

INTRODUÇÃO

EVOLUÇÃO DO PROCESSO

O direito é um produto do mundo cultural, assim como sua ramificação processual, comportando progressos e retrocessos através dos tempos.¹ À época sincretista, primeira fase metodológica do processo civil, não se conhecia a separação entre processo e direito material. O processo era um apêndice do direito material, segundo a Teoria Imanentista da Ação. A ação era um direito “em pé de guerra”.²

Na segunda fase, denominada autonomista (com referência à autonomia científica do processo), realizaram-se profundos avanços no desenvolvimento dos conceitos de jurisdição, ação, defesa e do próprio processo.³ A jurisdição pode ser vista como atividade estatal substitutiva, destinada a dizer a vontade da lei,⁴⁻⁵

¹ “How disputing influences culture. The construction and maintenance of culture. Constructing a culture does not end when the edifice is place. The process is ongoing because, to properly constitute a cultural system, the values, symbols, and beliefs must be transgenerational.” (CHASE, Oscar G. *Law, culture, and ritual – disputing systems in cross – cultural context*. New York: New York University Press, 2005. p. 125).

² “Até o meado do século passado, quando o processo civil era estudado junto com o direito civil e, frequentemente, nos mesmos livros, pode-se dizer que havia o primado do direito civil, que absorvia em si o direito processual. Este não constituía nem mesmo um ramo do direito, mas apenas o processo, ou procedimento. Nessa fase, não se considerava que a ação fosse um direito distinto daquele direito subjetivo a que ela visava a proteger.” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 1º a 153*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 1, p. 24).

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 2. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 21.

⁴ Chiovenda atrela o conceito de jurisdição ao caráter substitutivo, ou seja, visualiza a abstração do direito de agir das partes, uma em relação à outra, dando lugar ao direito de pedir perante um terceiro, um órgão estatal imparcial. Assim, define a jurisdição “como 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”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. II, p. 8).

⁵ Carnelutti destaca que a jurisdição tem como objetivo a resolução dos conflitos (resolução da lide). “Historicamente, a *jurisdictio* foi exatamente a manifestação do *imperium* (ou seja, do

interpretando e aplicando o direito⁶ na justa composição da lide.⁷ O direito de ação está ligado ao direito de provocar a atividade jurisdicional.⁸ O direito de defesa se instrumentaliza como fundamental ao exercício da jurisdição.⁹ O processo é visto como algo além do procedimento jurídico¹⁰ (a sua parte visível), reconhecido pela atuação efetiva do autor, réu e do juiz. Nessa fase, especialmente fecunda, fundou-se e estruturou-se a ciência processual.¹¹

A onda extremista, quanto à autonomia do processo, levou à derrocada dessa fase e fez surgir outra, agora sob os ares do caráter instrumentalista e teleológico, colocando o processo, embora dotado de autonomia científica, em seu devido lugar, como meio de se outorgar um amplo acesso à justiça – instrumentalidade com

poder de mandato atribuído ao magistrado superior romano) que consistia em fixar regras jurídicas e que se distinguia, tanto do poder militar, quanto da *coercitio* (...).” Nesta última, explica-se por que a jurisdição compreende também a execução. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I, p. 223).

- ⁶ “Jurisdição é o poder do Estado de interpretar e aplicar o direito de maneira autoritativa mediante a atuação de um terceiro imparcial com irrevisibilidade externa de seus provimentos.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 170).
- ⁷ Colhe-se, ainda, a lição de Pontes de Miranda: “a especificidade da função de julgar, atribuída ao Estado, teve por fito impedir a desordem, os excessos (e, pois, injustiças) da justiça de mão própria e assegurar a realização menos imperfeita possível (em cada momento) das regras jurídicas”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. I: arts. 1º ao 45, p. 81.
- ⁸ Ação “se conceitua como o direito (ou poder) de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não administrativa”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 156).
- ⁹ Ação “se conceitua como o direito (ou poder) de provocar o exercício da atividade jurisdicional, não administrativa”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 156).
- ¹⁰ “Afirma-se, na doutrina, que o processo tem escopos social (pacificar com justiça, conscientizar os membros da sociedade para que estes deem cumprimento aos seus deveres etc.), político (afirmação do poder estatal de administrar a justiça, respeitando a liberdade dos cidadãos) e jurídico (isto é, deve conter técnicas processuais adequadas à realização do direito material).” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 109).
- ¹¹ TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 198.

