



O papel do juiz na criação do direito¹

The judge's role in creating the law

ÁLVARO VINÍCIUS PARANHOS SEVERO

Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil. Mestre em Direito na área de concentração em Processo Civil. Doutorando em Direito na PUCRS. Advogado e professor na Faculdade de Direito da PUCRS.

RESUMO: O presente ensaio trás teoricamente a ideia de que, o juiz além de cumprir seu papel jurisdicional também a cada julgado surge uma legítima fonte do direito. No entanto, coexistindo com o dogmatismo do direito, e fazendo-se valer hermeneuticamente a jurisprudência aplicada nos tribunais.

Palavras-chave: Jurisdição. Formas de jurisdição. Papel do juiz. Coisas do direito processual civil. Tutela jurisdicional. Decisões dos tribunais. Jurisprudência.

ABSTRACT: The essay seeks define theoretically the idea that the judge besides fulfill its role jurisdictional also each judged arises a legitimate source of law. However coexisting with the law's dogmatism and making it enforce hermeneutically jurisprudence applied in the courts.

Keywords: Jurisdiction. Forms of jurisdiction. Role of the judge. Things civil procedural law. Judicial protection. Court decisions. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

Modernamente, toda lei está (ou pelo menos tinha a obrigação de estar) umbilicalmente ligada aos ditames da Constituição. O direito processual deve, portanto, atentar-se às garantias e outras regulações de cunho procedimental existentes na Carta Magna, vislumbrando, ao cabo, a sua legalidade e a sua manutenção como ferramenta inerente ao próprio Estado Democrático de Direito brasileiro – verdadeiro “Estado de Direito e de Justiça Social”².

Abranda-se a valia da velha tríade instrumentalista de “ação, jurisdição e processo”³, incorporando-se, agora, ao cenário processual, uma teoria constitucional, assegurando “às partes determinados direitos a serem exercidos no curso do processo judicial ou em razão dele”⁴, vislumbrando, em seu fim, a pacificação e a realização da justiça⁵.

A grande preocupação dos processualistas modernos centra-se na tentativa de estabelecer um processo justo, célere, efetivo, capaz de tutelar, de forma adequada, o direito material buscado pela parte. Visando essa celeridade na prestação jurisdicional e o exame de casos em que a controvérsia seja realmente relevante e transcenda para além dos interesses subjetivos.

Tal preocupação, inegavelmente, deve-se ao fato de que o assunto sobre o poder criador dos juízes nas decisões judiciais ainda é recente e de enorme importância no direito processual civil.

No primeiro momento será analisada a função jurisdicional como a atividade soberana de atuação terminal do direito, exercida por meio de órgãos competentes, para resolver ou evitar conflitos de interesses mediante a aplicação da lei, bem como quais são seus limites. Apresenta, ainda, as diferentes classificações da atividade jurisdicional, e a sua finalidade como monopólio do Estado.

O segundo ponto a ser tratado diz respeito e a tutela jurisdicional como forma material no papel dos juízes na criação do direito que dentre as inúmeras garantias positivadas na Constituição Federal brasileira de 1988, o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões, entalhado no artigo 93, incisos IX e X⁶, como direito fundamental do cidadão, visto como prelúdio para averiguação da legalidade de atuação do ente estatal⁷, já que é o único caminho para a demonstração da imparcialidade⁸ e da justiça das decisões emanadas, sendo, ao cabo, requisito intrínseco ao conceito de Estado Democrático de Direito⁹.

2 FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Para dar início ao estudo sobre a função criadora do juiz nas decisões judiciais, necessário se faz tecer breves ponderações acerca do conceito de jurisdição, como sendo exercício do poder estatal.

Ao direito subjetivo de “ação”, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da “jurisdição”, pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a solicitaram. A jurisdição é, como a administração e a legislação, forma de exercício da soberania estatal.

A jurisdição é função estatal desde o momento em que, proibida a defesa privada por comprometer a paz do grupo social, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida¹⁰.

Pode-se dizer que, sob certo aspecto, o juiz é o longa manus do legislador, pois transforma, pela jurisdição, em comando concreto entre as partes as normas gerais e abstratas da lei, conforme Athos Gusmão Carneiro.

Modernamente sabe-se que a jurisdição não é um poder, no quadro de uma suposta pluralidade de poderes exercidos pelo Estado; é somente uma expressão do poder estatal, que por sua vez é uno e indivisível, definindo-se como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões¹¹.

Os autores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra¹² nos trazem alguns ensinamentos de grandes juristas, a fim de explanar conceitos sobre a atividade jurisdicional que passaremos a abordar.

Os referidos autores relatam que, para Chiovenda, a jurisdição “consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e colocando-a, posteriormente, em prática”. Ou ainda, é a

função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

Da mesma forma trazem o entendimento de Carnelutti, no qual o processo é um meio de que o Estado se vale para a justa composição da lide, ou seja, a atividade jurisdicional visa à composição, nos

termos da lei, do conflito de interesses submetido à sua apreciação.

