

# Devido Processo Legal Substantivo e o Combate à Jurisprudência Defensiva

*Substantive Due Process of Law and the Fight against Defensive Jurisprudence*

**Rogéria Fagundes Dotti<sup>1</sup>**

Received: 30.10.2023

Accepted: 04.11.2023

Vol. 1, 2024, p. 590-606

ISBN: 978-65-00-97652-6

**Sumário:** 1. Uma justa homenagem; 2. Introdução; 3. O princípio do *due process of law*; 4. Devido processo legal substantivo; 5. Neutralidade, imparcialidade e ativismo judicial; 6. O formalismo excessivo e a jurisprudência defensiva; 7. Princípio da cooperação *versus* jurisprudência defensiva; 8. Conclusões; 9. Referências.

**Resumo:** O texto aborda os princípios e as garantias constitucionais aplicáveis ao direito processual civil, destacando o devido processo legal em sua visão substantiva e não meramente formal. Critica a chamada jurisprudência defensiva, demonstrando como os princípios da cooperação e da boa-fé exigem do Poder Judiciário uma postura voltada à análise do mérito das demandas.

**Palavras-chave:** princípios; garantias constitucionais; devido processo legal substantivo; cooperação; boa-fé; jurisprudência defensiva.

**Abstract:** The text addresses the principles and constitutional guarantees applicable to civil procedural law, highlighting due process of law in its substantive and not merely formal view. It criticizes the so-called defensive jurisprudence, demonstrating how the principles of cooperation and good

<sup>1</sup> Doutora e Mestre pela Universidade Federal do Paraná, Secretária-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OABPR, membro da International Association of Procedural Law – IAPL, membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Advogada. E-mail: rogeria@dotti.adv.br

faith require the Judiciary to adopt a stance focused on analyzing the merits of demands.

**Key words:** principles; constitutional guarantees; substantive due process of law; cooperation; good-faith; defensive jurisprudence.

## 1. Uma justa homenagem

Com muita alegria recebi o convite de André Luis de Lima Maia para a elaboração de um artigo nessa coletânea, a qual presta justa homenagem ao Procurador de Justiça Cândido Furtado Maia Neto. Posso dizer que a afinidade profissional e o interesse científico uniram nossas famílias há muitos anos.

O professor Cândido foi amigo próximo de meu pai, René Ariel Dotti, não apenas em virtude de uma profícua convivência acadêmica, mas principalmente pelo profundo respeito que ambos nutriam pelos direitos humanos. Sabiam eles da importância da defesa das garantias constitucionais no dia a dia da aplicação das leis. Conheciam também a angústia e o sofrimento dos que têm contra si uma imputação injusta ou uma pena desarrazoada.

Por vezes acompanhei a troca de textos científicos, com mensagens recíprocas de admiração e amizade. Um gostava de ouvir o outro a respeito do que escreviam na defesa dos direitos humanos e na luta por um processo mais justo. Trabalhavam com afinco pelas liberdades individuais. Afinal, “o culpado não perde a condição de sujeito de direitos no processo penal, gostem, ou não, os tiranos do bem”<sup>2</sup>.

Eram, acima de tudo, garantistas.

Tive a oportunidade de acompanhar o trabalho do Dr. Cândido como procurador de justiça, em julgamentos perante o Tribunal de Justiça do Paraná.

Certa vez, estive em seu gabinete, para expor os detalhes de um caso bastante rumoroso, decorrente de violência empregada por ambas as partes, durante a invasão de uma fazenda por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. Dr. Cândido, defensor dos direitos humanos, soube ter a sensibilidade para ouvir e para indagar. Examinou com grande critério as centenas de páginas daquele processo, as quais decorriam da morte violenta

---

<sup>2</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. “A defesa do culpado”. In: Em busca do justo perdido: cinco anos de escritos sobre advocacia e direitos individuais. 1 ed. São Paulo: Editora Singular, 2021, p. 54.

de duas pessoas, uma no ataque e outra na defesa. Situação triste e lamentável para ambos os lados. Pude, então, testemunhar sua verdadeira vocação para aplicar a lei de forma justa e adequada, sem abrandamentos, nem excessos punitivos. Tinha uma preocupação sincera e verdadeira em ser, acima de tudo, justo. Sabia aplicar na prática aquilo que defendia na teoria. Penso que esse sentimento de justiça o acompanhou por toda sua trajetória profissional.

