

Eis a oitava edição do "Leituras Complementares de Processo Civil", após sete anos do seu lançamento.

O livro se tem transformado em referência na "atualização" do pensamento em matéria de direito processual, sempre trazendo textos que discutem temas novos ou velhos temas sob um enfoque novo. Já foi inclusive citado expressamente em concursos públicos.

Esta edição vem com três textos novos: Bernardo Pimentel, sobre novos aspectos do mandado de segurança, tendo em vista a Lei n. 12.016/2009; Leonardo José Carneiro da Cunha, sobre a necessidade de estruturação de uma dogmática processual própria para o processo e o julgamento das causas repetitivas; Humberto Ávila, uma importante contribuição sobre o devido processo legal.

Espero que o livro continue a cumprir os seus objetivos.

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor dos cursos JusPODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico.



EDITORIA
Jus **PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br



LEITURAS COMPLEMENTARES DE
PROCESSO CIVIL

ORGANIZADOR
FREDIE DIDIER JR.

8ª edição
Revista, ampliada
e atualizada

LEITURAS COMPLEMENTARES DE **PROCESSO CIVIL**

ORGANIZADOR

FREDIE DIDIER JR.

8ª
edição

Revista, ampliada
e atualizada



ALEXANDRE FREITAS CÂMARA
ANTONIO DO PASSO CABRAL
ARAKEN DE ASSIS
BERNARDO PIMENTEL SOUZA
BRUNO GARCIA REDONDO
CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA
DANIEL SARMENTO
EDUARDO CAMBI
EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA
HERMES ZANETI JR.
HUMBERTO ÁVILA
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
JULIANA DEMARCHI
LEONARDO CUNHA
LÚCIO GRASSI DE GOUVEA
LUIZ GUILHERME MARINONI
MÁRIO VITOR SUAREZ LOJO
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
PAULO LUIZ NETTO LOBO
TEORI ALBINO ZAVASCKI

**LEITURAS
COMPLEMENTARES
DE PROCESSO CIVIL**

Fredie Didier Jr.
Organizador

**Reconhecimento de ofício da prescrição:
uma reforma descabeçada e inócua**
– Alexandre Freitas Câmara

**O novo Procedimento-Modelo
(Musterverfahren) alemão: uma alternativa
às ações coletivas**
– Antonio do Passo Cabral

Substituição Processual
– Araken de Assis

**O Mandado de Segurança
à Luz da Lei n. 12.016, de 2009**
– Bernardo Pimentel Souza

**A herança jacente, a herança vacante e a
ação de petição de herança à luz dos códigos
civil e de processo civil vigentes**
– Bernardo Pimentel Souza

**Ainda e sempre a penhora on-line:
Constitucionalidade, princípios e
procedimento**
– Bruno Garcia Redondo
– Mário Vitor Suarez Lojo

**O processo civil na perspectiva dos direitos
fundamentais**
– Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

**O Formalismo-valorativo no confronto com
o Formalismo excessivo**
– Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

**A Vinculação dos Particulares aos Direitos
Fundamentais no Direito Comparado e no
Brasil**
– Daniel Sarmento

Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo
– Eduardo Cambi

**Réu revel, vício de citação e querela
nullitatis insanabilis**
– Eduardo José da Fonseca Costa

**A Teoria Circular dos Planos
(Direito Material e Direito Processual)**
– Hermes Zaneti Jr.

O que é “Devido Processo Legal”?
– Humberto Ávila

O neoprivatismo no processo civil
– José Carlos Barbosa Moreira

**Ações Dúplices, Pedido
Contraposto e Reconvenção**
– Juliana Demarchi

**O Regime Processual
das Causas Repetitivas**
– Leonardo José Carneiro da Cunha

**Cognição Processual Civil:
Atividade Dialética e Cooperação
Intersubjetiva na Busca da Verdade Real**
– Lúcio Grassi de Gouvea

**As Novas Sentenças e os Novos Poderes
do Juiz para a Prestação da Tutela
Jurisdicional Efetiva**
– Luiz Guilherme Marinoni

**Devido Processo
Legal Substantial**
– Paulo Henrique dos Santos Lucon

**Direito ao Estado de Filiação
e Direito à Origem Genética:
uma Distinção necessária**
– Paulo Luiz Netto Lobo

**Sentenças Declaratórias, Sentenças
Condenatórias e Eficácia Executiva dos
Julgados**
– Teori Albino Zavascki

ORGANIZADOR

FREDIE DIDIER JR.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Professor dos cursos JusPODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

AUTORES:

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA
ANTONIO DO PASSO CABRAL
ARAKEN DE ASSIS
BERNARDO PIMENTEL SOUZA
BRUNO GARCIA REDONDO
CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA
DANIEL SARMENTO
EDUARDO CAMBI
EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA
HERMES ZANETI JR.

HUMBERTO ÁVILA
JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA
JULIANA DEMARCHI
LEONARDO CUNHA
LÚCIO GRASSI DE GOUVEA
LUIZ GUILHERME MARINONI
MÁRIO VITOR SUAREZ LOJO
PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON
PAULO LUIZ NETTO LOBO
TEORI ALBINO ZAVASCKI

LEITURAS COMPLEMENTARES DE PROCESSO CIVIL

8ª edição
Revisada e ampliada
2010



EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capa: Carlos Rio Branco Batalha
Diagramação: Caetê Coelho
caete1984@gmail.com

Conselho Editorial

Dirley da Cunha Jr.
Leonardo de Medeiros Garcia
Fredie Didier Jr.
José Henrique Mouta
José Marcelo Vigliar
Marcos Ehrhardt Júnior

Nestor Távora
Robério Nunes Filho
Roberval Rocha Ferreira Filho
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rogério Sanches Cunha

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

Copyright: Edições JusPODIVM

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



EDITORA
JusPODIVM

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba,
CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050
E-mail: livros@editorajuspodivm.com.br
Site: www.editorajuspodivm.com.br

SUMÁRIO

NOTA DO ORGANIZADOR À OITAVA EDIÇÃO	13
 Capítulo I	
RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO:	
UMA REFORMA DESCABEÇADA E INÓCUA	15
<i>Alexandre Freitas Câmara</i>	
 Capítulo II	
O NOVO PROCEDIMENTO-MODELO (MUSTERVERFAHREN)	
ALEMÃO: UMA ALTERNATIVA ÀS AÇÕES COLETIVAS	27
<i>Antonio do Passo Cabral</i>	
1. Dois modelos de tutela coletiva: as ações de classe representativas e as ações de grupo. O paradigma das demandas-modelo e sua importância teórica e prática.....	27
2. O ordenamento alemão e as necessidades da tutela coletiva.....	32
3. As fases do Procedimento-Modelo tedesco.....	34
3.1. O âmbito de aplicação do <i>Musterverfahren</i> : escopo, objeto e possibilidade de alterações.....	34
3.2. Pedido de coletivização. Registro público do incidente. Decisão de instauração da tratativa coletiva	35
3.3. Trâmite do Procedimento-Modelo. Escolha dos líderes das partes. Suspensão de processos dependentes.....	37
3.4. Participação de interessados: a <i>Beiladung</i>	38
3.5. Efeito vinculante, coisa julgada e eficácia da intervenção: como se dá a vinculação dos ausentes?.....	39
3.6. Recursos. Custo do processo.....	43
4. Os paralelos no direito brasileiro: os incidentes do CPC e o instrumento previsto na Lei 10.259/01	44
5. Conclusão	45
6. Bibliografia	46
 Capítulo III	
SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL	49
<i>Araken de Assis</i>	
1. Considerações preliminares.....	49
1.1. Legitimidade como “condição” da ação	50
1.2. Controle da legitimidade.....	51
1.3. Legitimidade do réu	51
2. Classificação da legitimidade	52
3. Substituição processual.....	55
4. Espécies de substituição processual	60
5. Posição do substituto e do substituído	61
6. Efeitos da substituição processual	62
6.1. Sucumbência do substituto.....	62
6.2. Eficácia de coisa julgada perante o substituto e o substituído	62