Ressaltam ainda, todavia, que Galeno Lacerda entende o conceito “carnelutiano” de lide (conflitos de interesses privados) necessita ser ampliado. Carnelutti terá esquecido “que há interesses relevantes pertencentes a outras esferas da ordem jurídica e que, assim, a lide nem sempre se manifesta em conflitos apenas entre particulares. Considerando os valores antinômicos tutelados pelo direito, podem perfeitamente ocorrer, num processo, conflitos, quicá mais relevantes, entre interesses públicos ou de ordem pública, com inexistência de conflito privado, sem que a atividade do juiz deixe de ser jurisdicional. Modificando-se o conceito de Carnelutti impõe-se afirmar, portanto, que existe lide sempre que houver, também, conflito de interesses públicos ou particulares, a serem compostos pelo processo”.

Já para Frederico Marques¹³ “a jurisdição pode ser definida como a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão. Nisto reside a essência e substância do poder jurisdicional.”

Acrescenta Athos Gusmão Carneiro¹⁴ que “podemos conceituar a jurisdição como a atividade estatal pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”.

Destacam Grinover, Cintra e Dinamarco¹⁵ que, inserido neste contexto de proteção ao indivíduo, compreende-se que o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo decisões. No Estudo da jurisdição, será observada que é uma das expressões do poder estatal, caracterizando-se como a capacidade, que o Estado tem, de decidir imperativamente e impor decisões. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com que o Estado a exerce.

Ainda, referem que a jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das

coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Humberto Theodoro Júnior¹⁶ nos ensina que em vez de conceituarmos jurisdição como poder, é preferível considerá-la como função estatal e sua definição poderia ser dada nos seguintes termos: jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação controvertida. Assevera que a jurisdição é “atividade desinteressada do conflito”, visto que põe em prática vontades concretas da lei que não se dirigem ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo.

3 FINALIDADE DA JURISDIÇÃO

Diante da análise dos diferentes conceitos de jurisdição, faz-se necessário o estudo sobre a sua verdadeira função e sua real finalidade dentro do aparelho jurídico estatal.

Embasando-se nos apontamentos de Grinover, Cintra e Dinamarco¹⁷, pode-se dizer que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça. O Estado brasileiro quer uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social.

Com essa exposição, constata-se que a jurisdição, fazendo parte do poder estatal, caminha lado a lado com o Estado, na busca dos mesmos objetivos, tendo como principal finalidade a busca pelo bem-comum, a realização de obras e prestação de serviços relacionados com a ordem social e econômica e compreende também as providências de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplinar a cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre as pessoas em geral.

Humberto Theodoro Júnior¹⁸ conclui que, o direito é condição da verdadeira justiça e, realizando a justa composição do litígio, promove-se a jurisdição, então o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social pode ser considerada a verdadeira finalidade da jurisdição.

Tendo por base a distinção entre ato jurisdicional e ato administrativo, Athos Gusmão Carneiro¹⁹ define

que a “aplicação da lei a uma pretensão” é o objetivo, em si mesmo, da atividade jurisdicional; é a razão de ser jurisdição.

Ainda, a respeito da finalidade da jurisdição, Grinover, Cintra e Dinamarco, ao fazerem uma abordagem sobre os elementos básicos do conceito da função jurisdicional, relatam que a principal função do aparelho jurisdicional é “eliminar os conflitos individuais e com isso fazer justiça em casos concretos”²⁰.

Observando os diferentes entendimentos sobre a finalidade da jurisdição, podemos perceber que todos os pensamentos chegam a um mesmo fundamento, qual seja, a busca pela harmonia no convívio social, resolvendo os conflitos existentes através da instauração de uma relação processual que seja igual para ambas as partes que litigam, por meio da correta aplicação das normas contidas no ordenamento jurídico, encontrando assim a tão esperada paz social.

4 JURISDIÇÃO SUPERIOR OU INFERIOR

Grinover, Cintra e Dinamarco²¹ sabiamente observam que é da natureza humana o inconformismo perante decisões desfavoráveis: muitas vezes, aquele que sai vencido em um processo quer nova oportunidade para demonstrar as suas razões e tentar outra vez o ganho de causa. Por isso, os ordenamentos jurídicos em geral instituem o duplo grau de jurisdição, princípio consistente na possibilidade de um mesmo processo, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário.

Assim, chama-se jurisdição inferior aquela exercida pelos juízes que ordinariamente conhecem do processo desde o seu início (competência originária): trata-se, na Justiça Estadual, dos juízes de direito das comarcas distribuídas por todo o Estado, inclusive da comarca da capital. E chama-se jurisdição superior a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra as decisões proferidas pelos juízes inferiores. O órgão máximo, na organização judiciária brasileira, e que exerce a jurisdição em nível superior ao de todos os outros juízes e tribunais, é o Supremo Tribunal Federal.