Graças à iniciativa e à coordenação do Dr. Cândido, foi publicada em 2006 uma coletânea de artigos em homenagem a meu pai<sup>3</sup>. O liame que une os textos daquela obra foi, sem dúvida alguma, a aplicação justa das leis penais. Espero que esse vínculo permaneça nas novas gerações e que a presente coletânea seja mais um estímulo para desenvolver nossa capacidade de indignação e resistência. Afinal, como dizia meu pai, “a mais importante das liberdades é a liberdade de não ter medo”<sup>4</sup>.

A partir desses exemplos e do legado que recebemos, devemos nos mostrar perseverantes, “intransigentes frente ao iníquo”, sabedores de que “não há derrota definitiva, apenas postergação da justiça”<sup>5</sup>.

## 2. Introdução

“Não há nada mais desastroso para a imagem da justiça do que ver uma pessoa que, no mérito tenha mil vezes razão, ser derrotada por uma razão puramente processual”.

Yves Strickler<sup>6</sup>

Não há como negar que, atualmente, o direito processual deve ser iluminado pelos direitos fundamentais e pelas garantias constitucionais. São eles que asseguram a melhor forma de interpretação e aplicação das regras nas áreas do processo civil, penal e administrativo.

<sup>3</sup> Notáveis do Direito Penal. Livro em Homenagem ao Emérito Prof. René Ariel Dotti. Prólogo de Eugenio Raul Zaffaroni. Brasília, Brasil, 1ª edição, Editora Consulex. 2006.

<sup>4</sup> DOTTI, René Ariel. Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 45, nº 179, julho/setembro 2008, Separata, p. 27.

<sup>5</sup> PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. “René Dotti, o esgrimista da liberdade”. In: Em busca do justo perdido: cinco anos de escritos sobre advocacia e direitos individuais. 1 ed. São Paulo: Editora Singular, 2021, p. 30.

<sup>6</sup> No original em francês: il n'est rien de plus désastreux en terme d'image de la justice que de voir une personne, qui a mille fois raison sur le fond, déboutée pour une raison de pure procédure». (STRICKLER, Yves. Procédure Civile. 8 ed. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2018, p. 19).

O Estado de Direito organiza as regras jurídicas de acordo com sua hierarquia dentro do sistema legal. As mais importantes estão situadas no topo e servem para assegurar o respeito aos denominados direitos fundamentais. Tal proteção se dá por meio das garantias constitucionais, isto é, por meio de *recipientes* que guardam e protegem os valores mais relevantes de determinada coletividade.

O estudo do direito processual, portanto, não pode ser indiferente a tais valores. No âmbito do Direito Processual Civil, um dos direitos fundamentais é o de acesso à justiça (CF art. 5º, XXXV), o qual se traduz no direito de obter, sempre que possível, a solução de mérito que irá pôr fim aos conflitos de interesses. Essa é a razão pela qual deve prevalecer a realização do direito material em detrimento do excesso de formalismo. Trata-se de uma das grandes contribuições do Código de Processo Civil de 2015, em respeito às diretrizes do Direito Constitucional Processual.

A partir dessa premissa, o texto aborda os princípios e as garantias constitucionais, destacando o *due process of law*, não apenas em seu aspecto formal (garantia do procedimento legalmente previsto) mas principalmente em sua conotação material, ou seja, voltada para o *giusto processo*, como referido pela doutrina italiana.<sup>7</sup>

Como corolário lógico dessa abordagem, analisa-se o formalismo processual e os prejuízos que o rigor em sua forma de aplicação pode gerar aos direitos fundamentais, dentre eles, o de acesso à justiça. Procura-se, assim, contribuir na luta contra a jurisprudência defensiva, essa velha inimiga na concretização das promessas constitucionais.

