

ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO DE DEFESA: DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTRAPOSTOS

ACCESS TO JUSTICE AND LAW OF DEFENSE: FUNDAMENTAL RIGHTS OPPOSED

Gelson Amaro de SOUZA¹

154

Sumário: Introdução; 1. Princípio do acesso à justiça; 2. Princípio do direito de defesa; 3. O réu e o direito de defesa; 4. O réu e a citação; 5. Processo sem citação; 6. Ausência de citação e validade do processo; 7. Direito de liberdade e direito de defesa; 8. Protramento do direito de defesa; 9. Julgamento imediato; 9.1. Direitos evidentes; 9.2. Tutela prioritária; 10. Direitos fundamentais contrapostos; Conclusões; Referências

Resumo: Procura-se demonstrar neste ensaio que o acesso à justiça é direito fundamental anterior e superior ao direito de defesa podendo haver decisão antes da citação do réu para se defender. O acesso à justiça e o direito de defesa são direitos contrapostos e que em suas aplicações deve ser observado o princípio da proporcionalidade. Com isso desmistifica a afirmação de que a citação é pressuposto processual. O dia a dia forense ensina que ninguém será citado antes da existência do processo. Ao contrário, primeiro instaura-se o processo e, só depois, é que se expedirá mandado de citação. Quando o mandado de citação é expedido, o processo já existe. Ademais, nem sempre o mandado de citação é cumprido e, por isso, nem sempre o réu é citado. Existem casos, em que a citação não é necessária e o processo existe, é válido e produz efeitos. A citação somente é necessária para abrir oportunidade de defesa para o réu. Mas, mesmo a defesa, nem sempre é necessária. Há casos em que a solução do processo não prejudica o réu e, por isso, não há necessidade de defesa; Mesmo em alguns casos em que pode advir algum prejuízo para o réu, a defesa pode ser inútil por não ser hábil para afastar a pretensão do autor. Ainda há as hipóteses em que a citação aumentará o prejuízo do réu, porque o inclui no processo e cria para ele encargos processuais, que sem não incidiria.

Abstract: This paper aims to demonstrate that the access to justice allows the judge to decide without the citation of the defendant. It's time to demystify the statement that the citation is a procedural presuppose. The forensic practice teaches that no one will be cited before the existence of the procedure. First, the procedure is established and only then will be dispatched the writ of summons. When the writ of summons is issued, the procedure already exists. Moreover, not always the writ of summons is accomplished and, therefore, the defendant is not

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP, Professor por concurso dos cursos de graduação e mestrado da UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná (*Campus* de Jacarezinho-PR), ex-Diretor e Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP – FIAET, da Faculdade de Direito de Adamantina – FAI, Professor convidado em Cursos de Pós-Graduação como FADAP de Tupã, AEMS de Três Lagoas-MS, FIO de Ourinhos, ESUD de Cuiabá-MT, ESA–Escola Superior da Advocacia da OAB-SP, Procurador do Estado de São Paulo (aposentado) e Advogado em Presidente Prudente-SP. Site: www.gelsonamaro.com e e-mail advgelson@yahoo.com.br

always cited. There are cases which the citation is not required and the procedure exists, is valid and produces effects. The citation is only necessary to offer an opportunity of defense to the defendant. But even the defense is not always required. There are cases which the procedure does not prejudice the defendant and, therefore, there's no need of defense; Even in some cases in which the procedure can do some damage to the defendant, the defense may be useless for not being able to dispel the claim of author. There's even some cases in which the citation will increase the damage of the defendant, because the inclusion in the procedure creates a procedural duty, which without the citation would not exist.

Palavras chaves: Acesso à justiça. Defesa. Princípio da proporcionalidade.

Key Words: Justice access; defense; proportionality principle

Introdução

O acesso à justiça e o direito de defesa são dois direitos fundamentais contrapostos, que merecem análise percutiente dos aplicadores do direito, para evitar um destes direitos venha aniquilar o outro. Exige-se, para tanto, um equilíbrio entre ambos.

O acesso à justiça sempre desafiou os mais argutos estudiosos do direito, isto porque, o direito processual sempre representou para a sociedade uma figura enigmática. Sua configuração na visão geral das pessoas, é que o processo se trata de porfia, confronto, batalha, contenda, disputa, briga entre duas ou mais pessoas, como se fossem as disputas do passado em que as pessoas colocavam suas vidas em risco e teriam a obrigação de litigarem.

O processo é instituto voltado à paz social e não disputa como se fosse caso de vida ou morte. Nas contendas violentas é natural e necessária a possibilidade de defesa, porque aquele que não puder exercer a sua defesa, por certo, corre risco na sua integridade. No processo que é instituto de paz social, que visa harmonizar a vida das pessoas de forma que nenhuma delas corra risco em sua sobrevivência, nem sempre será necessária a concessão da oportunidade de apresentação de defesa, diante da ausência de prejuízo ou mesmo com prejuízo em menor escala do que aquele que teria caso não integrasse a lide.

Quando o réu não corre risco de prejuízo, ou mesmo quando há este risco, mas em menor dimensão com relação daquele que seria se ele fosse incluído como parte e, por isso, sujeito aos ônus e encargos do processo, a falta de citação tornará sendo um benefício para o réu. O formalismo excessivo é que radicalizou a necessidade de citação para todos e quaisquer processos, sem atentar que em alguns casos com a citação o réu acaba por experimentar maior prejuízo, porque aumenta seus encargos processuais.

Também não mais é possível aceitar aquela vetusta idéia de que a citação é pressuposto processual. Neste estudo procura-se desmistificar a vetusta afirmação de que a citação é pressuposto processual. O dia a dia forense ensina que ninguém será citado antes da existência do processo. Ao contrário, primeiro instaura-se o processo e, só depois, é que se expedirá mandado de citação. Quando o mandado de citação é expedido, o processo já existe. Ademais, nem sempre o mandado de citação é cumprido e, por isso, nem sempre o réu é citado. Existem casos, em que a citação não é necessária e o processo existe, é válido e produz efeitos.

A citação somente é necessária para abrir oportunidade de defesa para o réu. Mas, mesmo a defesa, nem sempre é necessária. Há casos em que a solução do processo não prejudica o réu e, por isso, não há necessidade de defesa; Mesmo em alguns casos em que pode advir algum prejuízo para o réu, a defesa pode ser inútil por não ser capaz de afastar a pretensão do autor. Ainda há as hipóteses em que a citação aumentará o prejuízo do réu, porque o inclui no processo e cria para ele encargos processuais, que sem a citação não ocorreria.

1. Princípio do acesso à justiça

O princípio do acesso à justiça é inerente à natureza humana e sua existência independe de constar ou não no ordenamento jurídico, visto que ninguém pode viver sem justiça². O acesso à justiça é um dos mais importantes direitos fundamentais entre os previstos na Constituição da República. A sua importância extrapola as meras especulações acadêmicas, merecendo atenção a todo e qualquer instante e em qualquer situação vivenciada no dia a dia. Trata-se de direito fundamental que não pode ser suprimido e que, quando em confronto com outro direito deve sempre prevalecer, visto que o ser humano não pode ficar desprovido de justiça.