7. Conclusão	63
8. Bibliografia	64

Capítulo IV

O MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA LEI N. 12.016, DE 2009

Bernardo Pimentel Souza

1. Conceito e natureza jurídica do mandado de segurança	65
2. Adequação do mandado de segurança	65
3. Mandado de segurança contra decisão judicial	66
4. Ilegalidade ou abuso de poder	69
5. Procedimento especial	71
6. Direito líquido e certo	71
7. Prazo decadencial	72
8. Mandados de segurança repressivo e preventivo	72
9. Legitimidade ativa	72
10. Autoridade coatora	73
11. Legitimidade passiva	74
12. Competência	74
13. Petição inicial	76
14. Decisão interlocutória proferida in limine litis por juiz de primeiro grau	77
15. Ministério Público	77
16. Sentença	78
17. Honorários advocatícios: impossibilidade jurídica	78
18. Coisa julgada em processo de mandado de segurança	79
19. Embargos infringentes e apelação em mandado de segurança	79
20. Pedido de suspensão	80
20.1. Conceito e natureza jurídica	80
20.2. Recorribilidade da decisão monocrática presidencial proferida no incidente de suspensão	83
21. Agravo interno e decisão monocrática denegatória ou concessiva de provimento liminar em ação originária de mandado de segurança	83

Capítulo V

A HERANÇA JACENTE, A HERANÇA VACANTE E A AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA À LUZ DOS CÓDIGOS CIVIL E DE PROCESSO CIVIL VIGENTES

Bernardo Pimentel Souza

1. Herança jacente: conceito	85
2. Herança jacente e herança vacante: diferenças	85
3. Renúncia dos chamados a suceder: vacância, e não jacência	86
4. Iniciativa do juiz	86
5. Capacidade de ser parte e representação por curador	86
6. Procedimento	87
7. Pessoas jurídicas de direito público beneficiadas pela sentença de vacância	88
8. Momento da incorporação dos bens ao domínio público	88
9. Herança jacente e usucapião	89
10. Credores do falecido sem testamento nem herdeiros legítimos	90
11. Petição de herança	90

12. Natureza jurídica da ação de petição de herança: ação real, condenatória e universal	90
13. Cumulação da ação de petição de herança com outras ações: possibilidade	91
14. Ação de petição de herança e ação rescisória: interpretação do inciso III do artigo 1.030 do Código de Processo Civil	91
15. Prescrição da petição de herança	92
16. Legitimidade ativa: herdeiro legítimo ou testamentário	93
17. Legitimidade passiva: possuidor dos bens hereditários	93
18. Efeitos da sentença de procedência da petição de herança	93

Capítulo VI

AINDA E SEMPRE A PENHORA ON-LINE:

CONSTITUCIONALIDADE, PRINCÍPIOS E PROCEDIMENTO

Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo

1. Introdução	95
2. A penhora por meios eletrônicos como alternativa à expedição de ofícios	96
3. Breve histórico: os convênios que criaram o sistema bacenjud, as ADIs, a Lei n. 11.382/2006 e as resoluções do CNJ e dos tribunais	98
4. Constitucionalidade e legalidade da penhora on-line: inexistência de violação à competência legislativa, à intimidade ou ao sigilo bancário	101
5. A penhora on-line não configura “confisco”	104
6. Preferência pela realização da penhora on-line: o fim do mito da ultima ratio	106
7. Ponderação de princípios: utilidade da execução (maior interesse do exequente), efetividade do processo e menor onerosidade	112
8. Objeto da penhora on-line e impenhorabilidade	114
9. Preservação do saldo estritamente essencial à manutenção da subsistência do executado ou da atividade empresarial	120
10. Procedimento de realização da penhora on-line	121
11. Aplicabilidade plena da penhora on-line à execução de título “provisório”	125
12. Hipóteses de cabimento de agravo de instrumento ou de mandado de segurança	127
13. O sistema eletrônico de registro de restrições judiciais de veículos: o <i>renajud</i>	129
14. O sistema eletrônico de busca de imóveis e de registro de sua penhora	130
15. O desenvolvimento de novos sistemas informatizados para o aperfeiçoamento da penhora de qualquer bem sujeito a registro	131
16. Conclusão	132
17. Referências Bibliográficas	133

Capítulo VII

O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Capítulo VIII

O FORMALISMO-VALORATIVO NO CONFRONTO COM O FORMALISMO EXCESSIVO

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Capítulo IX**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS****FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO E NO BRASIL 171***Daniel Sarmento*

1. Introdução.....	171
2. A Negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a doutrina da "state action".....	173
3. A teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada.....	174
4. A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.....	179
5. Teoria dos deveres de proteção e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	200
6. Teorias alternativas.....	202
7. Situando o problema no quadro constitucional brasileiro: considerações preliminares.....	205
8. A Posição da doutrina e da jurisprudência brasileiras.....	208
9. Formas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	208
10. Eficácia horizontal, desigualdade fática e autonomia privada: parâmetros para a ponderação de interesses.....	212
11. Conclusão.....	231

Capítulo X**NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO 234***Eduardo Cambi*

Introdução.....	234
1. Neoconstitucionalismo.....	235
1.1. Aspecto histórico.....	235
1.2. Aspecto filosófico.....	236
1.3. Aspecto teórico.....	237
1.3.1. Força normativa da Constituição.....	237
1.3.2. Expansão da jurisdição constitucional.....	238
1.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.....	245
2. Neoprocessualismo.....	248
2.1. Constituição e Processo.....	248
2.2. Direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo.....	251
2.3. Direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais.....	252
2.4. Instrumentalidade e garantismo.....	260
Conclusão.....	264

Capítulo XI**RÊU REVEL, VÍCIO DE CITAÇÃO E QUERELA****NULLITATIS INSANABILIS 267***Eduardo José da Fonseca Costa*

1. Introdução.....	267
--------------------	-----

2. O termo "processo" e sua indefinição semântica.....	272
3. Processo como "procedimento".....	273
4. Processo como "complexo de situações jurídicas".....	275
5. O processo-procedimento e os vícios da citação.....	278
6. O processo-situação e os vícios da citação.....	280
7. Sentença nula e sentença inexistente.....	292
8. Sentença nula e sentença rescindível.....	284
9. Conclusão.....	286
Bibliografia.....	286

Capítulo XII**O REGIME PROCESSUAL DAS CAUSAS REPETITIVAS 289***Leonardo José Carneiro da Cunha*

1. Demandas individuais, coletivas e repetitivas.....	289
2. O devido processo legal para as demandas repetitivas.....	291
3. Necessidade de assegurar um tratamento específico aos litígios de massa.....	296
4. O Musterverfahren do direito alemão.....	297
5. A agregação de causas do direito português.....	299
6. Regime brasileiro.....	302
6.1. Suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (Lei nº 8.437/1992, art. 4º, § 8º; Lei nº 12.016/2009, art. 15, § 5º).....	302
6.2. Incidente de uniformização de jurisprudência.....	313
6.3. Afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (CPC, art. 551, § 1º).....	314
6.4. Pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais.....	315
6.5. Julgamento imediato de improcedência (CPC, art. 285-A).....	317
6.6. Súmula vinculante.....	310
6.7. Julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (CPC, arts. 543-B e 543-C).....	311
7. Um caso enfrentado pelo STJ: necessidade de solução à luz do regime jurídico das causas repetitivas.....	312
Bibliografia.....	313

