benito. **Instituciones del Derecho Canonico**. Tomo Primero Madrid: 1859.

GONÇALVES, Pe. Mario Luiz Menezes. **Introdução ao Direito Canônico**. 4. ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2004.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil. v. I, 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Disponível em www.revistaprocessual.com, 2007, v. 1, p. 8.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**, 164/2008, São Paulo, 2008. p. 1221 - 1254.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**, v. 58 (5), n. 19, 2009. p. 1203.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. J. Bushatsky, 1975.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers. A commentary on the Constitution of the United States**. JB Lippincott & CO: Philadelphia, 1864.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers. Indianapolis**: Liberty Fund, 2001.

HARGER, Marcelo. **Processo ou procedimento administrativo**: aspectos gerais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] (coord.). Tomo II: Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/145/edicao-1/processo-administrativo:-aspectos-gerais/>. Acesso em: 07 mar. 2023.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Edições Almedina, S.A. Reimpressão-2015.

HIMMELFARB, Gertrude. **Os caminhos para a modernidade.** São Paulo: É realizações, 2011.

JUNIOR THEODORO, Humberto. Princípios Gerais do Direito Processual Civil. **Revista de Processo,** São Paulo, 23;173, 1981.

JUNOY, Joan Picó i. **Las garantias constitucionales del processo**. 3. ed. Barcelona: Bosch, 2002.

KRAYNAK, Robert. Tocqueville's Constitutionalism. **The American Political Science Review**, 81(4), 1175, 1987. p. 1191.

KRAYNAK, Robert. Tocqueville's Constitutionalism. **The American Political Science Review**, 81(4), 1175, 1987. p. 1190.

LAPORTA, Francisco. "**Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo"**, Doxa, 34, 2011 (pp. 167-181), p. 178.

LARA, Dom Lelis. **Compêndio de Direito Canônico ao alcance de todos**. São Paulo: Fons Sapientiae, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

LEONEL. Ricardo de Barros. BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al*. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica Editora, 2016.

LIMA, Maurilio Cesar de. **Introdução à História do Direito Canônico**. São Paulo: Edições Loyola, 2004. v. 9.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. **Bases institucionais do Presidencialismo de Coalizão**. Lua Nova nº 44-98, 1998.

LOMBARDIA, Pedro. **Lições de direito canônico**. Tradução: Alda da Anunciação Machado. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O Juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípio dispositivo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/459/edicao-2/principio-dispositivo

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Ronald Dworkin**: Teórico do direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito/>. Acesso em: 07 de março de 2023.

MAGNUSSON, Leonardo Pateno; GAIOSKI PAGANI, Lucas Augusto; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Supremo Tribunal Federal e a Função Iluminista dos Tribunais: A questão dos desacordos morais razoáveis na arena política. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, v 17, nº 1, 1º quadrimestre de 2022. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica-ISSN 1980-7791.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil. Vol. 1**: Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 [livro digital].

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Princípios do processo administrativo. **Fórum Administrativo**, v. 4, n. 37, 2004, p. 3508.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1981- 1982. p.381

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MCCLOSKEY, Deirdre. **Bourgeois equality**: how ideas, not capital or institutions, enriched the world. Chicago: University of Chicago, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal comentada**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 115.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. A Constituição Federal e os Institutos Processuais. **Revista de Processo,** São Paulo, 54/207, 1989.

MILLAR, Robert Wyness. **Los princípios formativos del procedimento civil**. Tradução por Dra. Catalina Grossmann. Buenos Aires: Ediar, S.A. Editores, 1945.

MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade**: evolução histórica da prova. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 249.

MOREIRA, Pedro Da Silva. **Deferencia al legislador**: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional. Juan Carlos Bayón Mohíno, 2018. Tese (Doutorado) - Doutorado em Direito, Governo e Políticas Públicas na Universidade Autônoma de Madrid.

MOREIRA, Pedro da Silva; COLETTO, Bruno Irion. Considerações sobre o garantismo e o ativismo judicial no mundo latino. Artigo apresentado em julho de 2018 no **II congresso de Filosofia do Direito para o mundo latino da Ilatina organizado pela UFRJ**.

NERY JR, Nelson, NERY, Rosa Maria A. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor**. 17. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NERY JR.; Nelson. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos).

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NUNES, Dierle *et al*. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo e princípios constitucionais. Rio de Janeiro. GZ Editora, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. **Curso didático de direito processual civil**. 19ª. ed. reform. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do Processo**. Artigo publicado no Mundo Jurídico: em 23.04.2003.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do *due process of law*. In: ASSIS, Araken de *et al*. **Direito civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2007. P. 1095 – 1106.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski. **Os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal**: controle de constitucionalidade, ativismo judicial e divisão de poderes. Orientador: Bruno Smolarek Dias, 2022. 133 f. Dissertação (Mestrado) Mestrado em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Umuarama, 2022.