A “justiça”, não pode ser definida por palavras e nem ser conceituada com a utilização de terminologia ambígua. Trata-se de sentimento intersubjetivo que acompanha a pessoa por toda a sua existência e a sensação de injustiça pode provocar comoção social. A dificuldade em se encontrar um ponto fixo em que se pode apoiar o sentimento de justiça, a sociedade vive em constante busca por esse sentimento enigmático. Sempre que uma pessoa se acha injustiçada ou em risco de o ser, procura o Poder Judiciário, órgão encarregado da prestação jurisdicional em nome do Estado democrático de direito.

A Constituição da República elevou o direito de acesso à justiça ao nível de direito fundamental (art. 5º, XXXV) de forma que tal direito não pode ser suprimido por

² “Todo o poder, seja de que natureza for há de ser exercido como instrumento de distribuição da justiça e da promoção social”. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *O direito de defesa na Constituição de 1988*, p. 03. Rio de Janeiro; Renovar, 1991.

nenhuma legislação infraconstitucional. Todavia, ao lado deste direito, consagrado como fundamental outro existe que é o direito de defesa também tratado como direito fundamental. Vez por outra, estes dois direitos se encontram em posições contrapostas, exigindo do aplicador do direito, exercício de hermenêutica, para melhor aplicação do direito. Essa contraposição de dois direitos fundamentais pode exigir a predominância de um em face do outro, exigindo uma atuação sábia do julgador. Se por ventura o caso aconselhar a supressão ou a relativização de um desses direitos, deve prevalecer o acesso à justiça, porque este não pode ser suprimido, relativizado em nem protraído ou diferido.

2. Princípio do direito de defesa

O princípio do direito de defesa tratado pela Constituição da República como direito fundamental, igualmente os demais princípios e direitos fundamentais, não pode ser absoluto³, mas situações existem em que antes do direito de defesa deve ser observado o princípio do acesso à justiça.

O direito de defesa existe para proteger a pessoa e evitar eventuais prejuízos em qualquer situação. Por isso, o direito de defesa foi elevado ao nível de direito fundamental e com garantia constitucional. Este direito não está restrito às relações processuais. Trata-se de direito que deve existir em todas as relações sociais e em todas as atividades e momentos em que a pessoa estiver envolvida.

Nota-se que a lei penal autoriza a legítima defesa em qualquer situação de perigo, desde que este perigo não tenha sido provocado pela própria pessoa. Se, foi a própria pessoa quem provocou o perigo ela não pode se valer da legítima defesa, circunstância esta que nem sequer é cogitada na relação processual, sendo que à parte é atribuído o direito de defesa mesmo nos casos em que ela mesma é a causadora da situação processual. Mas, isto não deve ser levado a ferro e fogo. Casos existem em que o exercício do direito de defesa, pode aumentar o risco de prejuízo para o interessado, piorando a sua situação.

Hodiernamente é corrente o pensamento e o ensinamento de que as pessoas não devem reagir em caso de roubos (assaltos), porque terão os riscos aumentados. Em outros termos, as vítimas não devem se utilizar de seu direito de defesa, porque a situação poderá ser piorada. Nesta mesma linha, em termos de processo, pode-se dizer que em muitos casos seria melhor para o réu não ser citado, porque ficaria fora da relação processual e, por isso, livre de muitos encargos processuais. Desta forma a falta de citação lhe beneficiaria, e a falta de defesa, em nada lhe prejudicaria.

³ “O direito à defesa não acompanha, necessariamente, todo e qualquer ‘processo’ administrativo, sob o risco de derrogar-se o princípio da prevalência do interesse público”. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. O direito de defesa na Constituição de 1988, p. 03. Rio de Janeiro; Renovar, 1991.

Trata-se de direito que existe para ser exercido em benefício da parte, mas, nos meandros processuais, poderá, quando exercido, trazer maior prejuízo para a parte⁴. Tal como o direito de ação só será exercido se a parte o quiser, o direito de defesa também haverá de ser assim. Como não existe obrigatoriedade para a ação, também não deve haver para defesa⁵. O réu ao ser chamado para se defender (art. 213, do CPC), pela simples citação passa a integrar à relação processual e fica sujeito aos encargos normais da sucumbência (art. 20 do CPC). Caso exerça o direito de defesa, estes encargos sucumbenciais poderão ser aumentados (art. 20, §§ 2º e 3º, do CPC). Dependendo da forma com que for utilizado este direito de defesa, poderão incidir os artigos 14 a 18 do CPC, aumentando em muito o prejuízo do requerido.

Diante dessas e outras circunstâncias, é que seria de bom alvitre rever alguns dogmas do passado e dispensar a citação para defesa nos casos em que se verificar que esta não trará benefícios para réu, autorizando ao juiz o julgamento imediato. Apenas intimando as partes do que foi decidido, deixando a critério de qualquer delas a manifestação de interesse em recorrer, assumindo por si própria, o risco do aumento dos encargos sucumbenciais. Mas, não impor como obrigatória a citação que uma vez ocorrendo já arrasta o réu para dentro do processo e amplia seus encargos processuais, mesmo sem a sua vontade.

Na esfera administrativa o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a falta de defesa técnica, não é caso de nulidade do procedimento⁶. Com esse entendimento a mais alta Corte do País, começou a relativizar as exigências do devido processo legal previsto na Constituição Federal (art. 5º, LV) e permitir a escolha da parte em se defender ou não, deixando a entender que a defesa é um direito e não obrigação.

Não se pode duvidar de que em muitos casos, o réu mesmo não citado para se defender, mas condenado por julgamento imediato, ao tomar conhecimento da decisão, com ela se conformará e não aviará recurso, aproveitando-se do benefício do menor encargo⁷. Se o réu, mesmo sem ser citado pode ser aquinhado com o benefício do menor encargo, para que sacrificá-lo com a citação que o integra à relação processual e aumenta os seus encargos processuais?

Nos casos de evidência em que o juiz pode decidir de imediato⁸, melhor seria se deixasse a cargo do réu a escolha entre comparecer ao processo para recorrer da decisão

⁴ “La contestación no es en absoluto necesaria”. CHIOVENDA. Giuseppe. *La acción en El sistema de los derechos*. p. 99. Bogotá-Colômbia: Editorial Temis, 1986.

⁵ “A contestação está para o réu como a petição inicial está para o autor”. DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 448. Salvador: Podium, 2007.

⁶ “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. STF – Súmula Vinculante, número 5.

⁷ “[...] permanecendo inativa a parte interessada para provocar o conhecimento ordinário, o procedimento provisório consolida-se e torna-se ele próprio definitivo”. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 31. Tradução de Carla R.A. Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

⁸ “A possibilidade de rejeição do pedido pela evidência da inexistência do direito. Havendo possibilidade de o juiz de imediato rejeitar a demanda, deve fazê-lo, tal como ocorre com autorização inserida nos casos de decadência[...]. Aqui há evidência, mas não se podem excluir outros casos de demonstração *prima*

ou com ela se conformar, evitando maiores prejuízos. A defesa nestes casos será infrutífera e serve apenas para retardar o resultado final da demanda e aumentar os prejuízos para o réu.