5 JURISDIÇÃO DE DIREITO OU DE EQUIDADE

O art. 127 do Código de Processo Civil diz que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Decidir por equidade significa decidir sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal; é que às vezes o legislador renuncia a traçar desde logo

na lei a exata disciplina de determinados institutos, deixando uma folga para a individualização da norma através dos órgãos judiciários.

É nesses casos que o juiz exerce a jurisdição de equidade, a que se refere na doutrina em contraposição à jurisdição de direito. No direito processual civil, sua admissibilidade é excepcional, mas nos processos arbitrais podem as partes convencionar que o julgamento seja feito por equidade. Na arbitragem ajustada perante os juizados especiais, o julgamento por equidade é sempre admissível, independentemente de autorização pelas partes²².

Ainda sobre as espécies ou tipos de jurisdição, insta salientar que existem doutrinadores que usam nomenclatura diversa e, inclusive, classificam de outras formas a jurisdição. No entanto, a classificação feita por Grinover, Cintra e Dinamarco e por nós adotada nesse trabalho, abrange todas as demais, fato que nos motivou a elegermos a respectiva classificação como a ideal para bem compreendemos o estudo.

Carneiro²³ assinala que a jurisdição voluntária visa a aplicação da lei com o objetivo de eliminar um litígio, um conflito de interesses; em face do litígio, o juiz outorga a um ou a outro dos litigantes o bem da vida disputado, e os efeitos da sentença adquirem definitividade, imutabilidade em frente às partes e seus sucessores.

Manifestam autores de nomeada que na jurisdição voluntária não temos processo, mas simples procedimento; não há partes, como na jurisdição contenciosa, mas simples interessados; e a decisão definitiva desses procedimentos não alcança a força da coisa julgada material, que apenas ocorre nas sentenças de mérito proferidas em causas de jurisdição contenciosa. De outra parte, na jurisdição voluntária “predomina o princípio inquisitório, enquanto na jurisdição contenciosa prevalece o princípio do dispositivo”²⁴.

De acordo com a doutrina²⁵, os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, por que: a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas; b) não há o caráter substitutivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a consecução dos objetivos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes; c) além disso, o objeto dessa atividade não é a lide, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.

Conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno²⁶ a classificação que distingue “jurisdição contenciosa” ou “litigiosa” da “jurisdição voluntária” elege como

critério de distinção o modo pelo qual o juiz comporta-se diante do conflito e ela se justifica desde a distinção feita pelo art. 1º do Código de Processo Civil. O que, segundo a doutrina tradicional, caracteriza a jurisdição voluntária é a circunstância de ela dar tutela jurisdicional aos sujeitos do processo, sabendo-se desde o início a qual deles ela poderá ser dada. No âmbito da “jurisdição voluntária”, o juiz não aplica o direito controvertido no caso concreto, substituindo a vontade das partes. Prática, bem diferentemente, atos integrativos da vontade dos interessados, de negócios jurídicos privados, que, nestas condições, passam a ser administrados pelo Poder Judiciário. Por isto mesmo é que os autores negam à “jurisdição voluntária” que as decisões proferidas pelo Estado-juiz tornem-se imutáveis, isto é, revistam-se de coisa julgada.

6 A FUNCIONALIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

A arquitetura processual ordinarizou-se: inexistindo julgamentos provisórios (julgar provisoriamente é não julgar) sobre o mérito, há o contraditório prévio (ampla produção probatória e manifestação das partes, para que após o magistrado possa julgar) e o exaurimento de todas as formas de defesa (ampla defesa): “o devido processo legal somado a exigência da plenitude de defesa equipara-se definitivamente, e identifica-se com o procedimento ordinário, cuja vocação para a plenariedade é um dado teórico inoculável”²⁷. Igualmente aponta Luiz Guilherme Marinoni²⁸

ademais, para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se um direito previsível ou a chamada certeza do direito [...] a lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos, sem que precisasse recorrer as normas constitucionais.

A ordinariedade tem vocação congênita para a plenariedade (igualmente a *actio romana*), visto que o juízo de certeza formar-se-á na plenitude da prova. “Nossa capacidade para ordinarizar e, como decorrência disto plenarizar todas as demandas é uma consequência inelutável imposta pelo paradigma da ordinariedade, que tem no Processo de Conhecimento seu principal alicerce teórico”²⁹. A segurança jurídica é valor fruto da ideia racionalista. O vínculo da ordinariedade e o racionalismo situa-se na estrutura do procedimento em que o magistrado julgará, “depois do amplo debate probatório que, segundo imagina a doutrina, daria ao julgamento a indispensável segurança, própria dos juízos de certeza”³⁰.

O paradigma do conhecimento/execução, consubstanciado na ordinariiedade mostra-se obsoleto e desarmonioso com as garantias constitucionais e diferentes formas de tutelas requeridas pelos jurisdicionados. É notório estar à sociedade brasileira contemporânea constituída por pluralidade de credos, raças, ideologias, culturas e informações. Nesta dicotomia de realidades e relações sociais surgirá inevitavelmente, o conflito de interesses entre os homens. Assevera Francesco Carnelutti³¹ “onde não há conflito de interesses não pode haver direito, por que nessa hipótese, não há necessidade de direito. Não existe fenômeno jurídico na raiz do qual a análise não procure este conflito”, auferindo ser o direito instrumento interventivo e saneador dos dissídios de pretensões dos homens.