Mas é relevante destacar que a atual fase do Direito Processual se caracteriza como o resultado de uma evolução ao longo de sua história. Inicialmente, na fase sincretista, não havia uma verdadeira distinção entre direito processual e direito civil. Posteriormente, com o desenvolvimento de estudos sobre a autonomia do processo, houve a criação de uma dogmática própria (baseada em conceitos e, infelizmente, no excesso de formalismo). Na terceira fase, por sua vez, o processo se conecta aos valores da sociedade politicamente organizada. Consequentemente, ele deixa de ser neutro e indiferente ao direito material.

---

7 Art. 111 da Constituição da República Italiana: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo, regolato dalla legge." (ITÁLIA. **Presidenza del Consiglio dei Ministri. La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/principi.html>> Acesso em: 28 jan. 2013.)

Alcança-se, assim, uma visão mais atual, a qual estabelece uma “ponte” entre direito processual e direito material.<sup>8</sup>

É a fase do pós-positivismo, caracterizada pela ligação entre norma e ética. As regras processuais passaram a ter sua aplicação conformada e condicionada ao respeito aos valores constitucionais. Tanto é assim que a democracia, um dos valores fundantes do sistema, irradia-se para dentro do processo, gerando o que chamou Piero Calamandrei de “constitucionalização” das garantias de igualdade processual.<sup>9</sup>

Surge, nesse cenário, uma concepção instrumentalista “que é teleológica por vocação e se abre em uma franquia para a busca da justiça e do socialmente útil através do processo.”<sup>10</sup> Fala-se ainda na “notável transformação” decorrente da mudança de enfoque do individual para o social. O processo passa a ser visto como “instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade.”<sup>11</sup>

Atualmente, portanto, o direito processual apresenta uma via de mão dupla: a Constituição traz princípios e garantias que levam a um processo equo (justo) e, ao mesmo tempo, alguns mecanismos processuais asseguram o respeito à ordem constitucional (mandado de segurança, *habeas corpus*, recurso extraordinário e ação direta de inconstitucionalidade).<sup>12</sup>

O encontro entre o direito processual e as normas constitucionais propicia o respeito aos direitos fundamentais e a própria legitimação do sistema jurídico.

---

8 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v. I. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p. 64.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 665, mar. 1991, p. 11.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 176, out. 2009, p. 275.

11 GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, jul. 1986. p. 19.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 250.

### 3. O Princípio do *due process of law*

Dentre todas as garantias constitucionais processuais, ganha destaque a do devido processo legal. Isso porque é ela quem assegura todas as outras. Tal garantia surgiu em 1.215, na Magna Carta de João-sem-Terra que, em seu art. 39 referiu-se à obediência *per legem terrae*, ou seja à chamada *law of the land*.<sup>13</sup> Pela primeira vez, assegurava-se o direito dos cidadãos de serem julgados de acordo com as leis locais, previamente estabelecidas. Era, assim, uma forma de proteção dos direitos dos nobres diante dos abusos da Coroa inglesa. Contudo, naquele momento ainda não se utilizava a expressão *due process of law*. Ela só foi criada em 1354, por meio da lei instituída no Reinado de Eduardo III e conhecida como *Statute of Westminster of the Liberties of London*.<sup>14</sup>

Nos Estados Unidos da América, o princípio foi inicialmente mencionado na *Declaração dos Direitos de Maryland*, em 03 de novembro de 1776, como uma maneira de proteger a vida, a liberdade e o patrimônio dos cidadãos.

No Brasil, o princípio foi previsto na Constituição Imperial de 1824 que, em seu art. 179, inciso XI determinava que “ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por *Ella prescripta*”.

Nos dias de hoje, o princípio está previsto no art. 5º, LIV da Constituição Federal e abrange todos os direitos fundamentais relativos à Justiça. Por meio dele é assegurado o direito fundamental do cidadão utilizar a estrutura estatal de resolução de conflitos, com os mecanismos jurídicos antecipadamente previstos em lei.<sup>15</sup>

Sob esse manto de proteção estão abrangidas as garantias do juiz natural, da isonomia (paridade de armas), do contraditório e da ampla defesa, da vedação das provas ilícitas e da motivação das decisões judiciais. “É, por assim

<sup>13</sup> “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”. (JENNINGS, Ivor. **Magna Carta and its influence in the world today**. London: British Information Services, 1965. p. 44.) Em uma tradução livre, o art. 39 estaria assim redigido: *Nenhum homem livre será capturado, ou levado prisioneiro, ou privado dos bens, ou exilado, ou de qualquer modo destruído, e nunca usaremos a força contra ele, e nunca mandaremos que outros o façam, salvo em processo legal por seus pares ou de acordo com as leis da terra.*

<sup>14</sup> NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78.