O direito de defesa somente deve ser exercido quando se vislumbrar benefício para a parte. Quando já se sabe que qualquer exercício desse direito será inútil ou, até mesmo, perigoso, ele deve ser evitado⁹. Isto acontece em nosso dia a dia. As autoridades não se cansam de orientar a população a não exercer direito de defesa ou legítima defesa (não reagir em caso de assalto) porque isto pode ser ainda mais perigoso. Utilizar-se do direito de defesa ou de legítima defesa é prerrogativa da parte, mas, em certas situações este exercício poderá ser infrutífero e com o risco de agravar ainda mais a sua situação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu pela validade do processo mesmo sem a citação, em virtude de que esta, se realizada, em nada modificaria o julgamento de mérito¹⁰. Quando o direito já é evidenciado à primeira vista (direito evidente), o exercício de defesa pode ser mera formalidade, sem resultado útil. Por isso, a advertência de Marinoni, de que nesta hipótese, é desnecessária qualquer instrução probatória¹¹. Outra não é a solução dada pela tutela antecipada, que é concedida logo no início do processo sem a citação do réu, sendo esta decisão de conteúdo meritório. Se se pode julgar matéria de mérito quando da concessão de tutela antecipada, por que não se julgar o mérito de forma definitiva nas mesmas situações. Casos existem que o bom senso indica que deve haver julgamento antes de qualquer defesa, porque o exercício desta pode por em risco o princípio maior que é o acesso à justiça¹².

3. O réu e o direito de defesa

facie da inexistência da pretensão sustentada e é plenamente concebível que o mesmo juízo sumário admitido a conceder possa rejeitar”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 88-89. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁹ “Nem todo direito requer ampla defesa e contraditório; o direito pode ser evidente (liquidez e certeza) ou apenas verossímil e o processo deve ser construído em razão dessas diferenças”. SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada – Tutelas de urgência e medidas liminares em geral*, p. 73. São Paulo: Malheiro: 2000.

¹⁰ “Ação declaratória. Nulidade de sentença. Ineficácia por erro de citação, incompleta. Apesar da sobrevida da querela de nulidade (art. 462, do CPC), o seu exercício depende da confirmação de sua utilidade como fator de uma nova ordem histórica, o que inócorre quando são supervalorizados fatos processuais, desimportantes e sem potencialidade de modificar o resultado de mérito consagrado no processo justo”. TJSP. 3ª Câmara.Ac. 213.325-4/6. Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 16.10.2001, vu. RNDJ, v. 25, janeiro de 2002, p. 155.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 83.

¹² “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial. O princípio nada tem com o início do processo civil, onde há réus sem direito à defesa, antes da condenação”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, tomo V, p. 235. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Nem sempre, para o julgamento de mérito, haverá necessidade da inclusão do réu no processo, como já demonstramos em outros trabalhos¹³. Nos casos do artigo 295 c/c 296 e do artigo 285-A, todos do CPC, a lei é clara e expressa sobre a possibilidade de julgamento do mérito sem a citação do réu para se defender¹⁴. Todavia, o legislador foi extremamente tímido, ao restringir essa possibilidade somente para os casos de improcedência da ação, com julgamento imediato do mérito a favor do réu. Não se pode negar que esta possibilidade já representa um grande avanço. Mas, ainda é muito pouco. O mundo moderno exige mais avanço. O chamamento do réu para incluí-lo no processo e proporcionar-lhe oportunidade de defesa, somente deveria ocorrer, quando a causa trazida a juízo, se apresente de duvidosa solução. Nesse caso sim, justifica o chamamento do réu para se defender e discutir a questão ou a causa que se apresenta duvidosa. No entanto, se a causa apresentada em juízo se apresenta de fácil solução, deveria o juiz decidi-la de imediato, seja a favor ou contra o autor, bem como, a favor ou contra o réu, conforme evidenciar ou não a existência do direito¹⁵.

Não é difícil encontrar-se ação proposta em que de imediato já se sabe qual será a solução ao final, diante da evidência do direito do autor ou da evidência da inexistência do direito deste¹⁶. Nos casos de direito evidente ou de evidência na inexistência do direito do autor, de nada vai adiantar a inclusão do réu no processo. Se o direito do autor é evidente, a defesa do réu por certo não o afastará¹⁷; Caso seja evidente a inexistência do direito pleiteado, desnecessária é a inclusão do réu ao processo, sua defesa não terá utilidade, porque com ela ou sem ela já será beneficiado com sentença ao seu favor. Em processo de execução o requerido não é citado para se defender, senão apenas para cumprir a obrigação. Pode o requerido tomar a iniciativa e apresentar a sua defesa através de embargos à execução. Mas a lei autoriza ao juiz, suprimir a defesa do executado, quando esta demonstrar-se infrutífera (art. 739, III, do CPC)¹⁸.

O projeto do novo CPC, no artigo 281, § 2º, apesar de mandar citar o réu para se defender, caso este silencie, a decisão liminar será transformada em definitiva,

¹³ Confira nossos: *Sentença de mérito sem citação do réu (art. 285-A do CPC)*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 43, pp. 39:52. São Paulo: Dialética, outubro de 2006. ISSN 1678-3778; *Validade do julgamento do mérito sem citação do réu*. Revista de Processo - REpro, v. 111, pp. 69:80. São Paulo: RT, julho-setembro, 2003.

¹⁴ “Calamandrei, um dos gênios da ciência processual, almejava esse estado ideal de direito no qual a providência definitiva pudesse ser instantânea”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. XI, nota 7. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁵ “se alguém molesta outrem com base em direito decadente o adversus molestado pode postular providência imediata cessatória passível de ser atendida de pronto”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 316. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁶ Diz o art. 278 do projeto de lei 166/2010, novo CPC. “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação...”. Essa evidência autoriza uma decisão de mérito contra o réu antes mesmo dele ser citado conforme normatiza o art. 273 do CPC, ao tratar da tutela antecipada, cujo conteúdo é sempre de mérito.

¹⁷ “La contestación no es en absoluto necesaria”. CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción em el sistema de los derechos*. p. 99. Bogotá-Colômbia: Editorial Temis, 1986.

¹⁸ Os embargos do devedor têm natureza de defesa, como foi demonstrado em outro trabalho: SOUZA, Gelson Amaro de. *Embargos à execução – natureza jurídica*. Revista Dialética de Direito Processual. v. 36, pp. 55-69. São Paulo: Dialética. Março, 2006. ISSN. 1678-3778.

extinguindo-se o processo após a sua total efetivação¹⁹. Pode-se dizer que é um pequeno avanço, mas ainda é pouco, pois o ideal seria que a decisão já fosse definitiva e o réu fosse intimado apenas para cumpri-la e dela recorrer-se se assim lhe interessar. Nesse caso a decisão somente se tornaria provisória se houvesse recurso do réu, porque assim, ela seria mantida *sub judice*.

Na atual sistemática, em que ao réu são impostos os encargos da sucumbência, tenha ele resistido ou não a pretensão do autor, serve de estímulo ao exercício desnecessário e infrutífero, porque sendo vencedor ou vencido na demanda, a situação não se altera. É o tudo ou o nada – já que tem de arcar com os encargos sucumbenciais, arrisca-se a se defender com todas as armas, para protelar a solução final, embora saiba que seu esforço será inútil, mas pelo simples prazer de dificultar as coisas para o autor, ou até mesmo para se preparar para suportar as despesas processuais, para as quais no momento não se encontra preparado.