Capítulo XIII**A TEORIA CIRCULAR DOS PLANOS (DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL) 315***Hermes Zaneti Jr.*

1. Introdução: Premissas Históricas do Debate.....	315
2. A Relação Direito Material e Direito Processual na Perspectiva da Ação e sua Superação pelo Processo como Discurso Prático do Caso Especial.....	322
2.1. Síntese das Teorias Abstrata-Monista e Dualista da Ação e Apresentação da Teoria Instrumental.....	322
2.2. Crítica da Essencialidade da Ação de Direito Material para Compreensão das Relações entre Direito e Processo.....	323
2.3. Teoria da Circularidade dos Planos: a Prevalência do Processo como Logos Argumentativo sobre a Ação para Explicar as Relações entre Direito e Processo.....	327

3. A Crítica de Pontes de Miranda ao Caráter Instrumental do Direito Processual.....	330
4. A Crítica de Galeno Lacerda ao Processo como Adjetivo e como Direito Formal	333
5. Alternativa de Solução para o Impasse: a Mudança de Perspectiva e a Influência do Moderno Constitucionalismo e da Principiologia na Relação Direito e Processo	321
5.1. Remédios Precedem Direitos: a Precedência das Ações como Direito Cívico (<i>Status Activus Processualis</i>) aos Direitos na Tradição do <i>Common Law</i> e no Período Clássico (<i>Legis Actiones</i> e <i>Per Formulas</i>) do Direito Romano	335
5.2. Os planos do ordenamento jurídico: a orientação unitária, a orientação dualista e a teoria circular dos planos.....	339
5.3. Os Novos Influxos da Teoria do Direito: Principialização do Direito e o “Retorno Material” da Sentença	340
6. Conclusão	344

Capítulo XIV**O NEOPRIVATISMO NO PROCESSO CIVIL** 345*José Carlos Barbosa Moreira***Capítulo XV****AÇÕES DÚPLICES, PEDIDO CONTRAPOSTO E RECONVENÇÃO** 347*Juliana Demarchi*

1. Introdução	347
2. Delimitação dos conceitos	347
2.1. Ações dúplices	347
2.2. Reconvenção	349
2.3. Pedido contraposto	351
3. Natureza do pedido deduzido pelo réu nos procedimentos sumário e sumaríssimo	352
4. Possibilidade de dedução de pedido contraposto por pessoa jurídica ou em face do maior de dezoito anos no âmbito dos Juizados Especiais	353
5. Conclusões	357
6. Bibliografia	357

Capítulo XVI**COGNIÇÃO PROCESSUAL CIVIL: ATIVIDADE DIALÉTICA E COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA NA BUSCA DA VERDADE REAL** 369*Lúcio Grassi de Gouveia*

1. Introdução	369
1.1. Espécies do gênero cooperação dos tribunais com as partes	372
1.2. O dever de esclarecimento	373
1.3. O dever de prevenção	374
1.4. O dever de consultar as partes	375
1.5. O dever de auxiliar as partes	380
2. A violação do dever de cooperação por juízes e tribunais	381
3. Conclusões	381

Capítulo XVII**AS NOVAS SENTENÇAS E OS NOVOS PODERES DO JUIZ PARA A PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA** 385*Luiz Guilherme Marinoni*

1. O esgotamento do conceito de sentença condenatória	385
1.1. Compreensão e função das classificações	385
1.2. O surgimento da sentença mandamental	388
1.3. A eliminação da necessidade de instauração do processo de execução para a realização forçada do direito	391
1.4. Melhor delimitação das sentenças mandamental e executiva em face da sentença condenatória	392
1.5. Sentenças e meios executivos diante dos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC	393
1.6. A resistência em admitir a ligação da multa com a sentença mandamental	394
1.7. Medidas de coerção indireta, de coerção direta e de sub-rogação	397
2. A mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença	399
3. A fase executiva: a possibilidade de o juiz modificar o valor ou a periodicidade da multa, bem como determinar modalidade executiva não prevista na sentença	401

Capítulo XVIII**O QUE É “DEVIDO PROCESSO LEGAL”?** 405*Humberto Ávila*

Introdução	405
1. A instituição de princípios e suas implicações	405
1.1. O dever de realização dos princípios	405
1.2. O dever de proteção da realização dos princípios	408
2. A previsão do “devido processo legal” e seu significado	410
2.1. “Devido processo legal substancial”	410
2.2. “Devido processo legal procedimental”	411
Conclusão	413

Capítulo XIX**DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL** 415*Paulo Henrique dos Santos Lucon*

1. A real dimensão dos princípios constitucionais e sua importância	415
2. Significado do devido processo legal	416
2.1. Premissas	416
2.2. Devido processo legal na sua acepção tradicional: <i>procedural due process</i> – devido processo legal processual	417
2.3. Devido processo legal substancial	417
3. <i>Due process of law</i> : convergência de todos os princípios, garantias e exigências do processo civil	420
4. Projeções do devido processo legal substancial: do abstrato ao concreto	421
4.1. Limitação ao poder legislativo: controle difuso e concentrado de constitucionalidade	421
4.2. Limitação ao poder administrativo: controle dos atos administrativos	422
4.3. Limitação ao poder jurisdicional	423
4.3.1. Motivação das decisões	423
4.3.2. Violação do direito à prova	423
4.3.3. Respeito à competência	423

4.3.4. Relativização da coisa julgada.....	424
4.4. Igualdade substancial	424
4.4.1. Assistência judiciária	424
4.4.2. Inversão do ônus da prova	425
5. Conclusão	426
Bibliografia	428

Capítulo XX

DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO E DIREITO

À ORIGEM GENÉTICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Paulo Luiz Netto Lobo

1. Introdução	431
2. Estados de filiação biológica e não biológica	433
3. Estado de filiação derivado de inseminação artificial heteróloga	433
4. Posse do estado de filiação	434
5. "Adoção à brasileira" e a verdade do registro civil	436
6. Afetividade como direito e dever jurídicos	436
7. Fundamentação constitucional e no Código Civil	438
8. O critério do melhor interesse do filho para solução do conflito entre filiação biológica e não-biológica	438
9. <i>Pater is est</i> – redirecionando da legitimidade para o estado de filiação em geral	440
10. Sobre a imprescritibilidade do exercício da contestação da paternidade e da impugnação do estado de filiação	441
11. Afinal qual é a verdade real da filiação?	443
12. Direito à origem genética como direito da personalidade, sem vínculo com o estado de filiação	444
13. Conclusão	447

Capítulo XXI

SENTENÇAS DECLARATÓRIAS, SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

E EFICÁCIA EXECUTIVA DOS JULGADOS

Teori Albino Zavascki

1. Introdução	449
2. Natureza e conteúdo dos títulos executivos	450
3. Sentenças condenatórias	452
4. Sentenças declaratórias	454
5. Obrigações condicionais e "condenação para o futuro"	456
6. Outros provimentos jurisdicionais não condenatórios que constituem título executivo	458
7. Conclusões	459

NOTA DO ORGANIZADOR À OITAIVA EDIÇÃO

Eis a oitava edição do "Leituras Complementares de Processo Civil", após sete anos do seu lançamento.

O livro se tem transformado em referência na "atualização" do pensamento em matéria de direito processual, sempre trazendo textos que discutem temas novos ou velhos temas sob um enfoque novo. Já foi inclusive citado expressamente em concursos públicos.

Esta edição vem com três textos novos: Bernardo Pimentel, sobre novos aspectos do mandado de segurança, tendo em vista a Lei n. 12.016/2009; Leonardo José Carneiro da Cunha, sobre a necessidade de estruturação de uma dogmática processual própria para o processo e o julgamento das causas repetitivas; Humberto Ávila, uma importante contribuição sobre o devido processo legal.

