

JURISDIÇÃO E PROCESSO

TRIBUTO AO CONSTITUCIONALISMO

ELAINE HARZHEIM MACEDO
MÁRCIO RICARDO STAFFEN
(ORGANIZADORES)

JURISDIÇÃO E PROCESSO

TRIBUTO AO CONSTITUCIONALISMO



Belo Horizonte
2012

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Jorge Bacelar Gouveia - Portugal
André Cordeiro Leal	Jorge M. Lasmar
André Lipp Pinto Basto Lupi	Jose Antonio Moreno Molina - Espanha
Antônio Márcio da Cunha Guimarães	José Luiz Quadros de Magalhães
Carlos Augusto Canedo G. da Silva	Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
David França Ribeiro de Carvalho	Luciano Stoller de Faria
Dhenis Cruz Madeira	Luiz Manoel Gomes Júnior
Dircêo Torrecillas Ramos	Luiz Moreira
Emerson Garcia	Márcio Luís de Oliveira
Felipe Chiarello de Souza Pinto	Mário Lúcio Quintão Soares
Florisbal de Souza Del'Olmo	Nelson Rosenvald
Frederico Barbosa Gomes	Renato Caram
Gilberto Bercovici	Rodrigo Almeida Magalhães
Gregório Assagra de Almeida	Rogério Filippetto
Gustavo Corgosinho	Rubens Beçak
Jamile Bergamaschine Mata Diz	Vladmir Oliveira da Silveira
Jean Carlos Fernandes	Wagner Menezes

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2012.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho

Produção Editorial: Nous Editorial

Revisão: Responsabilidade do Autor

Capa: Gustavo Caram e Hugo Soares

J95 Jurisdição e processo: tributo ao constitucionalismo /
organização de Márcio Ricardo Staffen e Elaine Harzheim Macedo. –
Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.
324p.
ISBN: 978-85-62741-96-8

1. Processo civil. I. Staffen, Márcio Ricardo. II. Macedo, Elaine Harzheim.

CDD: 341.46
CDU: 347.91/95

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi
Belo Horizonte/MG - CEP 30.140-002
Tel: (31) 3031-2330

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2012

SUMÁRIO

PREFÁCIO	IX
APRESENTAÇÃO	XV
TUTELA INIBITÓRIA POSITIVA E NEGATIVA DO ILÍCITO E DO DANO	
<i>Aldo Aranha de Castro</i>	1
REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A JURISPRUDÊNCIA EM PERSPECTIVA HISTÓRICA	
<i>Maria Cristina Cereser Pezzella</i> <i>Cristhian Magnus de Marco</i>	19
A EFICÁCIA PROSPECTIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS EM CASO DE MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA E OS MEIOS DE ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS: A VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO BRASIL	
<i>Gabriel Peixoto Dourado</i> <i>Márcio Augusto Vasconcelos Diniz</i>	39
A VIRTUALIZAÇÃO PROCESSUAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E A AMPLIAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS	
<i>Adriana Fasolo Pilati Scheleder</i>	53

PROCESSO CIVIL ORDINARIZADO, DIREITOS SOCIAIS E SENTENÇAS LIMINARES <i>Cristiano Becker Isaia</i>	63
JÚIZO DE VEROSSIMILHANÇA <i>VERSUS</i> TRADIÇÃO DA ORDINARIEDADE DO PROCESSO <i>Elaine Harzheim Macedo</i>	81
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA COMPETÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA E INTERPRETAÇÕES COMPATÍVEIS COM A EFETIVIDADE DA TUTELA TRANSINDIVIDUAL E COM O PRINCÍPIO FEDERATIVO <i>José Mauro Luizão</i> <i>Luiz Fernando Belinetti</i>	95
SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA: A QUESTÃO DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL INCONSTITUCIONAL <i>Júlio de Souza Gomes</i> <i>Lívia Pitelli Zamarian</i>	109
ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO CONTRA O MANDADO MONITÓRIO QUALIFICADO <i>Kássios Dávilon Soares Cordeiro</i>	129
JUIZADOS ESPECIAIS E ATIVISMO: O LUGAR DO CONCILIADOR NA DÍADE PROCEDIMENTALISMO- -SUBSTANCIALISMO EM WARAT <i>Márcio Ricardo Staffen</i> <i>Zenildo Bodnar</i>	139
A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE SUBSISTE? <i>Mário Lúcio Garcez Calil</i> <i>Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém</i>	157
A INTERVENÇÃO DO <i>AMICUS CURIAE</i> NA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS: UMA FORMA DE VIABILIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA <i>Patrícia da Costa Santana</i>	169