4. O réu e a citação

A citação é um dos institutos mais antigos e um dos mais importantes dentro da clausura processual, mas a sua falta não impede a formação do processo²⁰. Foi ela instituída sob o signo da mais elevada boa vontade. Sua finalidade, como vem apontada no art. 213, do CPC, é a de oferecer ao réu a oportunidade de defesa no processo. A boa intenção, não se discute, foi das melhores, pois, visa evitar prejuízo ao réu. Sem a citação e sem o direito de defesa ficaria o réu, em muitos casos, a mercê da parte autora e, com isso, suscetível aos mais perniciosos prejuízos.

Nada obstante isso, não se pode olvidar que em outras situações, melhor seria para o réu se não fosse citado e nem exercesse defesa alguma, pois, não seria incluído na relação processual, evitando aumento de encargos processuais. Também evitaria eventual empolgação em sua defesa que pudesse incidir as normas dos artigos 14 a 18 do CPC, com aumento de sua responsabilidade e o risco de maiores prejuízos.

Apegado ao passado, a atual legislação impôs obrigação da citação para todo e qualquer processo, ato este que conduz para o processo mesmo quem dele não desejaria participar (art. 213 c/c 319, do CPC). Mesmo não querendo participar do processo e nem oferecendo defesa (art. 319, do CPC), o réu é nele incluído, torna-se parte e, fica sujeito aos encargos da sucumbência, o que poderia ser evitado, se antes da citação já houvesse o julgamento e o réu com ele concordasse o que se presumiria pela simples ausência de recurso.

¹⁹ Art. 281 do projeto do novo CPC: “§ 2º. Concedida a medida em caráter liminar e não havendo impugnação, após sua efetivação integral, o juiz extinguirá o processo, conservando a sua decisão”.

²⁰ “A relação processual inicia-se já com o liame entre autor e juiz. Com a apresentação da demanda perante órgão investido de jurisdição há já processo, portanto. Ainda que para repelir a demanda”. JORGE LUIS DALL’AGNOL, *Pressupostos processuais*. p. 21, Lejur. Porto Alegre: 1988.

Neste caso, seria melhor para o autor que receberia uma prestação jurisdicional imediata (sem delongas) e, melhor para o réu, que nem sequer integraria a relação processual e evitaria arruinar ainda mais a sua situação com outros encargos processuais. Somente em caso de recurso é que o réu por sua opção integraria a relação processual e assumia os riscos do aumento de sua responsabilidade em razão da sucumbência.

Os casos de direito evidente, são exemplos em que o julgamento poderia ser de imediato sem a necessidade de citação do réu para defesa, porque esta resultaria infrutífera ante a evidência do direito do autor, em que bastaria a intimação do réu para tomar conhecimento da decisão e, se por acaso, com ela não concordasse, aí sim, por livre e espontânea vontade, integraria o processo com a apresentação de recurso. Mas, o ingresso do réu no processo, seria voluntário e não necessário.

O processo moderno deve ser bem mais racional e somente impor ao réu o comparecimento para apresentar defesa quando o direito do autor se apresentar duvidoso. No caso de direito evidente a citação para a defesa é desnecessária e somente aumenta o prejuízo para o réu. Neste caso, a citação para apresentação de defesa (art. 213, do CPC), prejudica as duas partes, retarda a aplicação do direito do autor e aumenta as despesas a cargo do réu.

5. Processo sem citação

A citação nunca foi e nem poderá ser pressuposto processual. Com ela ou sem ela o processo existe, tem validade e é eficaz. Talvez, um dos maiores erros da história foi e continua sendo o de considerar a citação como pressuposto processual²¹. A própria palavra “pressuposto”, está a indicar aquilo que deve existir antes e não depois. A citação, por óbvio, não pode ser antes do processo. A citação somente é determinada, depois que o processo já existe (art. 262 e 263, do CPC)²², pois, sem processo não há citação.

O réu é citado para integrar ao processo que já existe e, cuja relação jurídica processual, ainda é angular entre autor e Estado-juiz²³. A citação apenas serve para introduzir o réu na relação jurídica processual, mas não para criar ou aperfeiçoar o

²¹ “Há ainda aqueles que entendem não ser a citação sequer pressuposto processual”. SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 39. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² “O processo existe desde sua propositura”, idem, ibidem, p. 39, nota, 88. Portanto, antes da citação. Existem casos em que até mesmo o mérito é julgado antes da citação e faz coisa julgada material, como são os casos de prescrição e/ou decadência quando a petição é indeferida na forma do art. 295, IV, c/c art. 269, IV, do CPC, bem como nos casos do art. 285-A, do CPC.

²³ “os sistemas jurídicos ainda possuem (e hão de possuir sempre, é de se esperar-se) relações em uma só linha, devido a desnecessidade de angularidade”. PONTES DE MIRANDA, Com ao CPC, t. I, p. XXI, Forense, 4ª ed, 1995.

processo que já existe²⁴. Acerta DINAMARCO²⁵ ao dizer que antes de citado, o réu é apenas parte na demanda, mas equivoca ao dizer que na falta de citação o processo todo será viciado²⁶, porque nos casos de julgamento imediato sem citação como acontece nas hipóteses do art. 295, IV c/c 269, IV do CPC e art. 285-A, do CPC, o processo não conterà vício algum pela falta de citação. A sentença de mérito nestas situações é proferida imediatamente antes mesmo da citação do réu e vale produzindo coisa julgada material. Assim também se dá no caso de julgamento imediato de mandado de segurança²⁷.

A citação diferentemente do que se tem apregoado, não é pressuposto do processo, pois este existe e tem validade sem aquela²⁸. A citação é apenas, pressuposto de aperfeiçoamento ou complementação da relação processual para vinculação do réu ao processo e sujeitá-lo ao seu resultado quando este lhe for prejudicial. Isto porque, quando o julgado de mérito for favorável ao réu, a coisa julgada lhe beneficia, independentemente de haver citação ou não, pois na forma do art. 219, § 6º, do CPC, ele será comunicado do julgamento, para usufruir dos efeitos da coisa julgada. Trata-se de simples comunicação e não de citação. A sentença vale, produz efeitos benéficos ao réu, entre eles, a coisa julgada.

Como a citação, somente serve para completar ou aperfeiçoar a relação processual e a partir desse aperfeiçoamento o réu fica vinculado aos resultados do processo, quaisquer que sejam esses resultados. Desta forma a citação tem por finalidade vincular o réu ao processo e com isso completar a relação triangular processual que até então existia apenas angularmente entre autor e o Estado-Jurisdição ou até mesmo triangularmente entre o autor e outros réus efetivamente citados e o Estado-Jurisdição quando se tratar de litisconsórcio passivo facultativo. Com isso, o

²⁴ “A citação não é pressuposto de existência do processo”. “Se já há processo antes da citação – que, a propósito, dá-se em seu bojo –, não se pode considerar como pressuposto de existência fato que está, na linha do tempo, em momento posterior à existência daquilo que se pretende condicionar”. DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 423-424. Salvador: Podium, 2007. “A citação também não é pressuposto processual, porque o momento em que deve ser é posterior à formação deste”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 507. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2004.

²⁵ “Antes de citado, o sujeito indicado pelo demandante como réu ou executado é apenas parte na demanda, mas no processo não é”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, p. 506. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2004.