Hodiernamente, o grau de civilidade das relações sociais veda ao homem a autotutela; exteriorizada no vulgar aforismo popular: “fazer justiça pelas próprias mãos”. Afirma-se seguramente ser tarefa da ordem jurídica harmonizar as relações intersubjetivas, ocasionando a máxima realização dos valores com o mínimo de sacrifício e desgaste³². Também incube ao Estado-juiz resolver os conflitos que envolvam os jurisdicionados, julgando as pretensões apresentadas e impondo decisões³³.

O Estado-juiz, provocado pelo interessado que exerce a demanda³⁴, aplica sua jurisdição instituindo um método de composição ao feito. Nesta linha de pensar, sustenta Darci Guimarães Ribeiro³⁵: “Quanto a dialética é sabido que o processo contemporâneo é um processo de partes, onde há uma tese (afirmação do autor), uma antítese (negação do réu) e, finalmente, uma síntese (sentença do juiz)”. A formação “do processo civil estatal é, sempre e invariavelmente, produto da iniciativa de um dos seus sujeitos, o autor, configurada pela demanda posta perante o juiz”³⁶. Consubstanciado na petição inicial que delimitará o objeto da demanda, sobre esta decidirá o julgador.

Haurido nas lições de Araken de Assis³⁷, o processo inicialmente cria uma relação jurídica entre demandante e o Estado-juiz (forma linear). O vínculo completar-se-á com o chamamento do réu (forma angular), procedendo à manifestação do Estado-juiz a pretensão material deduzida em juízo.

O processo é o instrumento que se vale o Estado para exercer a atividade jurisdicional; e, no plano da jurisdição contenciosa, a atividade jurisdicional foca-se na composição dos conflitos de pretensões, regulados pelo direito material e qualificados por uma pretensão resistida. Geralmente, a solução desses conflitos (providência reclamada ao órgão judicial) faz-se através da sentença. Essa é a feição tradicional

do processo de conhecimento que visa à declaração do direito, sob o manto da ordinariiedade e plenariiedade.

Ora, o processo, para cumprir sua função instrumental, alicerça-se à perspectiva de temporalidade. O tempo é elemento inexorável ao desenvolver da demanda: o processo fulcra-se nas garantias constitucionais do contraditório e devido processo legal. A técnica processual prima pela dialética, o que impossibilita a não dilação do tempo entre o ajuizamento do feito e a entrega da prestação jurisdicional, seja pelo juiz ou pelo tribunal.

O Ministro Athos Gusmão Carneiro³⁸ avoca, no plano processual, pela impossibilidade de o processo – mesmo regido sobre o manto da oralidade – não se alongar, porquanto há concessão de prazo às partes, sob o pálio do contraditório, para apresentarem suas pretensões a impugnações, provar fatos e direitos, insurgirem-se contra pronunciamentos judiciais desfavoráveis. Além disso, o magistrado necessita de tempo à compreensão do conflito de pretensão que lhe é submetido, proferindo com a devida fundamentação às decisões interlocutórias e o comando sentencial.

Na verdade, por ser um instrumento destinado à atuação da lei, processo deverá desenvolver-se “sob vertente extrínseca, mediante um procedimento célere, a fim de que a tutela jurisdicional emergja realmente oportuna e efetiva”³⁹. Os males da corrosão e frustração, que o decurso do tempo pode acarretar ao(s) direito(s) da(s) parte(s), afrontam a efetiva prestação jurisdicional (agora constitucionalmente textualizada), violando-se o princípio do devido processo legal e a função institucional inerente ao processo. É notório que há direitos que sucumbem de forma irremediável, quando a tutela não é prestada oportunamente; outros tornam-se menos úteis diante de uma tutela tardia⁴⁰.

A injustificável dilação temporal à entrega da prestação jurisdicional, conduz-se à denegação do acesso à justiça. Ora, é insuficiente assegurar à parte economicamente desfavorecida o acesso ao Judiciário. Ao não tornar tal garantia constitucional operável e exequível efetivamente, estar-se-á perpetuando flagrante inconstitucionalidade e iniquidade ao caso concreto. Transcreve-se, neste sentido, lição do professor Mauro Cappelletti⁴¹:

A representação judicial – tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos – não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras vantagens tangíveis ao nível prático [...]. Não é possível nem desejável revolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial aperfeiçoada. Entre outras coisas, nós aprendemos, agora, que esses novos direitos frequentemente exigem novos mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis.