ANÁLISE CRÍTICA DO REEXAME NECESSÁRIO À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO <i>Rafael de Souza Borelli</i> <i>Marcos Antônio Striquer Soares</i>	191
ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Táís Caroline Pinto</i> <i>Mariana Lobo Zanata</i>	209
SEGURANÇA JURÍDICA: O EDIFÍCIO DE PONTA-CABEÇA ARQUITETADO NA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO <i>Roberta Maia Gresta</i>	225
TÉCNICAS PROCESSUAIS DE REALIZAÇÃO DA ISONOMIA: BREVES COMENTÁRIOS AO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE RECURSOS REPETITIVOS <i>Alexandre Reis Siqueira Freire</i> <i>Marcello Soares Castro</i>	239
A DEFESA DO EXECUTADO COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 475-L, § 1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL <i>Nathália Mariáb Mazzeo Sánchez</i> <i>Vicente de Paula Marques Filho</i>	267
AMPLITUDE DO DEVER DE COLABORAÇÃO PROCESSUAL <i>Guilherme Kronemberg Hartmann</i>	281

PREFÁCIO

POR UM PROCESSO CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDO...

O curso dos últimos vinte e quatro anos de existência da Constituição Federal de 1988 mostra a dificuldade de irradiação do plano abstrato dos preceitos constitucionais para realidade social. Vários são os argumentos que podem ser tomados para tentar justificar a baixa constitucionalização da vida social amplamente presenciada. A constante visão do novo com os olhos do velho é grave e gera a cooptação do texto constitucional pelo *status quo*, impedindo com isso a necessária ruptura da ordem jurídica instalada com a pretérita¹.

Ainda que forte a presença da matriz liberal normativista, a partir de 1988, no caso brasileiro, observa Luis Roberto Barroso, dá-se início a um processo de passagem da Constituição Federal para o centro do sistema jurídico². Com isso, a constituição passa a ser um filtro³ através do qual se condiciona a validade de todo o ordenamento jurídico. Assim, a constitucionalização dos diversos ramos do direito esboça a mudança de paradigma em curso. Neste estágio, o Estado transcende ao fetiche da mera legalidade formal *stricto sensu* (legiscentrismo)⁴ para organizar-se nos ditames do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

¹ Neste sentido: MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do direito processual civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constituição e processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey/IHJ, 2009, p. 293-295.

² BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. xi.

³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

⁴ Refere-se a colocação da lei no centro do ordenamento jurídico. MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *Jurisdição constitucional e participa-*

Em ampla medida, a constitucionalização do direito infraconstitucional não significa a “a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretção dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional”⁵. Nestes termos, a preeminência normativa da constituição exige que toda a atividade jurídica seja exercida à luz da constituição e passada pelo seu crivo⁶.

De forma simplificada, porém certa, Luis Roberto Barroso vaticina que toda operação de produção, interpretação e aplicação do direito exige uma aplicação direta e indireta da constituição. Dá-se aplicação direta quando uma pretensão se fundar uma norma constitucional. A contrapartida tem-se aplicação indireta quando condicionar a exame norma infraconstitucional, o que ocorre em duas hipóteses, a saber: “[...] a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais”⁷.

Ressalte-se que o reconhecimento da posição de supremacia do texto constitucional não se satisfaz somente via controle de constitucionalidade. A colocação da constituição em um grau maior do ordenamento jurídico determina o compulsório adimplemento das suas disposições⁸, condicionando de modo diretivo a proteção dos direitos e garantias fundamentais, tanto pelos poderes públicos quanto pelos privados. Ou, como quer Streck: “A Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”⁹.

Evidente que neste panorama de supremacia e satisfação compulsória das normas constitucionais resta inserido o processo¹⁰, e demais direitos e garantias fundamentais

ção cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constituição e processo*. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 130.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. p. xii.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra; Almedina, 1991, p. 45.

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. p. xii-xiii.

⁸ “Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, ‘constitucional’”. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 224.

¹⁰ Dispõe Willis Santiago Guerra Filho: “O final dos anos sessenta e princípio da década de setenta marca do advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferam, então, as análises da conexão do processo com a constituição, ao ponto de se poder encarar o direito processual como uma espécie de ‘direito constitucional aplicado’, como certa feita formulou a Corte Constitucional alemã. Até o momento, porém, essas análises se limitaram a ensejar esforços no sentido de realizar adaptações da dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, relacionados diretamente com o processo, isto é, aquelas garantias do chamado ‘devido processo legal’: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc.” GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 2000, p. 24.

que lhe são inerentes. Ademais, beiraria o absurdo o fato das constituições estabelecerem mandados para reger a vida em sociedade sem, contudo, possibilitar o acesso à sua efetivação¹¹.