²⁶ “À falta dela, o processo todo será viciado, inclusive o ato final consistente na sentença de mérito”, idem, idem, p. 507.

²⁷ “OJ 4/TRT-3ª R. Mandado de segurança. Indeferimento da petição inicial. Exame do mérito. Possibilidade. Em face do disposto no art. 10 da Lei n. 12.016/09, pode o juiz relator, no exame da admissibilidade do processamento do mandado de segurança, verificar, além de outros requisitos formais, a existência de direito líquido e certo do impetrante, bem como a existência de ilegalidade do ato impugnado ou de abuso de poder da autoridade impetrada (Alterada – DEJT/TRT3-27.06.2012)”. DT, v. 215, p. 23, de junho, 2012.

²⁸ “A relação jurídica processual é entre autor e Estado. Costuma completar-se, pela angulação (autor, Estado; Estado, réu), porém isso não é necessário, nem se exclui a reciprocidade nem a pluralidade de autores, com ou sem pluralidade de réus”, PONTES DE MIRANDA, Com ao CPC, t. I, p. XX, Forense, 4ª ed, 1995.

processo que já existia, agora com a citação, passa a ter plena eficácia em relação ao réu e qualquer que seja o resultado da demanda o vincula.

A primeira e mais importante questão está em se saber se o processo nasce com a citação ou se já existe antes desta. Sempre sustentamos que o processo inicia com a propositura da ação (arts. 262 e 263 do CPC)²⁹ e que a citação somente virá mais tarde para vincular o réu a um processo já existente. A citação só é realizada quando o processo já existe. Tanto é assim que, se ainda não existisse ação e processo na hora da citação, o mandado não poderia indicar os requisitos do art. 225, do CPC, e não se haveria de fazer as advertências do artigo 285 do CPC e o artigo 214 do mesmo Código não falaria em validade e nem em convalidação, uma vez que não analisa validade e nem se convalida o que não existe.

Os artigos 262 e 263 do CPC apontam que a ação e o processo nascem com a petição inicial através da qual surge a provocação do autor (postulação) e com o despacho ou apresentação no protocolo para distribuição. Isto ocorre necessariamente, antes da citação. Assim também pensa BARBOSA MOREIRA³⁰. Ademais, se não existisse o processo antes da citação, não se poderia falar em nulidade do mesmo por falta de citação (art. 214, do CPC), isto porque, não se anula o que não existe e nem haveria razão da norma do artigo 267, I, do CPC, que já cuida da extinção do processo com o indeferimento da petição inicial. Se o indeferimento da petição inicial já é ato extintivo do processo (art. 267, I, do CPC), que pode ser até mesmo com extinção do processo pelo mérito (art. 295, IV, c/c 269, IV, do CPC), com validade e eficácia é porque o processo existe antes da citação e dela não depende.

Para muitos não poderia haver julgamento de mérito antes da citação, porque sem esta não haveria processo³¹. Ledo engano. O processo passa a ter existência assim que o autor toma a iniciativa (art. 262 do CPC)³² e apresenta a petição inicial ao juiz ou ao protocolo para distribuição (art. 263, do CPC)³³.

O processo passa a existir no momento em que a petição inicial é apresentada ao juiz³⁴ (arts. 262 e 263, do CPC), independentemente de citação³⁵. Em verdade o

²⁹ Essa matéria foi tratada mais amplamente em nosso *Curso de Processo Civil*, citado e em artigo *Julgamento de mérito sem a citação do réu*, in Revista Jurídica, v. 275 pp. 46-50.

³⁰ “Pela demanda começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa à formação do processo”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo CPC*. 22ª ed. Rio: Forense, 2002, p. 9.

³¹ “A relação processual não chega a completar-se, nessa hipótese, apenas se esboçando, em caráter linear, na vinculação que se estabelece entre o autor e o juiz”. GOUVEIA MEDINA, Paulo Roberto. *Sentença emprestada*. REPRO, v. 135, p. 153.

³² “Com a apresentação da demanda perante órgão investido de jurisdição há já processo, portanto. Ainda que para repelir a demanda”. JORGE LUIS DALL’AGNOL, *Pressupostos processuais*. p. 21.

³³ “Mas processo existe desde que o autor ajuíza a petição inicial, conforme ressalta do fato de que o juiz tem o dever de despachá-la, ainda que para indeferi-la; e se a indefere, no dizer do art. 267, nº I, extingue o processo: ora, seria absurdo cogitar da extinção de algo que não existisse”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre pressupostos processuais*. Revista Forense, 288, p. 2, Rio de Janeiro: Outubro/dezembro, 1.984.

³⁴ “Começa o processo executivo, entre nós, através de uma petição inicial escrita, dirigida ao juiz a qual determina o poder e correspectivo dever deste, de atuar as medidas adequadas a preparar o provimento pretendido”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª edição. Malheiros: 1997. p. 96.

processo se forma com a apresentação da petição inicial para distribuição e quando determinada a citação (quando isto for necessário), esta ocorre já com o processo iniciado. Todavia, existem casos como os do art. 295, IV c/c 267, I e art. 285-A, do CPC em que nem citação haverá e o processo existe, é válido e é eficaz.

Existem procedimentos que sem chegar ao *status* de processo, mesmo assim exigem a efetivação da citação. Assim da mesma forma que pode haver citação sem processo³⁶, pode haver processo sem citação³⁷. A citação não é pressuposto para a existência³⁸ e nem para a validade do processo³⁹. Mas, ainda que a citação fosse pressuposto processual, não seria a sua ausência impeditiva da formação do processo e da relação processual⁴⁰.

Interessante é a observação de TESHEINER⁴¹, para quem é muito difícil caracterizar a citação como pressuposto processual, porque se assim fosse, como se explicaria a concessão de liminares antes da citação. Seriam então liminares sem processo?

Ainda é do mesmo autor a lição: “A formação do processo civil estatal é, sempre e inevitavelmente, produto da iniciativa de um de seus sujeitos, autor, configurada pela demanda posta perante o juiz. Proposta a demanda que se consubstancia no escrito a que chamamos petição inicial, o processo reputa-se pendente (*litis pendentia*, art. 263 CPC) e seu objeto delimitado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. p. 36. Malheiros, 2003.

³⁵ “A relação processual inicia-se já com o liame entre autor e juiz. Com a apresentação da demanda perante órgão investido de jurisdição há já processo, portanto. Ainda que para repelir a demanda”. JORGE LUIS DALL’AGNOL, *Pressupostos processuais*. p. 21, Lejur. Porto Alegre: 1988.

³⁶ Nos procedimentos de jurisdição voluntária existe citação (art. 1.105 do CPC) e não existe processo, senão apenas procedimento. “Em jurisdição voluntária não há processo, mas apenas procedimento”. PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. p. 203. São Paulo: LEUD, 1979.

³⁷ “Em verdade, porém, o processo nessa hipótese existiu sob forma de relação jurídica apenas linear entre o autor e o juiz e pode haver propiciado uma sentença favorável ao réu.” ARMELIN, Donald, *Flexibilidade da coisa julgada*. RPGE-Edição especial, jan/dez, 2003, p. 55.