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 63, ago. 1989. p. 54.

dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécie.”<sup>16</sup>

Por seu intermédio, “o poder estatal exercido pelo juiz sofre todas as limitações inerentes ao Estado de Direito democrático.”<sup>17</sup> O devido processo legal, nessa ótica, limita o exercício da jurisdição estatal.

#### 4. Devido processo legal substantivo

Como já mencionado, em sua origem, na Inglaterra da época medieval, o princípio do devido processo legal procurava assegurar um processo mais justo, no qual fosse obrigatória a obediência às leis previamente estabelecidas.

Mas essa sua conotação manifestamente procedimental foi se ampliando para abranger também os direitos fundamentais, dentre eles, o de acesso à jurisdição.

Hoje, o devido processo legal se refere ao processo justo, em qualquer das áreas do Direito, tendente à satisfação do direito material. Nesse sentido, “ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo).”<sup>18</sup>

É precisamente o que vem disposto no art. 111 da atual Constituição da Itália: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo, regolato dalla legge*”. A expressão *giusto processo* corresponde a uma prestação jurisdicional de acordo com os valores e os direitos fundamentais. Não se trata mais da mera aplicação das leis previamente estabelecidas, mas sim na tutela dos direitos materiais por meio da jurisdição.

Para além do direito das partes, o devido processo legal substantivo protege o próprio sistema jurídico. As garantias processuais não se voltam exclusivamente para os jurisdicionados, mas principalmente para a jurisdição.<sup>19</sup>

16 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p. 243.

18 BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 659, set. 1990, p. 7.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 43, jul. 1986. p. 19.

Diante disso, houve uma verdadeira inversão na forma de interpretar e aplicar as normas. Hoje são as leis que têm a sua validade circunscrita aos direitos fundamentais, ou seja, devem ser interpretadas de acordo com tais garantias.<sup>20</sup> Em outras palavras, a validade das leis depende da obediência aos direitos fundamentais.

Daí porque o *substantive due process of law* possui uma “dimensão que vai além dos domínios do sistema processual”. Ele assegura uma “autolimitação do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade das leis que afrontam a base do regime democrático.”<sup>21</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, adotou a noção do *substantive due process of law* para limitar o próprio poder de criação das leis:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções [...].<sup>22</sup>

Em contraste com a noção anterior de devido processo legal, a mera regularidade formal não é mais suficiente. O que se pretende por meio dessa garantia é que a decisão judicial seja materialmente adequada e que esteja em sintonia com os direitos fundamentais expressamente previstos, isto é, com os valores constitucionais. O processo équo ou justo apresenta uma exigência valorativa.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo... *Op. cit.*, p. 50.

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p.244.

22 Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário* nº 374.981 de 28.03.2005, publicado no Informativo do STF nº 381. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. I. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. p.33.

## 5. Neutralidade, imparcialidade e ativismo judicial

O exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário deve se dar de acordo com o devido processo legal substantivo, o que impõe uma conduta valorativa e comprometida com a satisfação do direito material.

Objetivamente, não se pode mais adotar a concepção superada de que o juiz pode ser indiferente ao exame do mérito, isto é, a resolução do drama vivido pelas partes. Isso foi verdadeiro em um período histórico quando a principal preocupação era limitar o poder de quem exercia a jurisdição, afastando-se o arbítrio. Conforme célebre expressão de Montesquieu, *le juge doit être la bouche de la loi*. Tal orientação decorria do princípio da separação dos poderes e da recusa de qualquer poder de iniciativa ao juiz.