Espero que o livro continue a cumprir os seus objetivos.

Salvador, Bahia, em janeiro de 2010.

Fredie Didier Jr.

exerce as funções interpretativa, integrativa e bloqueadora relativamente aos atos e normas que o pretendem concretizar. No entanto, considerando que a nossa Constituição prevê, expressamente, vários elementos que poderiam ser dele deduzidos, além daquelas funções, o princípio do devido processo legal, nesse passo na qualidade de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos.

Todas essas considerações, se verdadeiras, conduzem a uma revisão do uso do princípio do “devido processo legal”, de modo a evitar superposições normativas e tautologias que lhe desgastam a normatividade. Como o Direito depende de processos discursivos para sua realização, o uso inconsistente e incoerente da cláusula do “devido processo legal” está longe de ser uma questão de nomenclatura. É uma questão de fundo.

Que se use o “devido processo legal” apenas como princípio procedimental, aprofundando-se o estudo da sua funcionalidade e deixando que os deveres de proporcionalidade e razoabilidade sejam atrelados aos seus verdadeiros fundamentos normativos – os princípios de liberdade e de igualdade. Todos os princípios agradecem, inclusive o próprio princípio do “devido processo legal”, cuja efetiva realização pressupõe sua adequada compreensão.

CAPÍTULO XIX

DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL*

*Paulo Henrique dos Santos Lucon***

SUMÁRIO: 1. A real dimensão dos princípios constitucionais e sua importância – 2. Significado do devido processo legal: 2.1. Premissas; 2.2. Devido processo legal na sua acepção tradicional: procedural due process – devido processo legal processual; 2.3. Devido processo legal substancial – 3. Due process of law: convergência de todos os princípios, garantias e exigências do processo civil – 4. Projeções do devido processo legal substancial: do abstrato ao concreto: 4.1. Limitação ao poder legislativo: controle difuso e concentrado de constitucionalidade; 4.2. Limitação ao poder administrativo: controle dos atos administrativos; 4.3. Limitação ao poder jurisdicional; 4.3.1. Motivação das decisões; 4.3.2. Violação do direito à prova; 4.3.3. Respeito à competência; 4.3.4. Relativização da coisa julgada; 4.4. Igualdade substancial; 4.4.1. Assistência judiciária; 4.4.2. Inversão do ônus da prova – 5. Conclusão – 6. Bibliografia

1. A REAL DIMENSÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA IMPORTÂNCIA

A questão que se coloca hoje é saber como os princípios e as garantias constitucionais do processo civil podem garantir uma efetiva tutela jurisdicional aos direitos substanciais deduzidos diariamente. Ou seja, não mais interessa apenas justificar esses princípios e garantias no campo doutrinário. O importante hoje é a realização dos direitos fundamentais e não o reconhecimento desses ou de outros direitos.

Os princípios têm a função de organizar o sistema jurídico, atuando como elo responsável por demonstrar os resultados escolhidos pela nação, sendo inegável seu caráter prevalentemente axiológico. Daí a razão pela qual os valores atuais de uma nação determinam a real extensão e interpretação dos princípios.

Por outro lado, estão os princípios consubstanciados, de algum modo, em normas, porque se não estiverem assim dispostos não tem qualquer relevância ou importância para o direito.

Como normas, os princípios orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, exercendo uma função criativa na exata medida em que impõem ao legislador a necessidade de criação de novas regras que venham a complementar o sistema ou o microsistema em que estão insertos.

Portanto, os princípios são o ponto de partida ou a regra-mestra para a correta interpretação do sistema jurídico.

* Palestra apresentada na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil, em 8 de agosto de 2001.

** Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogado. Professor Universitário. Tesoureiro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Professor do Curso de Pós Graduação em Processo Civil do Curso JusPODIVM/Faculdades Jorge Amado, em Salvador (BA).

2. SIGNIFICADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1. Premissas

É grande a dificuldade em conceituar o devido processo legal e estabelecer sua real extensão e aplicação. Por isso, é uma expressão um tanto vaga e muito difícil de determinar.

Na experiência jurisprudencial norte-americana verifica-se que não há interesse de se estabelecer uma definição precisa ao devido processo legal; percebe-se que hoje, o importante não é delimitá-lo com uma precisão cartesiana (que não é própria da ciência jurídica, muito menos do direito positivo), mas é saber que o devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos.

Sobre as dificuldades de definir a cláusula do devido processo legal e traçar-lhe contornos é conhecida a manifestação do Juiz Frankfurter da Suprema Corte Norte Americana, onde se lê essa passagem: “*due process* não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... *due process* é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. *Due process* não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo”.¹

Como todo e qualquer princípio, a experiência acerca da aplicação da cláusula do devido processo legal demonstra a sua sujeição às variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar.² Gradativamente, nessa experiência, tal cláusula passa a assegurar igualdade de tratamento frente a qualquer autoridade.³ Por isso, a garantia do tratamento paritário das partes no processo ou da *paridade de armas* diz respeito à igualdade substancial e ao devido processo legal substancial.⁴

Em termos gerais, a garantia do devido processo legal diz respeito aos princípios da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição, que são inerentes à democracia moderna.⁵

1. Voto no caso *Anti-Facist Committee v. Mc Grath*, 341 US 123, 95 L. Ed. 817 (1951), *apud* DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio, *Direito constitucional tributário e due process of law*, n. 12, p. 33. V. também Felix Frankfurter, in *O Governo da Lei*, pp. 68-75 e Carlos Roberto Siqueira Castro, in *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 56.
2. Nessa linha, Ada Pellegrini Grinover observa que “justiça, irrepreensibilidade, ‘due process of law’ são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país” (*As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 34).
3. V. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 58; José Alfredo Baracho, in *Processo e Constituição: o devido processo legal*, p. 90.
4. V. Tucci e Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e Processo*, n. 4, p. 16. Sobre a expressão *paridade de armas*, *cf.* Tarzia *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, pp. 353 e ss..
5. Como bem observado por Lúcia Valle Figueiredo, “o princípio da legalidade está, pois, atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial e não apenas formal. Em sua faceta substancial – igualdade substancial – não basta que todos os administrados sejam tratados da mesma forma. Na verdade, deve-se buscar a meta da igualdade na própria lei, no ordenamento jurídico e em seus princípios” (*O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*, n. 2.1, p. 93).

2.2. Devido processo legal na sua acepção tradicional: *procedural due process* – devido processo legal processual

Tradicionalmente não havia e não há dúvida acerca do nítido caráter processual da cláusula do devido processo legal. Aliás, traduzida a partir de seus elementos mais simples essa garantia se resumia a um processo ordenado (*orderly proceeding*).⁶

Foi assim que essa garantia vigorou na antiga Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e mais tarde ingressou nas Cartas coloniais da América do Norte e depois, finalmente, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos. “Os primeiros julgados da Suprema Corte americana, que deram aplicação ao preceito do devido processo legal, fizeram-no, portanto, sob um enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse, as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo. Essa vertente de entendimento sufragava a tese de que a 14ª. Emenda buscava estender a todas as pessoas nascidas nos Estados Unidos, independentemente de cor ou origem, os direitos e imunidades (*privileges and immunities*) concernentes à condição de cidadão, dentre eles a plenitude da capacidade civil e a investidura para requerer em Juízo, além, é claro, do direito a um processo regular e justo (*orderly proceeding*)”.⁷

No Brasil, no campo específico do direito processual, a regra do inc. LIV, do art. 5º, da Constituição Federal tem o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei.⁸

2.3. Devido processo legal substancial

Em termos substanciais, a doutrina brasileira é também contrária a confinamentos conceitos do devido processo legal. Nesse sentido, confira-se, a propósito, as palavras do tributarista Antonio Roberto Sampaio Dória: “o conteúdo substantivo de *due process* é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais”.⁹