³⁸ DINAMARCO anotou: “Em posição bastante peculiar, colocou-se Celso Neves, dizendo que além do mérito e das condições da ação, o juiz conhece também de questões atinentes aos supostos processuais e ao pressuposto processual (único), que é a propositura da demanda”. DINAMARCO, *O conceito de mérito no processo civil*. REPRO, v. 34, p. 36, abril/junho, 1986. Cita RT. 517/11.

³⁹ “DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO – Art. 263 do Código de Processo Civil. 1 – A interpretação do art. 263 do Código de Processo Civil que melhor cobre a prática judiciária é aquela que considera proposta a ação, ainda que se trate de comarca de vara única, no dia em que protocolada a petição no cartório, recebida pelo serventuário, o qual deve despachá-la com o Juiz. Com isso, a contar desta data correm os efeitos da propositura do pedido, dentre os quais o de interromper a prescrição, na forma do art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil. 2 – Recurso especial conhecido e provido. (STJ – 3ª T. REsp nº 598.798 –RS; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. j. 6/9/2005, vu.). Bol. AASP-Jurisprudência. nº 2473, p. 3913, de 29/5- 4/6/06.

⁴⁰ “A ausência dos pressupostos processuais não impede a constituição do processo; apenas faz com que o juiz deixa de apreciar o mérito, embora permaneça para ele o poder dever de declarar as razões pelas quais se abstém de prover o mérito”. JORGE LUIS DALL’AGNOL, *Pressupostos processuais*. pp. 15-16.

⁴¹ “Uma dificuldade para se incluir a citação entre os pressupostos de existência do processo decorre da circunstância de que ele se constitui, antes mesmo da citação do réu, na linha autor-juiz, a ponto de poder ser concedida e executada liminar *inaudita altera parte*. Se o processo sequer existisse antes da citação do réu, como explicar possa o autor apelar da sentença que indefira a inicial ou obter desde logo antecipação de tutela?” TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. p. 22. Saraiva, 2000.

A própria citação somente é determinada e realizada quando já existente processo. A determinação da citação pelo juiz já é ato processual. A expedição de mandado de citação também é ato processual. Caso não existisse processo, como se praticariam estes atos? Não pode haver ato processual sem processo. A própria diligência para citação é ato processual. O ato de citação (art. 225 e 285 do CPC) é ato processual e só se realiza quando já se tem o processo. Também nenhum juiz vai determinar citação avulsa sem processo.

Além do mais, se não existisse processo antes da citação, como se explicaria os casos de audiência de justificação antes da citação (art. 804, do CPC) e, ainda os de cabimento de recurso na forma dos artigos 285-A, § 1º e 296 do CPC, tendo em vista que nestes casos os recursos são sempre propostos antes da citação e, sabidamente, o recurso é exercido onde existe processo⁴², bem como, a possibilidade de se antecipar a tutela jurisdicional antes da citação, porque, como se sabe, cuida-se de julgamento provisório de mérito (Art. 273 do CPC). A tutela antecipada do art. 273, do CPC, bem como a concessão de liminares de maneira geral, nada mais representa de que um julgamento de mérito antes da citação do réu. É decisão provisória, melhor seria que se tornasse definitiva, se o réu não apresentar defesa.

6. Ausência de citação e validade do processo

A doutrina processual precisa evoluir muito. Até hoje ainda existem aqueles que pensam que sem a citação o processo não pode produzir efeito em relação ao réu⁴³. Todavia, o engano neste caso, é evidente. O processo, uma vez instaurado (arts. 262 e 263, do CPC), já começa a produzir efeitos e destes não está excluído o réu. Assim que proposta ação e iniciado o processo (art. 262 e 263 c/c 219, § 1º, do CPC) este já começa a produzir efeito entre as partes, mesmo antes da ocorrência da citação.

⁴² “Os meios de impugnação dividem-se, pois, em duas grandes classes: a dos recursos – assim chamados os que se podem exercitar dentro do processo em que surgiu a decisão impugnada”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo CPC*. 22ª ed. Rio: Forense, 2002, p. 114; “o recurso constitui meio processual hábil para provocar o reexame ou integração da decisão judicial, representando, outrossim, procedimento em continuação, já que se verifica dentro do mesmo processo” WILLHELM, Denise Oliva. *Recursos do processual civil brasileiro*. RT. 842, p. 50. Dezembro, 2005; “Recurso é meio, dentro da mesma relação processual, de que se pode servir a parte vencida em sua pretensão ou quem julgar prejudicado”. MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª ed. 1976, nº 115; “Recurso na mesma relação processual”. Cássio Scarpinela Bueno. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 10, p. 70 – RT. 2006.

⁴³ “A citação é requisito de validade do processo porque sem ela não se produz eficácia em relação ao réu”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Resolução liminar do mérito*. RDDP, v. 79, p. 129. São Paulo: Dialética, outubro de 2009. Também: “Embora o processo já tenha existência jurídica desde o momento em que proposta a demanda, sem ela e portanto sem réu na relação processual, seriam ineficazes todos os atos que se realizassem e os seus efeitos finais”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 509. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2005. Ainda: “Trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263, do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos que lhe seguirem”. DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 423.

Longe estão os tempos em que prevalecia a dogmática em detrimento da lógica ou razão jurídica⁴⁴. Hoje há de prevalecer a razão jurídica sobre a dogmática em face das mais variadas situações que se apresentam no dia a dia. Mesmo sem a citação o processo produz efeitos em relação ao réu, seja ao seu favor ou contra seus interesses.

Efeitos em benefício do réu podem ser exemplificados com o indeferimento da petição com fundamento na prescrição ou na decadência (arts. 295, IV, do CPC), o que corresponde à sentença de mérito (art. 269, IV, do CPC), bem como quando se dá o julgamento imediato da causa na forma do art. 285-A, do CPC, cuja sentença tem validade e, neste caso, é sempre antes de qualquer citação. Em quaisquer casos, sempre que a sentença for de improcedência ela terá validade em relação ao réu⁴⁵. Para tanto, basta ver que o art. 219, § 6º, do CPC, determina que passada em julgado a sentença, será o réu comunicado para tomar conhecimento de que existe julgado ao seu favor, para que possa tirar proveito do mesmo em caso de repropositura da mesma ação ou mesmo para outra finalidade que lhe possa interessar. Se em razão da falta de citação o processo e a sentença não produzissem efeitos em relação ao réu, não haveria razão para que este fosse comunicado (art. 219, § 6º, do CPC). Essa comunicação serve exatamente para que o réu possa usufruir dos efeitos do julgado.

A propositura da ação (arts. 262 e 263, do CPC), produz inúmeros efeitos em relação ao réu, podendo ser ou não de seu interesse. É o que se dá com a interrupção da prescrição ou da decadência que é contra o interesse do réu. Apesar da norma do artigo 219, do CPC, falar que a citação interrompe a prescrição, mas, uma vez realizada a citação a interrupção retroage à data propositura da ação (Parágrafo primeiro do art. 219, do CPC), portanto antes que qualquer citação. No caso de execução, basta a sua simples propositura com o deferimento pelo juiz, já ocorre a interrupção da prescrição, conforme dispõe o art. 617, do CPC, portanto, produzindo efeito contrários aos interesses do réu, mesmo antes da citação. Segundo o art. 202, I, do Código Civil, o simples despacho do juiz que ordena a citação, já interrompe a prescrição, como se vê, isto se dá antes mesmo da citação. Ainda, o art. 185 do CTN, vai mais longe, antecipa até mesmo os efeitos de um futuro processo, ao dizer que haverá fraude na disposição de bens, após a inscrição do débito em dívida ativa, o que se dá antes mesmo da propositura da ação e, por via de consequência, antes da citação.