efetividade¹² (justiça na realização prática do direito). Daí já se vê uma evidente constitucionalização da disciplina processual, pois o princípio do acesso à justiça é derivação do princípio do devido processo legal.¹³

Assim, já na inauguração dessa terceira etapa evolutiva, na passagem da fase autonomista para a instrumentalista, percebeu-se a necessidade de se tomar “consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira mais efetiva o papel que lhe toca”.¹⁴ Essa fase, denominada instrumental, é ligada à dimensão jurídica, social e política do processo.¹⁵ Jurídica, porque visa a atuação da vontade concreta do Direito; social, porque objetiva a pacificação e educação para exercício dos direitos;¹⁶ por fim, política, porque tem escopo democrático.¹⁷

Esta é a fase em que vivemos. Os obreiros do direito se concentram na busca do acesso à ordem jurídica justa (assistência judiciária efetiva aos pobres,¹⁸ representação dos interesses coletivos em geral e ampla revisão do sistema judiciário¹⁹

¹² “Tal é a ideia da efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a da plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 81, 1996, p. 55).

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 17.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3.

¹⁵ MORELLO, Augusto Mario. El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (el derecho a la información y la realidad social). In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988 e republicado na *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 31, 1983. p. 210.

¹⁶ ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 17.

¹⁷ “A temática do acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. É que o tema do acesso à justiça trabalha a teoria do processo a partir da ideia de Democracia Social.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

¹⁸ Nessa esteira, observa a doutrina que “o despossuído em regra não consegue se fazer representar por jusperito de talento”. NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: RT, 1994. p. 20.

¹⁹ Pode-se dizer que o ordenamento jurídico constitui-se em um conjunto de enunciados normativos. (BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 2ª reimpressão. Brasília: Universidade de Brasília, 1991, p. 72). Por sua vez, *sistema*, termo de origem grega na palavra *sietemiun*, que na linguagem jurídica tende a ser expressão ambígua, em geral, conforma-se em um conjunto de elementos interconectados, de modo a formar um todo organizado. Fazendo um esforço,

– três ondas pelo movimento do acesso à justiça),²⁰ acesso esse que é, ao mesmo tempo, objeto de estudo do Direito Constitucional e do Direito Processual.

ACESSO À JUSTIÇA (DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL) E O ESTUDO DA COISA JULGADA

O processo, como instrumento de atuação constitucional, imprime a alquimia de um singelo direito declarado para um direito como garantia.²¹ Assim, quando se fala em acesso a uma ordem jurídica justa (o devido processo legal como instrumento a outorgar o efetivo acesso à justiça), não se pode descuidar da confluência entre o Direito Processual Constitucional e o Direito Constitucional Processual.

O CPC/2015, em seu art. 1º, prevê que o processo civil se ordenará conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas pela Constituição da República

pode-se reunir todos os textos do direito positivo em vigência no Brasil, desde as Constituições até os mais singelos atos infralegais, o resultado será, certamente, um conjunto integrado por elementos que se inter-relacionam, ou seja, um sistema, o sistema positivo. As unidades desse sistema são as normas jurídicas que se desprendem dos textos e se interligam mediante relações horizontais (os chamados vínculos de coordenação) e verticais (relações de hierarquia ou subordinação). Nesse sentir, o ordenamento jurídico pode ser concebido como um conjunto organizado de normas jurídicas vigentes em determinado país, caracterizado, no plano da eficácia, por ser unitário (o que inclui fontes e normas relacionadas hierarquicamente), coerente (livrando-se de antinomias) e completo (extirpando lacunas). Esse é o ordenamento jurídico positivo que, ao lado do sistema jurisprudencial, exigem a atuação da autoridade. Mas, no Brasil, ainda pode-se também falar em sistema jurídico doutrinário, que é um sistema aberto por excelência, caracterizado pelo debate de ideias e pelas divergências interpretativas. Nesse sentir, não há exigência de coerência argumentativa entre os autores, o sistema se encontra justamente na possibilidade de debate e na sua riqueza, por sinal, quanto mais incoerente, mais ampliado e rico será o resultado produzido. (Vide: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 22 e ss.).