6. *Cfr.* Antonio Roberto Sampaio Dória, *Direito constitucional tributário e due process of law*, n. 5, pp. 12-14.
7. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, n. 3, p. 49.
8. V., entre outros, sobre o devido processo legal em seu aspecto formal, Reis Friede, *A garantia constitucional do devido processo legal*, pp. 71-77; Hoyos, *La garantía constitucional del debido proceso legal*, n. 1, pp. 43-45; Theodoro Júnior, *Princípios gerais do direito processual civil*, p. 179; WAMBIER, *Anotações sobre o devido processo legal*, esp. n. 1, p. 33. Calmon de Passos observa que para a efetivação do devido processo legal, três condições devem estar presentes:
 - a) um juiz imparcial e independente;
 - b) acesso ao Judiciário;
 - c) contraditório (in *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, p. 86).
 Como se verá, essas três condições têm um vínculo não apenas com os aspectos formais da cláusula do devido processo legal, mas também com seus aspectos substanciais, já que fundadas em garantias fundamentais do indivíduo.
9. *Direito constitucional tributário e due process of law*, n. 12, esp. p. 33.

A noção de devido processo legal substancial originou-se a partir de um caso concreto submetido à apreciação da Suprema Corte norte-americana no fim do século XVIII no qual foi examinada a questão dos limites do poder governamental.¹⁰

Modernamente concebe-se o devido processo legal substancial como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal,¹¹ de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem as grandes colunas ou os *landmarks* do regime democrático. Significa “proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira”.¹²

Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.¹³ Aliás a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados”.¹⁴

A razoabilidade, que em direito civil é representada pelos valores do homem médio, está ligada à congruência lógica entre as situações concretas e as decisões administrativas e judiciais, ou seja, deve haver uma relação de adequação entre o fato e a atuação concreta da Administração e dos órgãos jurisdicionais (daí estar a razoabilidade ao lado da proporcionalidade); a razoabilidade atrela-se às necessidades da coletividade, à legitimidade, à legalidade, à economicidade. Aliás, toda a produção do Direito deve estar fundada na *noção do razoável* (*logos do razonable* – Luis Recaséns Siches),¹⁵ que tem uma inegável dimensão axiológica fixada pelas circunstâncias do espaço e do tempo.

As noções de proporcionalidade e razoabilidade sempre caminharam juntas. Para quem as diferencia, a proporcionalidade diz respeito a *uma comparação entre duas variáveis*:

10. Cfr. Nelson Nery Jr. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, n. 6, p. 38), com arrimo em Lockhart, Kamisar, Choper e Shiffrin (*The American Constitution*, pp. 246 e ss.), relata o caso *Calder v. Bull*, de 1798, que constitui o marco inicial da doutrina do *judicial review*, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que os atos normativos, sejam eles legislativos ou administrativos, que violem direitos fundamentais, ofendem o devido processo legal e estão sujeitos à declaração de nulidade pelo Poder Judiciário. V. também, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, n. 3, p. 51.

11. Hoyos, *La garantía constitucional del debido proceso legal*, p. 45.

12. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, n. 94.

13. Cfr. Tucci e CRUZ e TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, p. 15; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, pp. 209-15, esp. p. 210. A autora utiliza o termo razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, citando decisões do Supremo Tribunal Federal que foi utilizado o devido processo legal substancial como meio de controle de constitucionalidade (*op. cit.*, p. 125 e ss.).

14. Raquel Denise Stumm, *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*, p. 173.

15. V. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, pp. 535-536.

meio e fim; já a razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas *representa um padrão de avaliação geral*.¹⁶

Já o adjetivo “devido” refere-se à adequação de todos os atos de poder, sejam eles legislativos, jurisdicionais ou administrativos, com as expectativas mínimas do Estado Democrático de Direito.¹⁷

A cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, nada mais que é um “mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes”.¹⁸ Por isso constitui um instrumento típico do Estado democrático de direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação.

Por esse novo prisma a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder a tutela jurisdicional adequada que satisfaça os órgãos jurisdicionais e, mais ainda, a própria sociedade. Essa representa a convergência de todos os demais princípios e garantias, atingindo não só os atos dos órgãos jurisdicionais, mas também os atos legislativos e da administração; refere-se, portanto, ao controle da razoabilidade dos atos estatais. Não é por outra razão que constitui um “amalgama entre o princípio da ‘legalidade’ (*rule of law*) e o da ‘razoabilidade’ (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais”.¹⁹

Daí a concepção extremamente vaga do devido processo legal substancial, que desde o início veda a violação a direitos relativos à vida, liberdade e propriedade. Nas palavras do já citado tributarista Antonio Roberto Sampaio Dória, ao traçar o perfil evolutivo do conceito substantivo do *due process of law* na experiência norte-americana, “a cláusula em apreço vinha a talhe de foice para se constituir em instrumento hábil a amparar a expansão das limitações constitucionais ao exercício do poder legislativo federal e estadual”.²⁰

A partir desse conjunto reiterado de decisões emanadas pela Justiça norte-americana, construiu-se o axioma segundo o qual “uma lei não pode ser considerada uma *law of the*

16. Maria Rosynete Oliveira Lima, *Devido processo legal*, p. 280-287, esp. p. 282, com arrimo em Nicholas Emiliou, *The principle of proportionality in european law*, p. 39.

17. Cfr. San Tiago Dantas, *Igualdade perante a Lei e due process of law – Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo*, p. 362. V. ainda, em sentido semelhante e no âmbito específico do direito administrativo, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. in *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*, n. 10.1, p. 102; MOREIRA, Egon Bockman. in *Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, p. 216.

18. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, n. 3, p. 50.

19. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, n. 3, p. 77.

20. *Direito constitucional tributário e due process of law*, n. 11, p. 30.

land, ou consentânea com o *due process of law*, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária”.²¹

Historicamente, o devido processo legal substancial está, como destacado, ligado ao controle dos atos emanados pelo legislativo. Não obstante o controle seja sempre feito pelos órgãos jurisdicionais, o devido processo legal substancial, na sua configuração moderna, está tão ligado com a razoabilidade não só dos atos normativos, mas também daqueles administrativos e judiciários.²² Como enfatizado por Calmon de Passos, o devido processo legal substancial “carece de significação, se o Estado não reconhece ao indivíduo direitos que a ele mesmo, Estado, sejam oponíveis, funcionando como limites ao seu arbítrio de detentor dos instrumentos de coerção social”.²³

O devido processo legal processual e substancial representa, por todo o exposto, o núcleo central não da relativização (Kazuo Watanabe), mas da **integração do binômio direito e processo** e procura dar o máximo de eficácia às normas constitucionais para a efetivação do controle dos atos de poder e da igualdade substancial das partes no processo.

3. DUE PROCESS OF LAW: CONVERGÊNCIA DE TODOS OS PRINCÍPIOS, GARANTIAS E EXIGÊNCIAS DO PROCESSO CIVIL

A observância dos preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal e na lei significa respeitar o devido processo legal.

Isso significa que oferecer decisões motivadas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, é respeitar o devido processo legal. Há portanto, uma superposição do devido processo legal sobre os demais princípios, garantias e regras constantes no ordenamento jurídico.

A idéia de núcleo central é inerente ao princípio constitucional do devido processo legal, que tem projeções no âmbito processual e substancial.

O art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é verdadeiramente uma norma de encerramento, que tem a importância de prestigiar a legalidade e controlar aquilo que aparenta ser portador de ilegalidade.

No sistema norte americano são exemplos de incidência do devido processo legal substancial:

“a) a liberdade de contratar, consubstanciada na ‘cláusula de contrato’, afirmada no caso *Fletcher v. Peck* (1810) em voto de Marshall;

21. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 57.