Também é da propositura da ação (não da citação) que se dá a prevenção conforme dispõe o artigo 253, I, II e III, do CPC. Por estas normas a prevenção se dá pela propositura da ação e, ainda que esta seja extinta antes de qualquer citação, já se torna o juízo prevento para o caso de repropositura da mesma ação ou de outra ação conexa e a isto fica vinculado o réu.

⁴⁴ “o jurista não trabalha só com normas ou com leis, mas deve considerar os valores e os fatos. O conjunto desses elementos e as influências ou relações que existe entre eles formam o sistema jurídico”. LOPES, João Batista. *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

⁴⁵ “[...] não se nulifica, por exemplo, o processo em que o réu não foi citado, mas que termina com uma sentença de improcedência”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Resolução liminar do mérito*. RDDP, v. 79, p. 129. São Paulo: Dialética, outubro de 2009.

Também para os casos de concessão de liminares em tutela antecipada (art. 273, do CPC) ou cautelar (art. 804, do CPC), não se exige a citação do réu, sendo que este fica obrigado à observância do decidido ou ao cumprimento da medida determinada mesmo antes de sua citação. Eventual audiência de justificação feita antes da citação tem validade e eficácia, produzindo os seus efeitos em relação ao réu ainda não citado, mas, que não deixa de ter validade e eficácia somente pela ausência de citação, não se podendo falar em nulidade ou ineficácia.

A tutela antecipada (art. 273, do CPC) quando concedida liminarmente aparece antes da citação e produz efeitos contrários aos interesses do réu. Da mesma forma, acontece com a ação de alimentos, que ao despachar a inicial, portanto antes da citação, o juiz já deve fixar alimentos provisórios, como determina o art. 4º da Lei 5478/68. Nesta caso, a lei, mais do que autorizar, ela contém uma determinação na fixação dos alimentos provisórios antes da citação, cujo pagamento é obrigatório para o réu e sem direito à devolução ou a repetição, caso a ação de alimentos, seja ao final, julgada improcedente.

Não se pode deixar iludir-se pela norma (dogmática)⁴⁶ do artigo 214 *caput* do CPC, que afirma ser indispensável a citação do réu para a validade do processo. Trata-se de norma dogmática que não resiste à interpretação racional (ou lógica) e sistemática. Os parágrafos, 1º e 2º do próprio artigo 214, do CPC, deixam bem claro que a falta de citação não é caso de invalidade. O primeiro ao dizer que o comparecimento espontâneo do réu supre a citação, sendo que tudo que se realizou no processo até aquele momento é válido ou convalidado. O segundo, quando diz que se o réu comparecer para argüir a falta ou a nulidade da citação ainda que esta alegação seja acolhida, mesmo assim, não se fará a citação, considerando-se o réu citado pela simples intimação da decisão (art. 214, 2º, do CPC). Neste caso ocorre a interrupção da prescrição, mesmo sem haver a citação válida, tendo em vista que em seu lugar haverá apenas a intimação, ato que substituirá a citação. Fosse a citação de imperiosa necessidade, não seria ela substituída por simples intimação e não seria dispensada pelo comparecimento espontâneo do réu.

Em caso de processo de conhecimento em que não tenha havido a citação do réu, mas que teve seguimento até ser proferida sentença condenatória, quando de seu cumprimento (execução), se o executado cumprindo o julgado ou se impugnando o cumprimento da sentença não alegar a falta ou nulidade de citação, haverá convalidação, dando por válido o processo como um todo e, nele, incluído como válida a sentença condenatória do réu, bem como os atos executivos posteriores. Ademais a exigência de defesa antes para julgamento depois somente é reservada ao processo penal e não às demandas cíveis⁴⁷.

⁴⁶ “Para tanto, no atual estágio de cientificidade dos estudos do processo é fundamental desapegar-se de velhos dogmas e posicionamentos, bem como desconsiderar conceitos apenas acadêmicos”. SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. 19. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁷ “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo ou policial. O princípio nada tem, com o início do processo

7. Direito de liberdade do réu

Sabe-se que o exercício do direito de defesa e de participação no procedimento pelo réu é facultativo, não estando ele a isto obrigado. Mas, também se sabe que uma vez citado para o processo, se defendendo ou não, participando ou não, está o réu a ele vinculado e sujeito a todos os encargos procedimentais, como se tais exercícios fossem realizados.

Embora não seja o réu obrigado a se defender e, nem de outra forma, participar no procedimento, a simples citação já o empurra para o processo e já o estimula a participar do procedimento com a prática de todos os atos a ele permitidos, muito embora, consciente de que não lhe trarão resultados positivos. O faz, unicamente, porque está sujeito aos mesmos ônus, caso não participe do procedimento. Trata-se de atuação estímulo, muitas vezes, inútil, desnecessária e até mesmo em alguns casos prejudicial ao próprio réu porque amplia os seus encargos em razão de sucumbência.

Isto ocorre, porque a partir da citação não tem o réu a liberdade de escolha, entre participar ou não participar do procedimento, porque de qualquer forma fica sujeito aos mesmos encargos. Caso deixasse a cargo do réu a escolha entre ir ao processo oferecendo defesa e com a participação nos demais atos do procedimento e ficar sujeito a todos os encargos sucumbenciais de um lado, e, de outro, escolher ficar sem participação direta no procedimento e ter seus encargos diminuídos, por certo, em muitos casos, o réu escolheria a segunda hipótese. Com a citação para se defender (art. 213, do CPC) e a impossibilidade de amenizar os seus encargos sucumbenciais, sente-se o réu estimulado a utilizar de todos os meios de defesa e até mesmo outros tipicamente protelatórios, porque sabe que sua responsabilidade será a mesma. Por isso, a liberdade de escolha pelo réu de participar (com a sujeição a todos os encargos sucumbências) ou não participar (com redução dos encargos) seria de extrema importância. Essa constatação que pode parecer utopia em razão de pouca aplicação na atualidade, por certo, será o grande mote do futuro e a jurisprudência já começou a dar exemplo disto⁴⁸.

O autor tem a liberdade, em propor ou não propor ação e, por isso, tem escolha entre se sujeitar aos encargos processuais ou não. Com a ação o autor exerce uma

civil, onde há réus sem direito a defesa, antes da condenação”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo V, p. 235. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁴⁸ “7614 – Medida cautelar – exibição de documento – Pretensão não resistida. Honorários advocatícios. Majoração. Recurso desprovido. 1. Na medida cautelar de exibição de documentos, de natureza preparatória, quando a parte ré não apresenta contestação, mas promove a juntada do documento solicitado, no prazo de defesa, não pode ser condenada nos ônus da sucumbência, diante da ausência de litigiosidade”. TJRP – Ac 0975902-8, rel. Des. Lauri Caetano da Silva, DJe 06.03.2013. RSDCPC, v. 83, p. 209, maio/junho, 2013.

pretensão – com a defesa o réu também exerce pretensão defensiva⁴⁹. Para o réu não existe esta liberdade, uma vez citado, não há escolha, fica sujeito aos encargos sucumbenciais mesmo sem querer. De nada adianta ao réu renunciar a defesa fazendo a confissão (art. 348, do CPC) ou reconhecendo o pedido (art. 26, do CPC), porque estará sujeito às despesas de sucumbência como se tivesse participado e resistido à pretensão do autor.