No que tange ao Estado-juiz, o crescente número de demandas induz, de modo geral, à prestação jurisdicional intempestiva. O número de processos tornou-se “humanamente invencível”, influyendo na qualidade dos julgamentos e desprestigiando o Poder Judiciário. Adstrito à questão da parte economicamente desfavorecida, e o numerário progressivo de pleitos em contrapartida ao limitado número de julgadores.

José Rogério Cruz e Tucci⁴², concatenando a problemática da intempestividade da prestação jurisdicional, interpreta-a, como reflexo de três fatores: institucionais, de ordem técnica e subjetiva, decorrentes da insuficiência material. Concernente ao fator institucional, aborda a problemática do desprestígio do Poder Judiciário diante dos mais poderes (Executivo e Legislativo); aduz que o Estado (grande consumidor da prestação jurisdicional, na forma passiva da relação processual) não presta qualquer contribuição material para imprimir maior celeridade procedimental.

Atinente aos fatores de ordem técnica e subjetiva, foca sua crítica na pessoa do magistrado. Assevera que os proventos dos julgadores são fonte de desestímulo e desprestígio à árdua tarefa de julgar, a regra da oralidade não se vê presente e, ao mesmo tempo, o elevado grau de processos submetidos aos magistrados retiram destes o tempo para o necessário aperfeiçoamento cultural. Ocorre displicência por parte dos julgadores e cartórios, ao cumprimento dos prazos que lhes destinam. Concluindo, eclodem-se os fatores derivados da insuficiência material: ao crescente número de demandas não aparelhou-se o Judiciário, pois as dependências deste poder são precárias, e, nas diferentes regiões do território nacional, não há a devida informatização dos órgãos judiciários. Em suma, a falta de substrato informático e tecnológico afasta a capacidade do Poder Judiciário atender ao crescente grau de litigiosidade, conduzindo-se à irremediável tutela tardia.

O direito objetivo ao processo sem dilações indevidas, agora textualizado como garantia constitucional, no art. 5º, inciso, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 (introduzido pela emenda constitucional nº 45), encontrava-se recepcionado em nossa Carta Constitucional, por força do artigo 5º § 2º da Constituição Federal de 1988, tornando efetivo o artigo 8º, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica)⁴³ – da qual o Brasil é signatário – que contempla o direito ao processo dentro de um prazo razoável.

Embora se requeira que a atividade processual, do ajuizamento da demanda à entrega da prestação jurisdicional, desenvolva-se em dilações indevidas (atrasos por inobservância dos prazos e termos procedimentais),

a perspectiva do tempo é inafastável, havendo de segregar-se harmonicamente os valores segurança jurídica e efetividade processual.

Nesse aspecto mostra-se curial a perspectiva da efetiva tutela jurisdicional dos direitos, e o emprego das técnicas de cognição às reais necessidades dos jurisdicionados; em prol de fornecer uma efetiva tutela de direito, bem como adiantar-se os efeitos executivos/mandamentais antes do juízo final de certeza. Impende observar que sob os auspícios da celeridade (duração razoável do processo) e nas hipóteses em que o bem da vida postulado, perecerá ou a prestação jurisdicional tardia mostrar-se-á vã, necessária a inversão do paradigma para lançar ao jurisdicionado o adequada técnica de tutela do direito, resguardando a utilidade e efetividade a prestação jurisdicional e a pretensão material.

7 TÉCNICAS PROCESSUAIS DE TUTELA DE DIREITOS

Reitera-se que a concepção da prestação jurisdicional como o direito a sentença, ou o mero caráter instrumental da prestação jurisdicional, traduz inoficioso. O direito a prestação jurisdicional é direito fundamental a efetiva tutela jurídica, concretizada na elaboração de um modelo de tutela jurisdicional adequado aos valores e anseios do jurisdicionado ao tempo presente.

Oportunamente tem-se a crítica de Luiz Guilherme Marinoni:

a morosidade da prestação jurisdicional, oriunda, como é de sabida das mais diversas causas, também esta ligada a ineficiência do velho procedimento ordinário, cuja estrutura encontrava-se superada antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil⁴⁴.

O Estado ao monopolizar a produção e tutela dos direitos, assumiu o dever de protegê-los. A garantia constitucional da inafastabilidade do controle judicial (prevista no art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988) torna-se operável e exequível a partir do fornecimento das técnicas de tutelas adequadas às diversas pretensões reivindicadas pelos jurisdicionados. O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário surgiu, em última análise, do desejo de defender o indivíduo contra o Estado, representado, nessa relação, pelo Poder Executivo. Procurou-se contrapor, ao todo poderoso Executivo, um outro Poder, o Judiciário, para fiscalizá-lo e limitá-lo.

Nessa perspectiva para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos, é imprescindível o correto manejo das

técnicas de cognição às reais necessidades de tutela dos jurisdicionados; rompendo assim com o paradigma da ordinariedade (conhecimento/execução) em prol de fornecer uma efetiva tutela de direito, bem como adiantar-se os efeitos executivos/mandamentais antes do juízo final de certeza.

O direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, § 1º da CF/88), tem aplicabilidade imediata, e assim vincula imediatamente o “Poder Público, isto é o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz, que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva”⁴⁵.