22. V. ALVIM, Eduardo Arruda. *Devido processo legal – enfoque tributário do princípio*, esp. n. 5, pp. 77-78; MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, p. 214.

23. *Advocacia – O direito de recorrer à Justiça*, p. 38.

b) a garantia do direito adquirido (*vested rights doctrine*);

c) a proibição de retroatividade da lei penal;

d) a garantia do comércio exterior e interestadual (*commerce clause*), fiscalizados e regrados exclusivamente pela União (art. 22, n. VIII, CF; art. 1º, Seção 8ª, n. III, da Constituição norte-americana);

e) os princípios tributários da anualidade, da legalidade, da incidência única (*non bis in idem*) etc.;

f) proibição de preconceito racial;

g) garantia dos direitos fundamentais do cidadão”.²⁴

No sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que o devido processo legal substancial está fundado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mas principalmente em duas vertentes que serão postas em destaque no item a seguir. São elas:

a) o controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais;

b) a garantia da igualdade substancial das partes no processo.

Isso porque “a legítima limitação ao poder, mediante o *due process of law*, visa a impedir que a desigualdade impere no processo, tornando-o justo na exata medida em que assegure às partes participação paritária e proporcione o resultado esperado pela sociedade”.²⁵

4. PROJEÇÕES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL: DO ABSTRATO AO CONCRETO

4.1. Limitação ao poder legislativo: controle difuso e concentrado de constitucionalidade

O devido processo legal substancial diz respeito à possibilidade de “questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo”.²⁶

Na medida em que o devido processo legal substancial erigiu-se como uma forma legítima de limitação do mérito das normas jurídicas, o cumprimento dessa garantia também se realiza mediante o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das normas.

24. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios constitucionais do processo civil na Constituição Federal*, n. 6, pp. 38-39, com apoio nos exemplos de Nowak, Rotunda e Young, in *Constitutional law*, p. 484.

25. LUCON. *Garantia do tratamento paritário das partes*, n. 4, pp. 101-102.

26. CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 48.

Aliás, o escopo de afastar leis inconciliáveis com os princípios de Direito é uma tendência do direito público moderno, plenamente atingida no sistema norte-americano pelo controle do Judiciário de constitucionalidade das leis e pelo seu exame a partir da cláusula do *due process of law*.²⁷

No sistema brasileiro, como é sabido, o controle concentrado de constitucionalidade se realiza por meio da ação direta de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade.

Já o controle difuso é feito por todos órgãos jurisdicionais quando, *incidenter tantum*, afasta-se a aplicação de regra que viole os princípios e as garantias constitucionalmente erigidas. Assim, por exemplo, quando o julgador afasta o art. 38 da lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que disciplina a cobrança judicial ativa da Fazenda Pública, está permitindo o acesso à ordem jurídica justa e observando o devido processo legal substancial. Esse dispositivo impõe o depósito preliminar como condição essencial à propositura de demanda e discussão de débito fiscal, havendo farta jurisprudência considerando-o inconstitucional por meio do controle incidente de constitucionalidade.

Toda lei que não seja razoável viola a noção de justo enquanto “lei da terra” e está infringindo o devido processo legal substancial. Por isso, sua aplicação deve ser afastada por meio do controle exercido pelos órgãos jurisdicionais.²⁸

4.2. Limitação ao poder administrativo: controle dos atos administrativos

Mas esse controle não se restringe apenas a normas infraconstitucionais: o princípio amplo e vago do *due process of law*, pelo seu aspecto substancial, estará violado quando decisão administrativa violar as bases do Estado liberal democrático. Como decorrência natural, haverá violação da norma constitucional que tutela tal princípio.

É importante destacar nesse contexto a ampliação da garantia do controle jurisdicional no que concerne aos limites da censurabilidade dos atos administrativos por parte dos órgãos jurisdicionais. Embora a cláusula do devido processo legal e a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional estejam há tempos no direito constitucional brasileiro, os juízes vêm colocando um *ponto final* nessa divisão até então intocável entre os *aspectos legais do ato administrativo* – que podem ser examinados pelo Poder Judiciário (Súmula 473 STF)²⁹ – e o *mérito do ato* – que a previsão constitucional da separação dos Poderes do Estado não autoriza esse exame. A tendência é clara de fazer com que os órgãos jurisdicionais cheguem bem próximos ao mérito do ato administrativo (p.ex., nova análise de

toda a prova produzida no processo administrativo), ampliando sensivelmente a sua órbita de controle. Isso significa, em síntese, reduzir os conflitos até então não submetidos à análise dos órgãos jurisdicionais, ampliando sua atuação.³⁰

4.3. Limitação ao poder jurisdicional

4.3.1. Motivação das decisões

Nessa mesmíssima linha, a exigência da motivação das decisões judiciais significa, em síntese, a possibilidade de controle dos atos jurisdicionais pelos próprios órgãos do Poder Jurisdicional. Por ser uma forma de controle de ato estatal que se afigura ilegítimo, constitui projeção do devido processo legal substancial.

A exigência da motivação das decisões, constante do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, e do art. 131 do Código de Processo Civil, não constitui um princípio, porque não tem o caráter de regra-mestra, de início ou ponto de partida.

Essa exigência tem relevância na medida em que estabelece o perfil político-democrático do processo. Por isso, constitui uma projeção do *due process of law*, este sim um verdadeiro princípio.

4.3.2. Violação do direito à prova

As sentenças proferidas contrariamente a quem tenha regularmente requerido provas violam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, que são projeções do devido processo legal, também nesse caso violado.

O devido processo legal substancial impõe ao julgador que seja oferecida igualdade de oportunidades processuais. Essa igualdade, no campo do direito à prova, revela-se na efetiva possibilidade de participação aos litigantes e significa, para o julgador, o dever de fazer observar a garantia do contraditório na exata medida em que autoriza às partes a encartar aos autos todos os elementos de que dispõe para atuar sobre seu convencimento.

4.3.3. Respeito à competência

Uma das projeções do devido processo legal que impõe limitações inerentes ao Estado-de-direito diz respeito à impossibilidade de o juiz desrespeitar a competência constitucional ou legal de outros juízes. Ainda que a lei autorize um avanço sobre a competência de outro juiz, é também preciso verificar se outras garantias constitucionalmente eleitas não estão sendo desrespeitadas.

Assim, por exemplo, para que seja respeitada a igualdade entre as partes, afasta-se a cláusula de eleição de foro, quando esta violar o acesso à justiça, tutelado pelo art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

27. Nesse sentido, DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a Lei e due process of law – Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo*, p. 362.

28. V. OLIVEIRA, Cybele. *Devido processo legal*, p. 187.

29. Súmula 473: “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial”.

30. V. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, n. 95.

Para o devido processo legal substancial, torna-se imperativo afastar a aplicação do art. 111 do Código de Processo Civil, impondo o respeito a uma garantia, hierarquicamente superior, que tutela o acesso à justiça e a igualdade substancial entre as partes litigantes.

4.3.4. Relativização da coisa julgada

Afastar a coisa julgada fraudulenta, símbolo da denegação de justiça é aplicar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Esses dois princípios são decorrência do devido processo legal substancial, que permite a todo o tempo o controle de atos estatais arbitrários.

A lei processual, ao autorizar o magistrado corrigir a qualquer tempo erros materiais (CPC, art. 463), está baseada na cláusula do devido processo legal substancial. Acima da garantia constitucional da coisa julgada está essa cláusula, que garante o efetivo direito à jurisdição por meio de um processo e julgamento idôneo, adequado e razoável por uma autoridade imparcial e independente.