Atualmente, busca-se exatamente o oposto. O magistrado deve ter uma conduta ativa, tendente a solucionar as demandas em seu mérito. Nessa nova fase, supera-se a ilusão de que o processo poderia ser estudado de forma neutra e distante da realidade e do direito material.<sup>23</sup> O direito material – e esta é a razão de ser do processo – só pode ser realizado através da atuação de um Poder Judiciário forte, independente e valorativo. “Indispensável, outrossim, desligar-se de concepções unilaterais, que só enxergam a norma ou o fato, sem incluir o valor, como requer uma visão necessariamente totalizante do fenômeno jurídico.”<sup>24</sup>

Não se admite mais a ilusão de que um juiz neutro seria um juiz imparcial. Isso não é verdade. Ao contrário, é a indiferença que o torna parcial. O princípio da isonomia exige o respeito à igualdade substancial, não à igualdade meramente formal. Logo, tratar de forma absolutamente igual (neutra) os desiguais implica em violar a própria regra da igualdade. E isso demonstra parcialidade. Daí porque se entende serem “constitucionais os dispositivos legais discriminadores quando desigalam corretamente os desiguais.”<sup>25</sup>

Imparcialidade exige engajamento, jamais indiferença. “O processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos que, em face de uma instrução mal

23 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (individual e coletiva). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 65.

24 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 422.

25 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. Op. cit., p. 97.

feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes.”<sup>26</sup> O que se busca é um magistrado que realmente participe e que se preocupe com o julgamento de mérito e com a efetividade do processo.

Como bem destacada a doutrina, no Brasil, onde não são adequadamente tratados nem mesmo os direitos fundamentais estabelecidos contra o Estado (liberdade, igualdade, propriedade e segurança), a ausência de postura judicial pode ser tão prejudicial quanto o ativismo judicial.<sup>27</sup>

## 6. O formalismo excessivo e a jurisprudência defensiva

Ao longo da evolução histórica do direito processual, surge a fase caracterizada pela autonomia da *actio* e da compreensão de uma nova forma de relação: a relação jurídica processual.

Nesse momento, a doutrina passa a se importar excessivamente com os conceitos e com as formalidades do procedimento, ignorando as preocupações com a resolução do litígio e com a realização do direito material. Esse direito processual autonomista era completamente indiferente ao justo. “O extremado zelo pelos conceitos processuais, preliminares, pressupostos, prazos, procedimentos, fases, era porta aberta à obsessão pelo cumprimento das exigências formais da ordem processual.”<sup>28</sup> O que importava era a dogmática, composta apenas pelas regras processuais.

Na aplicação prática do direito, juízes, advogados e membros do Ministério Público passaram a se preocupar excessivamente com o culto às formalidades. Daí o grande crescimento de produção científica voltada aos pressupostos, preliminares e procedimentos.

Esse formalismo excessivo gerou o culto à forma, ignorando o motivo principal do exercício da jurisdição: o julgamento de mérito e a satisfação do direito material.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. *Op. cit.*, p. 223.

27 CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 163.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 176, out. 2009, p. 275.

Por outro lado, é preciso considerar que o formalismo em si mesmo não é ruim. Ele organiza as fases e os atos processuais, evitando assim a desordem e a repetição. Sempre teve a vocação de ser um elemento facilitador da decisão judicial de mérito. É, dessa forma, “o responsável tanto pela efetividade quanto pela segurança. No primeiro caso por organizar e ordenar. No segundo, por seu poder disciplinador. Todavia, com o passar do tempo ele passou a significar apenas o formalismo excessivo, que constitui seu lado negativo”.<sup>29</sup>

Fato é que o formalismo excessivo desrespeita os valores que devem estar à base da prestação jurisdicional, gerando dificuldades gravíssimas para o sistema. Prova disso é a chamada jurisprudência defensiva, ou seja, a adoção de critérios extremamente rígidos para admissão e julgamento dos recursos.