Segundo Italo Andolina e Giuseppe Vignera, o modelo constitucional de processo é um esquema geral de processo, que pode ser compreendido em três características fundantes: expansividade, variabilidade e perfectibilidade. A expansividade assegura a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microsistemas específicos de processo, desde que presente a conformidade com a proposta geral. A variabilidade autoriza a especialização de determinados preceitos gerais para um determinado microsistema. Por último, a perfectibilidade abre uma senda para o aperfeiçoamento do modelo constitucional de processo, mediante construção legislativa. É sempre de ter em conta que todo esse processo de expansividade, variabilidade e perfectibilidade exige total observância aos ditames constitucionais formais e substanciais¹². A respeito desta nova perspectiva, isso permite dizer que o processo torna-se “modelo único e tipologia plúrima”¹³, ou seja, um único paradigma de processo decomposto em uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais (penal, civil, administrativo, tributário, trabalhista etc.).

Considerando a proposta de Andolina e Vignera, Rosemiro Pereira Leal, esclarece que o modelo constitucional prima essencialmente pela transferência da compreensão de processo da teoria geral do processo para a constituição¹⁴. Com isso, a justiça civil (e demais institutos do processo civil) deixa de ser o critério determinante da construção processual. Por derradeiro, o modelo constitucional de processo exige uma nova construção processual, a qual rejeita o velho e infinito hábito de sincretismo paradigmático.

¹¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! p. 125.

¹² ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionale della giustizia civile*: il modello costituzionale del proceso civile italiano. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 09-10. Tradução livre do autor.

¹³ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição. MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constituição e processo*. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 334.

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constituição e processo*. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: DelRey/IHJ, 2009, p. 284. Vale destacar: “Por ocasião das últimas reformas do Código de Processo Civil brasileiro em vigor (LEAL, 2007b), observamos (e) que o *processo* continua sendo utilizado pelos reformistas como instrumento de uma jurisdição constitucional como *justiça civil* destinada a compor, resolver e pacificar conflitos de interesses (entre os *sujeitos individuais*) na esfera restrita das ‘ameaças ou lesões a seus direitos’ subjetivos historicamente já objetivados ou preexistentes ou co-existentes à comunidade jurídica constitucionalizada (art. 5º, XXXV, da CF/88) e, por isso mesmo, essa *justiça civil* nada compõe ou resolve sobre *direitos fundamentais* (direitos fundamentais para os que não são sujeitos individuais), adotando, por coerência, uma hermenêutica (interpretação já historicamente legitimada e acertada entre decisores ocupantes dos poderes e detentores seculares da autoridade) de bases dispositivas (juízos de equidade, conveniência, solidariedade, bom senso) que se recusa a apurar responsabilidades para os inadimplentes da constitucionalidade no paradigma de Estado de Direito Democrático. Por isso é que as leis infraconstitucionais brasileiras, após a Constituição de 1988, não precisaram ser revogadas, tendo em vista que os operadores do direito continuam a ser *civis* (LEAL, 2007a) sem qualquer formação científica para atuarem um direito não liberal-republicanista” (LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. p. 290).

Note-se, não se está aqui a defender um movimento de recepção constitucional, mas sim de constitucionalização. Principia-se da constituição para a teoria processual, e não da teoria processual para a constituição, pois, a constituição é o fundamento do ordenamento jurídico, a pedra angular, e não simples acessório de complementação de sentido, como faz pensar a prática da teoria geral do processo.

Ante o exposto, o direito processual é inerente à Constituição¹⁵. Desse modo, o processo jurisdicional reclama vinculação formal e substancial aos preceitos constitucionais. A inscrição do processo e garantias corolárias como direitos fundamentais, a partir do garantismo, resitua a sua fundamentalidade com caracteres de indisponibilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, intransigibilidade e inviolabilidade, não autorizando sua relativização, nem mesmo pela maioria. Ressalte-se que a opção por um modelo constitucional garantista de processo em detrimento a teoria neo-institucionalista¹⁶ de Rosemiro Pereira Leal vincula-se justamente na atribuição de núcleo essencial intangível ao processo e às garantias inerentes. Daí que o processo, pela matriz garantista, tem sua validade condicionada à estrita e plena observância dos direitos fundamentais¹⁷ e não mais pelo rito sendo cumprido pelo rito. Percebe-se, ainda, que a adoção de um modelo constitucional de processo subtrai o caráter instrumental e técnico do processo como simples *locus* decisório¹⁸, nos moldes de uma linha de produção fordista. Logo, vilipendiar os direitos e garantias fundamentais significa romper com a ordem constitucional.