4.4. Igualdade substancial

4.4.1. Assistência judiciária

Ao observar a igualdade das partes no processo, caberá ao juiz compensar de modo adequado desigualdades econômicas e culturais de modo a permitir a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses em juízo. “Tal é a igualdade real e proporcional, isto é, o tratamento desigual deve ser dispensado aos substancialmente desiguais na exata medida da desigualdade”.³¹

Não obstante esteja constitucionalmente prevista a assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5º, inc. LXXIV), ela está muito longe de ser atingida. A assistência jurídica integral exige um sistema de seguridade social, apto a auxiliar o jurisdicionado preventivamente e em juízo.

A Lei de Assistência Judiciária (lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950) não foi e continua não sendo apta a solucionar óbices ilegítimos ao acesso à justiça.

Problemas como custo do processo quando há a necessidade de o beneficiário demonstrar suas alegações por meio de prova pericial demonstram que muito necessita ser feito.³²

Ainda sobre o custo do processo, o diferimento do pagamento de custas processuais, como as custas iniciais e o preparo, é bom meio eficaz para preservar a isonomia entre as partes litigantes.

31. LUCON. *Garantia do tratamento paritário das partes*, n. 8, p. 111.

32. Felizmente, a jurisprudência, em importantes precedentes, tem se mostrado sensível a tais problemas ao entender que a assistência judiciária abrange também os honorários do perito. *Cf.* STJ, RT 688/198; RSTJ 57/275. Em sentido contrário: RJTJERGS 167/270. V. Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*; nota 7b ao art. 3º da lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, p. 815.

Medida que também se afigura justa e permite o acesso à justiça é a dispensa, aos beneficiários da assistência judiciária, de efetuar o depósito prévio no valor de cinco por cento do valor da causa para a propositura de ação rescisória (CPC, art. 488, par. ún.).

Outro ponto importante é a isenção do pagamento de custas e das verbas de sucumbência ao autor da ação popular (art. 5º, inc. LXXIII) e a gratuidade das ações de *habeas corpus* e de *habeas data* (art. 5º, inc. LXXVII).

Grande avanço foi a lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os juizados especiais, destinados a resolver causas cíveis de menor complexidade e causas penais de menor potencial ofensivo. No entanto, em muitos estados falta a estruturação adequada dos juizados.

4.4.2. Inversão do ônus da prova

A denominada *inversão do ônus da prova*, na realidade, nada inverte. Etimologicamente, inverter vem do latim *invertere* e significa *mudar a ordem de, dispor de maneira contrária ao normal*.³³ Portanto, quando se fala de *inversão do ônus da prova* quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a *dispensa* da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse,³⁴ de fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram ou, admitindo-os, que não produziram as consequências afirmadas da petição inicial (*defesa direta*) ou, ainda, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da *causa petendi* descrita na petição inicial (*defesa indireta*).

A *inversão* do ônus da prova está presente no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo. Apesar da regra rígida contida no art. 333 do Código de Processo Civil, pelo parágrafo único desse dispositivo, é possível a *inversão* convencional do ônus de provar quando a questão versar sobre direito disponível e não dificultar excessivamente o exercício do direito de defesa.

O Código de Defesa do Consumidor representou um grande avanço a partir do momento em que disciplinou a *inversão* do ônus da prova por decisão judicial. Enquanto no sistema do Código de Processo Civil admite-se a *inversão convencional*, com as ressalvas contidas nos dois incisos do parágrafo único do art. 333, no sistema do Código de Defesa do Consumidor permite-se a *inversão judicial do ônus da prova* (CDC, art. 6º, inc. VIII). Essa nova situação jurídica processual tem estreita relação com o direito material, na medida em que a finalidade específica da norma é por fim

33. Bueno, *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa*, p. 1.978.

34. Muito atual ainda é o ensinamento de Goldschmidt, segundo o qual o ônus, considerado como imperativo do próprio interesse, tem estreita relação com a *possibilidade processual*, pois toda possibilidade impõe à parte o ônus de ser diligente (*Derecho procesal civil*, § 2º, n. 3, p. 8, e ainda, § 35, n. 3, p. 203).

à *vulnerabilidade* das alegações do consumidor no tocante à demonstração dos fatos constitutivos de seu direito.³⁵ Mas essa *inversão* não é incondicionada pois, para que ela ocorra, os fatos devem ser verossímeis. Ao examinar a verossimilhança dos fatos deduzidos pelo consumidor em juízo, deve o julgador “*imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor*”.³⁶ Isso significa condicionar a *inversão* à *verossimilhança das alegações*, que deve ser aferida segundo as regras ordinárias de experiência subministradas pela observação do que comumente acontece e ainda as regras de experiência técnica. A *inversão judicial* do Código de Defesa do Consumidor está condicionada à *verossimilhança* a fim de evitar uma absurda e impossível *onerosidade* ao produtor de bens ou serviços. Sem incluir tal condicionamento, o dispositivo seria inconstitucional, pois violaria de tal forma a paridade substancial das partes no processo e a ampla defesa que impediria o acesso à *ordem jurídica justa* (CF, art. 5º, caput, incs. XXXV e LIV). Estaria também prestigiada a *probatio diabolica* e ignorada a *possibilidade*, da qual falou Goldshmidt, já que de nada adiantaria a parte ser diligente em torno de um fato impossível.³⁷

No Código de Defesa do Consumidor, o art. 6º, inc. VIII, tem por fim aprimorar os mecanismos internos do processo e preservar o tratamento paritário das partes, uma vez que não havendo posições isonômicas dos sujeitos parciais do processo admite-se a *inversão judicial do ônus da prova*,³⁸ condicionada sempre à *verossimilhança das alegações aduzidas pelo consumidor em juízo*. Com isso, evitam-se desigualdades e preserva-se a igualdade substancial das partes no processo.

5. CONCLUSÃO

As garantias constitucionais não precisam ser reafirmadas pela cláusula genérica do devido processo legal. No entanto, não resta dúvida de que essa cláusula realça e organiza o traço democrático de como essas garantias e as demais exigências constantes do ordenamento jurídico devem ser aplicadas. É, portanto, a matriz constitucional de garantias superiores voltadas a tutelar os direitos e porque não dizer, as pessoas.

Pode-se afirmar que a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo. Aliás, essa salutar atipicidade vem também corroborada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística, de acordo com o método de “inclusão” e “exclusão” característico

35. MATOS. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, p. 196.

36. DINAMARCO. *A Reforma do Código de Processo Civil*, n. 106, p. 145.

37. *Derecho procesal civil*, § 35, n. 3, p. 203.

38. Cfr. ALVIM, Arruda. *Código do Consumidor comentado*, cit., esp. p. 71, em comentário ao art. 6º.

do *case system* norte-americano cuja projeção já se vê na experiência jurisprudencial pátria.³⁹ Significa verificar *in concreto* se determinado ato normativo ou decisão administrativa ou judicial está em consonância com o devido processo legal.

O modelo internacionalmente aceito do processo justo e equo está presente no sistema jurídico brasileiro e funda-se na cláusula geral do devido processo legal.⁴⁰ Por processo justo e equo deve-se entender aquele processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva.⁴¹

Como afirmado por Dinamarco, “direito ao processo justo é, em primeiro lugar, o direito ao processo *tout court* – assegurado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional que a Constituição impõe mediante a chamada garantia da ação. Sem ingresso em juízo não se tem a efetividade de um processo qualquer e muito menos de um processo justo. Garantido o ingresso em juízo e até mesmo a obtenção de um provimento final de mérito, é indispensável que o processo se haja feito com aquelas garantias mínimas:

a) de meios, pela observância dos princípios e garantias estabelecidas;

b) de resultados, mediante a oferta de julgamentos justos, ou seja, portadores de tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão.