Isso faz surgir um grande número de decisões rápidas, com demasiado apego ao formalismo e que desconsideram o conflito humano a ser dirimido. “Passa a ser mais atraente extinguir o processo do que julgá-lo verdadeiramente.”<sup>30</sup>

Essa orientação prejudica a realização do direito material e, conseqüentemente, viola a garantia do devido processo legal substantivo. Ela lembra a postura reprovável de determinados setores do serviço público onde se procura apenas cumprir formalidades, esquecendo-se do objetivo do trabalho. Comentando a necessidade de simplificação nos procedimentos, René Ariel Dotti cita uma passagem da crônica de Rubem Braga: “Conta-se que em determinada cidade mineira, um chefe de repartição mandou afixar em lugar visível de cada gabinete uma placa com a advertência aos funcionários: *Não basta despachar o papel; é preciso resolver o caso.*”<sup>31</sup>

Na verdade, o jurisdicionado tem o direito constitucional de ter seu recurso apreciado de acordo com os critérios legais já postos no sistema jurídico, não podendo ser surpreendido com novas exigências criadas nitidamente para aliviar a tensão de tribunais assoberbados. Tal prática é manifestamente inconstitucional, violando a garantia do acesso à justiça (CF art. 5º,

29 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 137, jul. 2006, p. 7.

30 DOTTI, Rogéria. Um processo civil de mérito. In: Cadernos Jurídicos (suplemento ao Boletim mensal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná), Curitiba, n. 35, nov. 2012, p. 01.

31 DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a Emenda n. 45. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 631 (referência à crônica “Um mundo de papel” de Rubem Braga).

XXXV). Nesse triste cenário, como reconhece a doutrina, “a parte, ao interpor um recurso, se sente envolvida em verdadeiras armadilhas.”<sup>32</sup>

A jurisprudência defensiva atenta contra os princípios da legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, duplo grau de jurisdição e do contraditório que, como se sabe, dirige-se também ao juiz, não apenas às partes. Tal prática ofende a garantia constitucional do acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Não é à toa que Pedro Miranda de Oliveira denomina essa prática de *jurisprudência ofensiva*<sup>33</sup>.

Como é natural, o sistema processual, introduzido pelo legislador de 2015, não é compatível com o formalismo excessivo e injustificado. Em artigo publicado há mais de quinze anos, Leonardo Greco já denunciava a falência do sistema de recursos e a necessidade de exorcizar o formalismo voltado apenas a *esvaziar prateleiras*<sup>34</sup>. O excesso de formalismo, o qual molda a *jurisprudência defensiva*, constitui um elemento de aumento da insegurança jurídica no país.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça vem bem aplicando os dispositivos do Código de 2015 no que diz respeito à instrumentalidade, à cooperação e à primazia do julgamento do mérito.

Em setembro de 2023, em importante julgado perante a Corte Especial, o STJ reconheceu que deveria eleger a “primazia do julgamento do mérito e a instrumentalidade das formas, com a devida prestação jurisdicional, esta última seja positiva (provimento do pedido) ou seja negativa (desprovimento do pedido)”. E prosseguiu destacando que “para se afastar qualquer dúvida a esse respeito, esses entendimentos apenas convergiram para o princípio da lealdade processual, já insculpido no CPC/73 e a égide da CF/88 como reflexo da devida prestação jurisdicional, cabendo oportunizar à parte a emenda à inicial, antes de indeferir a petição inicial.”<sup>35</sup> No caso dos autos, o réu recorria por meio de Embargos de Divergência e Agravo Interno contra a decisão

32 CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Jurisprudência defensiva. In: Ideias e Opiniões (Informativo mensal do Escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica), Curitiba, n. 17, jul. 2012, p. 19.

33 “Aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva” é, na verdade, jurisprudência ofensiva: ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação” (OLIVEIRA, Pedro Miranda de, in *Breves Comentários ao novo código de processo civil* / coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al]. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 2402).

34 GRECO, Leonardo. “A falência do sistema de recursos”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Abril de 2003, p. 99.

35 STJ, AgInt no REsp 2034406/PA, Corte Especial, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 26.09.2023.

que determinara a emenda de petição inicial (CPC art. 321), sem, portanto, extinguir o processo. Como bem esclareceu o relator, Ministro Francisco Falcão, a suposta divergência já se encontrava superada em virtude de julgados mais recentes que aplicavam a primazia do julgamento do mérito e, portanto, a correção dos vícios sanáveis.

Com efeito, o formalismo existe para facilitar o julgamento de mérito. Não para impedi-lo. Se assim não fosse, ele transformar-se-ia no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passaria a ser o seu algoz”<sup>36</sup>

Para superar esse problema, um dos caminhos é justamente a conscientização de que o direito existe para servir à vida, jamais o contrário.