A consagração do processo como direito fundamental, isto porque, reveste-se como instrumento de maior combatividade em face dos abusos e investidas arbitrárias, além da consideração de núcleo essencial intangível, reclama com urgência a preterição da concepção do processo como relação jurídica¹⁹, para dar vazão aos preceitos de igualdade e licitude advindos do modelo constitucional de processo.

¹⁵ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. p. 415.

¹⁶ “Infer-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular). Como veremos, a instituição do processo constitucionalizado é referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos), de tal modo que os provimentos (decisões, leis e sentença decorrentes) resultem de compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica, ao longo da criação, da alteração, do reconhecimento e da aplicação de direitos, e não de estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo* – primeiros estudos. São Paulo: Thomson-IOB, 2006, p. 100. Conforme se vislumbra[ra] na construção desta dissertação, a não-opção pela teoria neo-institucionalista de processo, muito embora sua vinculação com os postulados de Elio Fazzalari, decorre justamente da sua fundamentação procedimentalista, a qual impede a substancial eficácia dos direitos e garantias fundamentais, o que não ocorre no viés garantista.

¹⁷ STAFFEN, Márcio Ricardo; ROSA, Alexandre Morais da. Incidência do princípio do juiz natural no processo administrativo disciplinar: um estudo à luz da teoria do garantismo jurídico. p. 407.

¹⁸ Recomenda-se: ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del proceso civile italiano*. Torino. Giappichelli, 1990, p. 13.

¹⁹ “A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, comparceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação” (GONÇALVES, Aroldo

Some-se a este quadro a compreensão de que a norma jurídica processual, do ponto de vista de sua estrutura lógica, não se restringe a mero cânone de valoração de uma conduta (impositiva, lícito-ilícito), onde se inserem de modo vinculante, os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, a que se vincula a valoração normativa (teleológica, por quê?)²⁰. Explica-se: grosso modo, se todo o ordenamento jurídico procura objetivamente limitar poderes é evidente que o modelo processual desse ordenamento não pode ficar aberto para abusos ou discricionariedades.

A ideia de norma jurídica como cânone de conduta vinculativa, concebida por Elio Fazzalari²¹, de fundamental importância para a concepção de processo constitucionalmente válido, autoriza a projeção de uma conduta devida, lícita, em contraponto a tese de Hans Kelsen, pautada na proibição, ou seja, no ilícito²². Assim, não é excessivo ressaltar que quando se inicia um processo pratica-se um direito constitucionalmente garantido, e não um ilícito.²³

Por outro lado, o modelo constitucional de processo brasileiro exige, além da própria e lógica ideia de constitucionalização, a sua democratização²⁴, conforme determinam os princípios fundamentais dispostos nos arts. 1º a 3º da Constituição Federal de 1988. Para tanto, a democratização do processo passa, necessariamente, pela inclusão e participação dos interessados, sem descuidar, contudo, da esfera do indecidível que é os direitos e garantias fundamentais.

Enfim, a defesa de um modelo constitucional garantista de processo busca ressituar a supremacia constitucional²⁵, a qual condiciona não só a vigência, mas também a validade substancial de todo o ordenamento, inclusive as normas processuais. Desta forma,

Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001, p. 97). Acerca das teorias processuais este assunto será melhor exposto no capítulo segundo. Por ora, sua consignação justifica-se para demonstrar o elemento arbitrário e anti-igualitário que a teoria da relação jurídica guarda em seu bojo e, sua incompatibilidade com o modelo constitucional de processo, afinal, a constituição que preza pela igualdade não pode legitimar uma atitude injustificada de privilégio.

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. p. 106.

²¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 49.

²² Neste sentido, colhe-se da matriz kelseniana: “A função específica da norma é a *imposição* de uma conduta fixada. ‘Imposição’ é sinônimo de ‘prescrição’, para diferenciação de ‘descrição’. *Descrição* é o sentido de um ato de *conhecimento*; prescrição, imposição, o sentido de um ato de vontade. *Descreve-se* algo como ele é, *prescreve-se* algo – especialmente uma certa conduta –, ao exprimir-se como a conduta *deve ser*” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 120). Ocorre que, se correta esta tese, a atividade jurisdicional estaria adstrita unicamente a mera subsunção legal, blindada contra qualquer interferência alheia a fórmula de julgamento.

²³ ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* – Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 101-111, jul-dez. 2010.