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 61, 1992. p. 148.

²¹ “Mendes Jr. focalizava o processo como garantia dos direitos individuais, antecipando-se na compreensão do prisma constitucional do direito processual. A partir daí, inúmeros estudiosos debruçaram-se sobre o denominado ‘direito processual constitucional’, entendendo-se por esse termo a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo: Kelsen, Calamandrei, Cappelletti, Liebman, Denti, Vigoriti, Comoglio, Alcalá-Zamora, Burgoa, Couture, Buzaid, Marques, são só alguns entre os que se destacaram na análise do processo constitucional.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973. p. 2).

Federativa do Brasil de 1988. Tal dispositivo elucida que o operador do direito, ao aplicar e interpretar as disposições do código, deve observar tais princípios.²²

Ainda, na linha dessa fluência vetorial, sabe-se que na própria Constituição estão positivados preceitos processuais intimamente ligados à efetividade da jurisdição e ao acesso à justiça, que justificam a transcendência constitucional no direito de ação, seja em sua dimensão individual ou coletiva.²³

Naturalmente que todos os temas nesse âmbito são importantes, pois não existe tema constitucional que seja irrelevante. De outra parte, por serem as normas de Direito Processual fundamentadas na Constituição Federal, como são todas as normas constitucionais atinentes aos demais ramos do direito, procederemos agora a um corte de temas confluentes para o desenvolvimento do presente estudo.

Afinal, não se pode olvidar que dos dispositivos insertos na Constituição Federal brasileira emanam efeitos sobre processos em andamento e já findos. Porém, até mesmo a coisa julgada não é absoluta. As garantias constitucionais também podem encontrar limites na esfera das individualidades, pois há hipóteses em que se admite que as partes realizem transação, infirmando o próprio *judicium* com tal autoridade.

Nesse sentido, o devido processo legal pode ser um elo condutor da interpretação mais acertada para o caso. E, assim, apresentar melhores argumentos para o enfrentamento de questões como: 1) Há coisa julgada, além do processo de conhecimento, no processo de execução? Uma vez admitida a coisa julgada, cabe

²² GONCALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

²³ “Acentua-se a publicização do processo em geral e do civil em particular. Culmina com a corrente moderna que considera o ‘direito de ação’ como direito subjetivo público, de caráter constitucional, oportunidade em que Carnelutti destacou a transcendência constitucional da ação, como um direito paralelo ao de petição. As implicações constitucionais das instituições processuais, principalmente do ‘direito de ação’ tiveram grande repercussão com o estudo clássico de Piero Calamandrei sobre A Relatividade do Conceito de Ação, onde destaca as relações das orientações políticas de caráter constitucional e o conceito de ação. Dentro da mesma orientação destaca-se Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, com *Enseñanzas y Sugerencias de Algunos Procesalistas Sudamericanos Acerca de la Acción*. Ainda sobre a transcendência constitucional das instituições processuais destaca-se *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*, de Eduardo J. Couture, onde as categorias constitucionais do processo civil ampliam-se aos diversos ramos processuais.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal. Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, RT, v. 1, out. 2011. p. 120).

rescisória? 2) Pode-se falar em sentença parcial de mérito com trânsito em julgado em tempos distintos em um mesmo processo? E se houver conflito entre as decisões, qual prevalece? No caso da tutela provisória com base nos arts. 294 e s. do CPC/2015 (pedido incontroverso), há execução definitiva? 3) O terceiro pode ou não ser atingido pela coisa julgada? Mesmo um endossatário, sucessores da posse ou de sentença penal, por exemplo? Além destas, muitas outras questões são debatidas ao longo deste volume.

Também, em consonância com o Código de Processo Civil de 2015, aprovado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, o presente livro leva aqueles que se dedicam ao estudo do direito uma melhor compreensão dos institutos aqui propostos, com informações atualizadas.

Assim, elegemos o estudo constitucional do princípio do devido processo legal como pressuposto para uma análise mais aprofundada da coisa julgada, de natureza processual, que vem logo a seguir. Nosso objetivo é ofertar uma contribuição ao debate e apontar possíveis soluções.