## **7. Princípio da cooperação versus jurisprudência defensiva (o resgate da boa-fé)**

A prestação jurisdicional adequada, em respeito à garantia de acesso à jurisdição (CF art. 5º, XXXV), a partir do Código de Processo Civil de 2015 passou a exigir a aplicação do princípio da cooperação (CPC art. 6º)<sup>37</sup>, isto é, uma atuação processual de acordo com os parâmetros da boa-fé e tendo como norte a realização do direito material. Trata-se de um compromisso com o *giusto* processo, com o devido processo legal substantivo.

Afinal, o processo não tem um fim em si mesmo, devendo sempre buscar a satisfação do direito material.

Por sua vez, boa-fé (CPC art. 5º)<sup>38</sup> tem um papel fundamental quando se fala em dever de cooperação entre as partes e o juiz. Isso leva, naturalmente, ao repúdio à jurisprudência defensiva. Se as partes devem cooperar entre si para a realização do direito material, para a existência do *giusto* processo, evidentemente não pode haver “decisão supresa”, nem tampouco óbices para impedir o exame do mérito.

O desrespeito a esses valores gera descrédito e perda de legitimidade. Isto porque a confiabilidade do Poder Judiciário é diretamente proporcional

<sup>36</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo, v. 137, jul. 2006, p. 7.

<sup>37</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>38</sup> Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

às decisões justas e de mérito que venham a ser proferidas. A aplicação de um formalismo excessivo e não previsto em lei aumenta a insatisfação e a falta de confiança das pessoas no sistema judicial.

A garantia do devido processo legal substantivo procura assegurar um juízo de equidade, de *jurisdictio*, em detrimento de uma visão puramente formalista. Isso implica na necessidade de diálogo, de cooperação do magistrado com as partes, de utilização da boa-fé objetiva. Como se sabe, a cooperação exige “absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta de conduta principal no processo civil do Estado Constitucional.”<sup>39</sup>

É preciso, portanto, um novo olhar sobre o processo civil, condizente com os ditames do direito processual constitucional.

## 8. Conclusões

Os direitos fundamentais e as garantias constitucionais são hierarquicamente superiores às regras legais justamente porque expressam os valores eleitos por um determinado sistema jurídico.

O princípio do devido processo legal possui hoje um alcance bem maior do que aquele de sua origem, na Inglaterra da Idade Média. Daí porque passa a se denominar de devido processo legal substantivo, em contraposição àquela ideia meramente formal do passado. Muito mais que o julgamento por um juiz natural e de acordo com as leis em vigor (*law of the land*) ele agora tem ampliado seu significado, passando a abranger também a proteção à realização do direito material.

A partir do Direito Processual Constitucional, cresce cada vez mais essa visão valorativa do processo civil, trazendo consigo a exigência da boa-fé nas relações entre partes e Poder Judiciário. Nesse sentido, Joan Pico i Junoy utiliza a expressão “devido processo legal”<sup>40</sup>, referindo-se justamente às relações jurisdicionais.

39 MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo. Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 12. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>> Acesso em: 19 fev. 2013.

40 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Op. cit., p. 49

Neste novo cenário, o formalismo excessivo deve ser combatido, evitando-se a “cegueira ética”<sup>41</sup> que afasta o processo civil de seu compromisso com os valores constitucionais.

## 9. Referências

BARBI, Celso Agrícola. Garantias Constitucionais Processuais. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 659, set. 1990.

CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Jurisprudência defensiva. In: **Ideias e Opiniões** (Informativo mensal do Escritório Wambier & Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica), Curitiba, n. 17, jul. 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v. I. 11. ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Op. cit.,

DINAMARCO, Cândido Rangel. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 176, out. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DOTTI, René Ariel. Breves notas sobre a Emenda n. 45. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. (referência à crônica “Um mundo de papel” de Rubem Braga).

DOTTI, René Ariel. Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, nº 179, julho/setembro 2008, Separata.

DOTTI, Rogéria. Um processo civil de mérito. In: **Cadernos Jurídicos** (suplemento ao Boletim mensal da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná), Curitiba, n. 35, nov. 2012.