²⁴ Para Luiz Werneck Vianna *et. al.* a Constituição de 1988 é parte do processo de transição do autoritarismo ditatorial à democracia política, e não uma conclusão dele. VIANNA, Luiz Werneck *et. al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 38.

²⁵ Conforme anota Marcelo Cattoni de Oliveira, “[...] no Brasil qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Civil, Comercial, Administrativo, Penal, Tributário, etc.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. p. 213).

todo o processo jurisdicional deve guardar compulsória compatibilidade com os direitos e garantias constitucionais, sob pena de nulidade. Com efeito, a elevação do direito processual à categoria constitucional²⁶ exige a prática constitucionalizada e garantista do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da autoridade competente, da isonomia, da proporcionalidade, da não-consideração prévia de culpabilidade e do próprio conflito²⁷ caracterizado pela pretensão resistida.

Que a leitura que se principia seja acompanhada de reflexões.

Lagostraße, São Bento do Sul, julho de 2012.

MÁRCIO RICARDO STAFFEN

Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí
Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça - CNJ
Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí
Professor em cursos de Especialização - UNIVALI, Professor e
Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica - UNIDAVI
Advogado (OAB/SC)

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais! p. 125.

²⁷ Nas lições de Luis Alberto Warat, o conflito tem função positiva em uma sociedade democrática: “É pouco plausível o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito, se escamoteia, em nome de uma igualdade formal e perfeita, as desigualdades econômicas e culturais, se esquece que a lei é sempre expressão de interesses e de práticas do poder. [...] O sistema de representações expressas pela ideia do Estado de Direito, visto como uma utopia perfeita, torna-se ineficiente na medida em que fecha as práticas feitas em seu nome a todo desenvolvimento produtivo dos antagonismos sociais. Assim, fracassa como expressão jurídica da democracia negando-se a reconhecer que os sentidos da lei não existem como formas perfeitas de uma escrita e nem como momento dialético de múltiplos campos de luta” (WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito*. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. v. I. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 22).

APRESENTAÇÃO

Em junho de 2012 realizou-se o XXI Encontro Nacional do CONPEDI, na acolhedora cidade de Uberlândia, Minas Gerais. Evento consagrado no âmbito da pesquisa no Direito, que já conta com calendário afirmado nas atividades desenvolvidas pelo CONPEDI e que tem seduzido não só os jovens pesquisadores, mas também professores de todos os rincões desse extenso país.

O livro que ora vem a público, **Jurisdição e Processo: Tributo ao Constitucionalismo**, é o produto de um dos Grupos de Trabalho entre os tantos que foram instituídos para enfrentar a temática central do encontro, **Sistema Jurídico e Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos**, o já também tradicional grupo **Jurisdição e Processo**.

No espaço destinado às reuniões de trabalho, à medida que os textos iam sendo expostos por seus respectivos autores, ao heterogêneo foi se sobrepondo um sentimento comum a todos: a paixão pelo tema central, jurisdição e processo, aproximando os jovens e os não tão jovens assim, os iniciantes e os mais experientes, os crédulos e os incrédulos, enriquecendo o debate que se mostrou, em alguns momentos, mais acirrado, em outros, mais consensual, ora voltado para as causas, ora para as consequências do sistema jurídico vigente, dando prova de como é possível produzir-se ciência tendo como foco uma área do conhecimento jurídico que, ao mesmo tempo é caracterizada por sua abstração – *o processo* – e por sua absoluta e total aderência ao cotidiano, aos fatos da vida.

Pensar o processo é pensar a concretização dos direitos fundamentais individuais e coletivos, escopo maior da nação brasileira, no alinhamento dos fundamentos e objetivos do Estado constituído pela Carta de 1988. E esse foi o compromisso comum, sincero e autêntico, que uniu os autores, oriundos de diferentes instituições de ensino e unidades federativas, cujos artigos, em número de dezenove (19), são, por esta coletânea, ofertados ao público acadêmico e profissional, permitindo ao leitor um passeio por temas e assuntos que versam sobre o ativismo judicial, a ordinariedade e a sumariedade do processo, as tutelas de urgência, ações individuais e coletivas, os juizados especiais, o sistema recursal,

os precedentes jurisprudenciais e a intervenção do *amicus curiae*, coisa julgada e defesas de exceção, retratando um panorama do tradicional ao novo que o processo civil vivencia neste início de um terceiro milênio.

Uma boa e proveitosa leitura a todos.

ELAINE HARZHEIM MACEDO

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Mestre e Especialista em Direito pela Pontifícia

Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Professora nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS

Professora da AJURIS