PAGANI, Lucas Augusto Gaioski; SCREMIN NETO, Ferdinando; DIAS, Bruno Smolarek. Ativismo Judicial, Judicial Review e Parâmetros normativos ao exercício jurisdicional: um debate necessário. **Revista pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 16m nº jan./abril. 2022.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Lisboa: Almedina, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo. Reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: JusPodivm, 2012.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. **Redução da atividade do juiz na direção e na instrução do processo em favor da tutela jurisdicional eficiente**: sugestão para a obtenção

de maior celeridade à tutela jurisdicional, menor onerosidade para o Estado e desafogo do Judiciário. 2012. 140 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2 e 4.

PINTO, Pio Vito. **I processi nel códice di diritto canônico. Comento sistemático al Lib. VII**. Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1993.

PINTORE, Anna. "Derechos insaciables". In: De Cabo, A.; Pisarello, G. (Eds.). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 5. ed. Madri: Trotta, 2014. p. 246.

POMPEDDA, Mario F. **Studi di diritto processuale canônico**. Ateneo Romano dela Santa Croce. Giuffrè editore, 1995.

POSCHER, Ralf. A mão de Midas: quando conceitos se tornam jurídicos ou esvaziam o debate Hart-Dworkin. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) 10(1):2-13, jan.-abr. 2018. Unisinos.

POSCHER, Ralf. Ambiguidade e vagueza na interpretação jurídica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) 8(3): 272-285, set.-dez. 2016. Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2016.83.02

QUINTAS, F. L. Para que um novo Código de Processo Civil? Uma reflexão sobre os novos contornos da função jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, p. 235-316, jun. 2016.

RAATZ, Igor *et al*. In: **Garantismo e Publicismo processual**. Artigo publicado na Revista Eletrônica Emporio do Direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/106-garantismo-e-publicismo-processual-na-perspectiva-dos-direitos-fundamentaisl na perspectiva dos direitos fundamentais.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate. **Revista de Direito Processual Civil**, ISSN 2674-5623, v.1, n.1, jan./jun. 2019.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Direito Penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

REIS, Sérgio Cabral dos. Do ativismo judicial como comportamento antidemocrático e enfraquecedor da deliberação política. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 123/2021, p. 141-163, jan.-fev. 2021. DTR/2021/270. p. 144

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no cível e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros de Direito, 1961. v. I.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa. Da Idade Média à Idade Contemporânea**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimento Civil Romano**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1954.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Tempo e Direito Civil:** prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Livre-docente em Direito Civil. São Paulo, 2011.

SOUSA, Diego Crevelin de. CARVALHO FILHO, Antônio. FONSECA COSTA, Eduardo José da. **Direito, Processo e Garantia. Estudos em homenagem a J.J. Calmon de Passos. Processo, Justiça e Calmon de Passos**: homenagem a um fugitivo. Ed. Thoth. Londrina /PR, 2021.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes**: why extreme right-wing courts are wrong for America. Cambridge: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David. Et al. **Are Judges Political**? An empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C: Brookings institution press, 2006.

THAMAY, Rennan. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

THAMAY, Rennan. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

THAMAY, Rennan. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TOCQUEVILLE. Alexis de. **Antigo Regime e Revolução**. Brasília: UnB, 1997.

TORRES, Artur. Constituição, Processo e Contemporaneidade: o modelo constitucional do processo brasileiro. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, p. 44-81, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: RT, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de Processo Civil Canônico. História e direito vigente**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

TURBAY JR., Albino Gabriel. **Uma introdução ao princípio do devido processo legal**: a origem no direito comparado, a inserção no sistema constitucional brasileiro e suas formas de aplicação. Artigo publicado no Âmbito Jurídico.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. **Segurança Jurídica e Recursos Repetitivos**: apreciação crítica à luz dos princípios do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa e da duração razoável do processo. São Paulo: Editora Dialética.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. **O garantismo processual**. Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

VERDI, Giovanni. **Profili del processo civile. Processo di cognizione**. 3. ed. Napoli: Jovene Editore Napoli, 2006.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **Yale Law Journal**, vol. 115, 1346-1406, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**, São Paulo, 2011.

WEBER, Max. **A ética protestante no capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2022.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade.** Lisboa: Edições 70, 2022.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. A.M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. **Proceso, Autocomposición y Autodefesa**. 2. ed. Mexico: Ed. Textos Universitários, 1970.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.