GRECO, Leonardo. “A falência do sistema de recursos”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Abril de 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, jul. 1986.

ITÁLIA. **Presidenza del Consiglio dei Ministri. La Costituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/principi.html>> Acesso em: 28 jan. 2013.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Op. cit., p. 267.

JENNINGS, Ivor. **Magna Carta and its influence in the world today**. London: British Information Services, 1965.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo... *Op. cit.*,

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (individual e coletiva)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo. Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>> Acesso em: 19 fev. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAIA NETO, Cândido Furtado (Organizador). **Notáveis do Direito Penal**. Livro em Homenagem ao Emérito Prof. René Ariel Dotti. Brasília, Brasil, 1ª edição, Editora Consulex. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) **Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 137, jul. 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de., *in Breves Comentários ao novo código de processo civil*/ coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier...[et al]. 2ª ed, rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. “A defesa do culpado”. In: *Em busca do justo perdido: cinco anos de escritos sobre advocacia e direitos individuais*. 1 ed. São Paulo: Editora Singular, 2021.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. “René Dotti, o esgrimista da liberdade”. In: *Em busca do justo perdido: cinco anos de escritos sobre advocacia e direitos individuais*. 1 ed. São Paulo: Editora Singular, 2021.

STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. 8 ed. Bruxelles: Éditions Bruylant, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 665, mar. 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 63, ago. 1989.

The *Francis Yearbook of Legal Sciences and Human Rights* is the result of a genuine desire to contribute to the academic world, with its first edition serving as a testimony to the legacy of Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto. This work, of an inter and transdisciplinary nature, gathers the collaboration of internationally renowned independent professionals from various fields of expertise and aims to provide a practical and pioneering approach through the promotion of respect and dialogue, reflecting the authentic essence of the academic environment and the inherent elegance of intellectual knowledge.

## André Luis de Lima Maia Scientific Coordinator

### Preface of Prof. Dr. Gilberto Giacoia

1. Alberto M. Binder (Argentina)
2. Alexandre Knopffholz (Brasil)
3. André Lamas Leite (Portugal)
4. André Luis de Lima Maia (Brasil)
5. Ángeles Doñate Sastre (Spain)
6. Catarina Santos Botelho (Portugal)
7. Cristiane de Souza Reis (Portugal)
8. Edmundo Oliveira (Brasil)
9. Estevam Peixoto Pelentir (Brasil)
10. Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)
11. Felipe Frank (Brasil)
12. Fernanda Carrenho Valiati (Brasil)
13. Fernanda Gonsalves (Brasil)
14. Filipe Pinto (Portugal)
15. Gilberto Giacoia (Brasil)
16. Geremias Irassoque (Brasil)
17. Gemma Escapa García (Spain)
18. Gustavo Britta Scandelari (Brasil)
19. Guilherme de Oliveira Alonso (Brasil)
20. Inmaculada Cubillo Sainz (Spain)
21. Isabel Germán (Spain)
22. José Ignacio González Macchi (Paraguay)
23. José Luis de la Cuesta (Spain)
24. Juan Carlos de Pablo Otaola (Spain)
25. Julia Mezarobba Caetano Ferreira (Brasil)
26. Leonardo Valduga Reckziegel (Brasil)
27. Luis Eduardo Rey Vázquez (Argentina)
28. Manoel Caetano Ferreira Filho (Brasil)
29. Mariana Reis Barbosa (Portugal)
30. Matheus Prestes Cambuzzi (Brasil)
31. Maurício Daniel Monçons Zanotelli (Brasil)
32. Miguel Daladier Barros (Brasil)
33. Paulo Gomes de Lima Júnior (Brasil)
34. Rafael Isidorio Bombazaro (Brasil)
35. René Ariel Dotti (Brasil)
36. Ricardo Antônio Lucas Camargo (Brasil)
37. Rodrigo Chemim (Brasil)
38. Rogéria Fagundes Dotti (Brasil)
39. Ruy Muggiati (Brasil)
40. Susana Cuesta (Spain)
41. Valdir de Freitas Júnior (Brasil)
42. Valéria Prochmann (Brasil)



Francis  
YEARBOOK