8 O PAPEL DOS JUÍZES NA CRIAÇÃO DO DIREITO

Iniciando esta incursão, importa consignar que o Direito não se confunde necessariamente, com a lei escrita, pois sua verdadeira criação se dá através dos magistrados, nos tribunais. O juiz exerce uma função criadora extremamente importante na medida em que contribui para o aperfeiçoamento e a perpetuação contínua da ordem jurídica.

Não só nos parâmetros da *Common Law*, mas ainda nos sistemas jurídicos de Direito Codificado, o ponto central de gravitação de toda a criação judicial incide na decisão de casos particulares, e não na formulação de regras gerais e abstratas, pois a criação judicial, expressada por sentenças dos juízes nos Tribunais, representa a fonte primeira do Direito objetivado⁴⁶.

Neste aspecto, merece referência a interpretação doutrinária realizada por M. Sadok Belaid, em seu *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*.

A Jurisprudência como a fonte natural por onde se constitui o Direito, não se atende a que sua tarefa seja restringida simplesmente à “*tappiication des lois*”. A transcrição de algumas de suas ideias mais significativas e Configurada, presentemente, a começar pela textual afirmação de que doutrina clássica da Separação dos Poderes consagrada pelo liberalismo burguês tende a restringir a tarefa do juiz, reduzindo-o a um modesto agente aplicador das regras do sistema jurídico dominante limitando a função jurisprudencial aos estreitos horizontes de uma “*simple machine à syllogismes*”.

Os legalistas clássicos não consideram o exercício jurisdicional como um terceiro poder essencial do Estado, como, na realidade, se atribui aos outros dois órgãos, vinculados à categoria de órgãos ativamente políticos. Os órgãos que exercem o poder político (Poderes Legislativo e Executivo) caracterizam-se pela função criadora e reguladora, relegando-se, por sua vez, ao órgão não político (Judiciário), a mera função

de execução e aplicação dos ditames dos poderes políticos. Eis, portanto, que, para a concepção do legalismo clássico, “a criação do Direito é o apanágio e o monopólio do Poder Legislativo”, cabendo ao Juiz a total sujeição a estes parâmetros.

A negativa de reconhecimento do poder político ao magistrado é ressaltado ainda pela posição tradicional de certos autores.

Na realidade, tais proposições mencionadas são inteiramente falsas, pois o juiz possui papel bem maior do que lhe é atribuído, exercendo, ideologicamente, uma extraordinária e dinâmica atividade recriadora.

O monopólio legislativo, em matéria de elaboração e fixação do Direito, é pura falácia; uma nova concepção que melhor valorize a força das decisões judiciais deve dar lugar ao dogmatismo do positivismo exegético.

O Juiz é plenamente soberano na esfera de ação em que atua podendo, por si mesmo, determinar as normas e as regras de aplicação necessárias. A atitude do Juiz, em relação à lei, não se caracteriza jamais pela passividade, nem tampouco será, a lei, considerada elemento exclusivo na busca de soluções justas aos conflitos; a lei se constitui em um outro elemento, entre tantos que intervêm no exercício da função Jurisprudencial⁴⁷.

Com justa razão, a lei não é a medida exata que assegura a estabilidade e a continuidade do Direito. Existe, por conseguinte, uma antinomia entre a lei e os princípios fundamentais da ordem jurídica. O resguardo e a manutenção destes princípios são feitos exclusivamente pelo Juiz, e não pelo Poder Legislativo. Ora, a lei, e sua conceptualização moderna, distinguem-se em um aspecto por demais relevante: autêntico instrumento ideológico de compromisso Político.

A expressão de lutas políticas ou de interesses bem determinados, a lei não pode ser, senão a expressão de uma vontade contingente sobre problemas da mesma natureza.

Nesse sentido, a lei, enquanto veículo de um sistema jurídico determinado, tende a materializar uma ideologia dominante, ela aparece como identificação necessária de um Estado que deve ter uma autonomia relativa em relação a essa ou àquela fração do bloco no poder, para que possa organizar sua unicidade sob a hegemonia de uma classe ou de uma fração. Em outras palavras, podemos ver, na lei, não a forma de regulamentação, de organização social ou de limite da violência, mas, pura e simplesmente, a extensão pública e racional da própria violência manipulada pelo Estado.

9 CONCLUSÃO

Na esteira dessas asserções, pode-se categorizar que ao juiz compete a função básica de transformar os parâmetros tradicionais da fisionomia dogmática e formalista do Direito. Esta contribuição é por demais incisiva e determinante na salvaguarda dos direitos essenciais do homem, como no caso o da vida, servindo-se na também da apreciação real dos valores ideais da vida social e na realização dos fins últimos do Direito, este, enquanto fenômeno universal, ‘dever-ser’ desideologização, e não instrumentalização de controle e repressão de um bloco de poder dominante.

Seja como for, não se pode mais afirmar nenhuma espécie de Direito que não seja regulado, controlado e limitado pelo juiz.