Os meios, sendo adequadamente empregados, constituem o melhor caminho para chegar a bons resultados. E, como afinal o que importa são os resultados justos do processo (processo civil de resultados), não basta que o juiz empregue meios adequados se ele vier a decidir mal; nem se admite que se aventure a decidir a causa segundo seus próprios critérios de justiça, sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Segundo a experiência multisecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos. Eis o conceito e conteúdo substancial da cláusula *due process of law*, amorfa e enigmática, que mais se colhe pelos sentimentos e intuição do que pelos métodos puramente racionais da inteligência”.⁴²

Respeitar as garantias mínimas de *meios* e de *resultados* significa efetivar o devido processo legal substancial e ao mesmo tempo fazer cumprir o objetivo central de todo o processo civil, que é justamente o *acesso à ordem jurídica justa*.⁴³ Eis o princípio-síntese

39. Cfr. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, pp. 55-56.

40. V., a propósito, COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*, n. 10, p. 148.

41. Cfr. COMOGLIO. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)*, n. 3, pp. 104-110; Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali*, pp. 381 e ss.

42. DINAMARCO. *Instituições de direito processual*, n. 94.

43. A expressão “*ordem jurídica justa*” é atribuída ao processualista Kazuo Watanabe (cfr. *Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas*, p. 161 e ss.). Para Dinamarco, o “acesso à ordem jurídica justa” significa a “abertura de caminhos para obter soluções justas para conflitos e eliminação de estados de insatisfação – justas porque conformes com os padrões éticos e sociais da nação” (Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, p. 251).

a ser atingido mediante o devido processo legal; com ele atinge-se o processo justo, que é aquele portador de tutela jurisdicional a quem efetivamente tem razão – *meios justos, resultados justos*.⁴⁴

Em relação ao devido processo legal substancial e o acesso à ordem jurídica justa, há uma verdadeira identidade, já que, de um lado, representa verdadeira justiça substancial,⁴⁵ de outro, constitui arrimo das liberdades e dos direitos fundamentais e projeta-se no processo como um sistema legítimo de limitações ao poder do juiz e, por consequência, de limites ao exercício da jurisdição na correta aplicação do direito dotado de indispensável razoabilidade (*fair and reasonable*). Em síntese, a essência do devido processo legal substancial é a proteção a toda e qualquer ação arbitrária e não razoável.⁴⁶

6. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Eduardo Arruda. “Devido processo legal judicial – enfoque tributário do princípio”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 36.

ALVIM, José Manuel Arruda. *et alli. Código do Consumidor comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

BARACHO, José Alfredo. *Processo e Constituição: o devido processo legal*, Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6ª ed., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*, São Paulo, Saraiva, 1981.

_____. “Advocacia – O direito de recorrer à Justiça”, in *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, 1978.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989.

44. V. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, n. 95.

45. Vaughn v. State, 3 Tenn. Crim. App. 54, 456 S.W.2d 879, 883, in *Black's Law Dictionary*, p. 501.

46. Jeffries v. Turkey Run Consolidated School Dist., C.A. Ind., 492 F.2d 1, 3, in *Black's Law Dictionary*, p. 1429. Como observado por Celso Mello, a cláusula do devido processo legal “destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e colocá-la sob a imediata proteção da lei” (*Constituição Federal anotada*, p. 341).

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, in *Revista de Processo*, v. 90, São Paulo, Revista dos Tribunais.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1988.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. “Igualdade perante a Lei e *due process of law* – Contribuição ao estudo da limitação do Poder Legislativo”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, abril de 1948.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2001, no prelo.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa”, in *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1991.

EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*, London, Klumer Law International, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, out./dez. 1996.

FRANKFURTER, Felix. “O Governo da Lei”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, v. 169. Republicado no vol. 199.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, Madri, Labor, 1.936, trad. da 2ª ed. alemã por Leonardo Prieto Castro.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

HOYOS, Arturo. “La garantía constitucional del debido proceso legal”, in *Revista de Processo*, vol. 47.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Garantia do tratamento paritário das partes”, in *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

LOCKHART, William B., KAMISAR, Yale, CHOPER, Jesse H. e SHIFFRIN, Steven H., *The american Constitution*, 6ª ed., Saint Paul, 1986.

- MATOS, Cecília. *O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.
- MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Processo administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, São Paulo, Malheiros, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- NOWAK, John E., ROTUNDA, Ronald D. e YOUNG J., Nelson. *Constitutional law*, 3ª ed., Saint Paul, 1986.
- OLIVEIRA, Cybele. “Devido processo legal”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 32.
- REIS FRIEDE, R.. “A garantia constitucional do devido processo legal”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 716, São Paulo, Revista dos Tribunais, junho de 1995.
- SAMPAIO DÓRIA, Antonio Roberto. *Direito constitucional tributário e due process of law*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, Dianoia, 1971.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- TARZIA, Giuseppe. “Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile”, in *Studi parmensi*, 1977.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Princípios gerais do direito processual civil”, in *Revista de Processo*, vol. 3.
- TROCKER, Nicolò. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, junho 2001.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e Processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Anotações sobre o princípio do devido processo legal”, in *RT 646*, São Paulo, Revista dos Tribunais, agosto de 1989.
- WATANABE, Kazuo. “Assistência Judiciária e o Juizado Especial de Pequenas Causas”, in *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

CAPÍTULO XX

DIREITO AO ESTADO DE FILIAÇÃO E DIREITO À ORIGEM GENÉTICA: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA¹

Paulo Luiz Netto Lobo*

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estados de filiação biológica e não biológica – 3. Estado de filiação derivado de inseminação artificial heteróloga – 4. Posse do estado de filiação – 5. “Adoção à brasileira” e a verdade do registro civil – 6. Afetividade como direito e dever jurídicos – 7. Fundamentação constitucional e no Código Civil – 8. O critério do melhor interesse do filho para solução do conflito entre filiação biológica e não-biológica – 9. *Pater is est* – redirecionando da legitimidade para o estado de filiação em geral – 10. Sobre a imprescritibilidade do exercício da contestação da paternidade e da impugnação do estado de filiação – 11. Afinal qual é a verdade real da filiação? – 12. Direito à origem genética como direito da personalidade, sem vínculo com o estado de filiação – 13. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Na tradição do direito de família brasileiro, o conflito entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva sempre se resolveu em benefício da primeira. Em verdade, apenas recentemente a segunda passou a ser cogitada seriamente pelos juristas, como categoria própria, merecedora de construção adequada. Em outras áreas do conhecimento, que têm a família como objeto de investigação, a exemplo da sociologia, da psicanálise, da antropologia, a relação entre pais e filhos fundada na afetividade sempre foi determinante para sua identificação.

No direito, a verdade biológica converteu-se na “verdade real” da filiação em decorrência de fatores históricos, religiosos e ideológicos que estiveram no cerne da concepção hegemônica da família patriarcal e matrimonializada e da delimitação estabelecida pelo requisito da legitimidade. Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos. Ao longo do século XX, a legislação brasileira, acompanhando uma linha de tendência ocidental, operou a ampliação dos círculos de inclusão dos filhos ilegítimos, com redução de seu intrínseco *quantum* despótico, comprimindo o discrimine até ao seu desaparecimento, com a Constituição de 1988. Com efeito, se todos os filhos são dotados de iguais direitos e deveres, não mais importando sua origem, perdeu qualquer sentido o conceito de legitimidade nas relações de família, que consistiu no requisito fundamental da maioria dos institutos do direito de família. Por consequência, relativizou-se o papel fundador da origem biológica.

* Doutor em Direito Civil (USP). Professor na UFAL e na UFPE (Pós-graduação). Diretor Regional (Nordeste) do IBDFAM.

1. Conferência proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em Belo Horizonte, no dia 25.09.2003.