A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente atividade de aceder aos caprichos e à vontade do legislador, pois, como poder criador o Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplaca o Direito em face dos litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos de Direito, o magistrado aparece como uma verdadeira força de expressão social, que se define pelo exercício de uma função autônoma e irredutível em relação às outras esferas de competência do Estado.

Distintamente das demarcações sustentadas pelo legalismo clássico de que a independência do Judiciário não passaria de uma ficção, é de se precisar que tal proposição está longe de ser carreta, pois o Juiz, em sua dinâmica e exclusiva atividade criadora, possui plena soberania na órbita da própria atuação.

O magistrado, portanto, não se limita à atividade de natureza meramente interpretativa ou dedutiva daquilo que lhe é dado, mas sua tarefa consiste na revelação de uma forma jurídica mais adequada, mais elaborada e mais sistematizada. Consequentemente, a sentença judicial emanada do Juiz adquire não só validade formal como tipificação de preceito imperativo e obrigatório. Faz-se necessário, sem dúvida, assinalar que tais disposições judiciais são inegavelmente parte do Direito positivo, na medida em que tanto são respeitadas pelos litigantes e acatadas pelos Tribunais, quanto reiteradamente incorporadas pelo legislador do Direito positivo.

O papel do Juiz é acentuadamente marcante, não só como recriador, através do processo hermenêutico, mas também como adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social. E contribuindo para a transformação e evolução contínua da ordem jurídica positiva que o Juiz, em seu mister recriador, insere a se mente perpetuadora e a fonte inspiradora do Direito ideal.

Como se pode verificar, o Juiz não se atém somente à interpretação de leis positivas ou a formulações provenientes de codificações, pois, como símbolo de um órgão que resume em si o espírito da estrutura jurídica dominante, compete-lhe muito mais a adequação dos fatos sociais e dos interesses materiais aos princípios de valoração jurídica predominantes.

Está correto Tobenas, ao aclamar que o Direito dos juristas é a fonte primeira do Direito objetivo e, assim sendo, o centro de gravitação da criação jurídica, mesmo nos países de Direito Codificado, incide não na formulação de normas gerais, mas a decisão de casos individuais⁴⁸.

Diante dessas proposições, uma questão perpassa, de imediato, ou seja, quais os critérios-limite de natureza ético-jurídica, que demarcam a ação jurisdicional e os poderes do Juiz? São eles ilimitados, ou pode-se falar num limite-padrão, sem que incorramos no governo dos magistrados ou na ditadura do Judiciário? A este propósito, quem melhor se ateu à matéria foi Benjamin Cardozo, emérito representante do realismo de tradição jurídico-burguesa norte-americana:

As excentricidades dos juizes se equilibram. Um Juiz considera os problemas do ponto de vista da história; outro, da filosofia; outro, ainda, da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem medo de mudanças, outro está descontente com o presente; apesar do atrito dos diversos espíritos, atinge-se a um grau de constância e de uniformidade [...]

O juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro-errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade. Deve extrair sua inspiração de princípios consagrados. Não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada. Deve exercer uma discricção informada pela tradição, metodizada pela analogia, disciplinado pelo sistema e subordinada ‘à necessidade primordial de ordem na vida social’.

[...] Os juizes têm, naturalmente, o poder, embora não o direito, de ignorar a ordem da lei e julgar apesar dela. Eles têm o poder, embora não o direito, de ir além dos muros dos interstícios, os limites estabelecidos para a inovação judicial pelo precedente e pelo costume. Por este abuso de poder, porém, violam o Direito. Se o violam voluntariamente, isto é, com espírito culpado e maldoso, cometem um dano e podem ser removidos ou punidos, ainda que o julgamento proferido seja válido. Em suma, há princípios de Direito limitativos da liberdade do juiz⁴⁹.

Pareceu claro, ao longo desse texto, a tentativa de demonstrar, teoricamente, que a verdadeira fonte do direito é elaborada pelos magistrados nos tribunais; por outro lado, não se nega que subsistem, concomitantemente com os precedentes judiciais, a doutrina, a analogia, os costumes e os princípios gerais dominantes. Assim sendo, nos limites desta gravitação, a lei não é necessariamente direito, nem, tampouco, fonte exclusiva e absoluta de direito. Em suma, suas questões básicas advêm da análise histórico-crítica da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

- SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 857, p. 31-37, mar. 2007.
- ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978. (Coleção AJURIS, 9).
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2003.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Da sentença liminar a nulidade de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiro. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XVII, n. 50, nov. 1990.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 202.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Frederico. *Jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 1959.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- POULANTZAS, Nicos. *O estado, o poder, o socialismo*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.
- REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004.
- _____. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- TOBENAS, José Castán. *La formulación judicial del derecho*. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1954.
- WOLKAAER, Antônio C. As Ideologias Contemporâneas e o Direito. In: *Revista de Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 27, p. 160, 1980.

NOTAS

- 1 Trabalho apresentado na disciplina de Tendências do Processo Civil no Brasil, ministrada pela Professora Dra. Tereza Arruda Alvim Wambier – Doutorado em Direito – da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), no primeiro semestre de 2011.
- 2 REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.
- 3 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisional na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 13.

4 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.

5 RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretension procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 88-89.

6 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação

- do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.
- ⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiro. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XVII, n. 50, p. 8, nov. 1990.
- ⁸ De acordo com Artur César de Souza (A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 857, p. 31-37, mar. 2007), a imparcialidade, após a IIª Guerra Mundial, passou a ser um postulado universal, encontrando-se reconhecida no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Toda pessoa tem o direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele) e no artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de caráter civil [...]), ambos ratificados pelo Brasil, fato que elevou o princípio da imparcialidade a direito fundamental, de acordo com o § 2º do artigo 5º da CF/88. Imparcialidade, nas palavras de Darci Ribeiro (*Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 21), “é parte da premissa inafastável da natureza do homem, como ser social e individual; pois, ser imparcial é não deixar as suas convicções, as suas predileções sobrepujarem os elementos constantes nos autos. Isso é ser humanamente imparcial. Essas convicções e predileções pessoais devem pesar no julgamento [...] (mas) não pode pesar mais do que o necessário para interpretar ambos os critérios (objetivos e subjetivos dos autos). E onde vamos encontrar os limites para o necessário? Os limites para o necessário deverão ser obrigatoriamente encontrados na fundamentação do juiz [...] será mais imparcial o juiz, quanto mais fundamentada for a sua decisão, porque, quanto mais ele fundamentar, mais ele objetivará as suas convicções íntimas, que são subjetivas, adentrando, com isso, nos critérios objetivos que ele só poderá encontrar nos autos”. Ressalta-se, apenas, que a imparcialidade processual do juiz deverá ser entendida, dentro do quadro narrado, como uma ausência de atuação tendenciosa a qualquer uma das partes, mas nunca em relação ao processo. Acerca da participação do juiz no processo, leia-se: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ⁹ Sobre o assunto, Rosemire Pereira Leal (*Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisória na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional*. São Paulo: Landy, 2002, p. 31) explica que “na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são pressupostos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado democrático de direito não se enuncia”.
- ¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.
- ¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 06.
- ¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133-4.
- ¹³ MARQUES, Frederico. *Jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 1959, p. 53.
- ¹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 06.
- ¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.
- ¹⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 34.
- ¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*, 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37.
- ¹⁸ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 34.
- ¹⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.
- ²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.
- ²¹ *Ibidem*, p. 147.
- ²² *Ibidem*, p. 148.
- ²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.
- ²⁴ *Ibidem*, p. 48.
- ²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 155.
- ²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255-6.
- ²⁷ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Da sentença liminar a nulidade de sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 110.
- ²⁸ *Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 28.
- ²⁹ DA SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Jurisdição e execução: na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 218.
- ³⁰ DA SILVA, 2004, p. 143.
- ³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Lejus, 2000, p. 105.
- ³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do Processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.
- ³³ *Ibidem*, p. 24.
- ³⁴ Lembra José Carlos Barbosa Moreira: “Em nosso sistema jurídico, o princípio fundamental é de que o órgão da jurisdição, em matéria civil, só exerce atividade quando provocado: princípio da iniciativa da parte (*neprocedat ius ex officio*) (art. 262). A provocação consiste na demanda, ato pelo qual o autor requer ao estado determinada providência jurisdicional”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 4.
- ³⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31. Com posicionamento análogo sustenta Eduardo J. Couture: “O processo é em si mesmo, um método de debate. Nele participam elementos humanos: juízes, auxiliares, partes, testemunhas, peritos, etc, os quais atuam segundo certas formas preestabelecidas na lei. Estas formas regulam a produção de atos jurídicos processuais, vale dizer, atos humanos dirigidos pela vontade da lei jurídica. COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2003, p. 43.
- ³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.
- ³⁷ *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 357-358.
- ³⁸ *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.
- ³⁹ CRUZ E TUCCI. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.
- ⁴⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p. 16-17.
- ⁴¹ *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 68-69.
- ⁴² CRUZ E TUCCI, ob. cit., p. 98-110.
- ⁴³ Dispõe o artigo 8º, I da Convenção de Direitos Humanos: “Artigo 8º Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. BRASIL. Ministério da Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. Convenção americana de direitos humanos: Pacto de San José de Costa Rica. Disponível: <http://www.aids.gov.br/final/biblioteca/legislacao/vol1_4.htm>. Acesso em: 15 set. 2005.
- ⁴⁴ *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 202.
- ⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.
- ⁴⁶ TOBENAS, José Castán. *La formulación judicial del derecho*. 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1954, p. 25.
- ⁴⁷ BELAID, op. cit., p. 79, 261 e 283.
- ⁴⁸ TOBENAS, op. cit., p. 22-25.
- ⁴⁹ CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p. 128, 134, 157.