O mesmo direito de escolha que tem o autor entre demandar ou não demandar, para não correr risco em relação à sucumbência, em nome do princípio da igualdade (art. 5º, da CF), haveria de ser concedido ao réu para que ele pudesse escolher entre figurar ou não figurar no processo, sujeitar-se ou não, aos encargos sucumbenciais. Sempre que ele por escolha própria prefira ficar ausente ao processo, haveria de ser poupado dos encargos processuais. Esta seria uma solução igualitária (art. 5º, da CF) e, por isso, mais equitativa, mais econômica e mais rápida na solução do litígio, atendendo o artigo 5º, LXXIII, da CF.

8. Protraiamento do direito de defesa

O que não se pode é excluir o direito de defesa e de recurso. Mas o seu protraiamento é perfeitamente possível⁵⁰. O direito de defesa diferido não é proibido e nem é coisa do futuro. É coisa do passado e já aplicado pacificamente desde as legislações mais remotas⁵¹. Sua aplicação merece ser ampliada, para melhor atender aos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa, da liberdade de atuação no processo e da igualdade entre as partes.

O exercício da defesa é direito fundamental e garantido pela Constituição da República (art. 5º, LV, da CF). Trata-se de direito e não obrigação. O que se exige é que seja dada oportunidade de defesa ao réu e não que se imponha a ele obrigação em se defender. A norma constitucional deve ser interpretada sempre a favor do réu, de tal forma que deve ser proporcionado a ele o direito de defesa, mas, ao mesmo tempo, deve

⁴⁹ “A defesa em rigorosa técnica e em terminologia científica, é o exercício da pretensão à tutela jurídica por parte do acusado”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, tomo V, p. 234. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁵⁰ “Cumprido, porém, observar-se que a respeito do processo civil, lato sendo, de modo nenhum se pode vedar ou omitir a defesa. O que pode ocorrer é que a lei protraia a exercitabilidade da defesa, tal como ocorre nas execuções imediatas, nas medidas cautelares urgentes e noutros processos em que é recomendável não se aguardar a contestação ou outro ato de defesa”. PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969*, tomo V, p. 236. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

⁵¹ “O juiz deve, em todos os casos, interpretar a lei precisamente pelo modo que conduza à conclusão mais justa para o problema colocando perante sua jurisdição” – porque o único método interpretativo válido e correto é o que vem da ‘lógica do humano, do razoável’. Com esse espírito, há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado, seria fator de injustiça no processo e em seus resultados”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, pp. 16. São Paulo: Malheiros, 2003.

ser respeitada a sua liberdade na escolha entre se defender e se sujeitar aos encargos processuais ou abster de se defender permanecendo fora do processo, evitando correr risco pelos encargos da sucumbência.

A constituição da República assegura o direito de defesa em todo processo e procedimento, mas, não indica em que momento isto deve ser proporcionado ao réu⁵². Não afirma se deve ser antes ou depois da decisão. Do texto constitucional, não se pode extrair interpretação no sentido da obrigatoriedade da concessão do direito de defesa antes do julgamento. Não sendo obrigatória a concessão do direito de defesa antes da citação⁵³, nada obsta que se decida antes e somente depois ofereça ao réu a oportunidade de defesa⁵⁴. Isto é, o direito de defesa fica diferido para o futuro e à escolha do réu em se defender ou não⁵⁵. Além do mais, o direito de defesa, não pode se sobrepor ao direito de acesso à justiça⁵⁶.

Não se trata de novidade e nem de sonho utópico, desde há muito, as legislações vêm se utilizando deste método e sua aceitação tem sido de modo pacífico entre os profissionais do direito⁵⁷. Não é raro encontrar-se nos sistemas jurídicos, autorização

⁵² “Sentença – Aplicação do art. 285-A do CPC – Pedido julgado improcedente – Matéria exclusivamente de direito – Reforma da decisão em segundo grau de jurisdição – Admissibilidade – Procedimento que não acarreta nulidade, quer por ofensa ao contraditório, quer por supressão de instância – Réu que foi devidamente citado para contra-arrazoar o recurso e matéria devidamente decidida pelo juiz de primeiro grau”. TJSP. 680.311-5/8-00 – 12ª CDpub. J. 31-10-2007, vu. Rel. Des. Prado Pereira. Repro 157, p. 339. Assim também haveria de ser mesmo quando a ação é procedente, pois o réu passaria a ter chance de recurso e com isso mostrar o erro da decisão. Quando com ela se conformasse, o julgamento se tornaria definitivo.

⁵³ “Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva; muitas vezes, também, é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos por rumos indesejáveis”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, pp. 13;14. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁴ “Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo instrumental à jurisdição requerida”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 319. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁵ “Evoluímos em nossas digressões e concluímos pela inadequação do procedimento ordinário, não só para a tutela dos direitos em estado de periclitção, mas também para “os direitos evidentes”, culminando por assentar que tanto a evidência quanto a periclitção reclamam tutela antecipada”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. VII (Notas preliminares à apresentação). São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁶ “[...] o processo não pode deixar de buscar mecanismos auto-referentes para, renovando-se fazer efetiva a jurisdição e a tutela pretendida pela sociedade. Para que seja atingível o desiderato processual da efetividade da ordem jurídica devem sofrer mitigações as garantias constitucionais, uma vez que não há garantia constitucional absoluta”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 167-168. Curitiba: Juruá, 2006.

⁵⁷ “No mesmo sentido, Costa Manso, para quem ‘seria absurdo admitir se declare o juiz incapaz de resolver de plano um litígio, sob o pretexto de haver preceitos legais esparsos, complexos ou de inteligência duvidosa. Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar ou denegar o mandado de segurança”. Castro Nunes. *Do mandado de segurança*, p. 92-93. Citado por FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 317, nota 360. São Paulo: Saraiva, 1996.

para o juiz decidir-se antes e liminarmente e, só depois, citar-se o réu para se defender⁵⁸. A doutrina moderna compartilha com esse entendimento⁵⁹.

A ordinarização do procedimento é coisa do passado e não pode prevalecer nos dias atuais⁶⁰. No mundo moderno não comporta um procedimento ordinarizado e amarrado com formalidades desnecessárias⁶¹. A preocupação com o devido processo legal, significa apenas a preocupação com um princípio, mas, o sistema constitucional adotou outros princípios e que devem também ser observados⁶².

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 01-01-1916) autoriza a concessão de liminar a favor do autor em ação possessória, antes da citação do réu. Assim dispunha: “Art. 506 – Quando o possuidor tiver sido esbulhado, será reintegrado na posse, desde que o requeira, sem ser ouvido o autor do esbulho antes da reintegração”. Julgava-se o pedido de reintegração antes da citação do réu, que somente depois seria citado para se defender. Isto se dava diante da evidência do direito do autor⁶³.

Também o Código de Processo Civil, editado em 1973, seguiu na mesma esteira e afirmou a possibilidade de julgamento com acolhimento de pedido liminar antes da citação do réu⁶⁴, quando devidamente instruído o pedido do autor. Para os casos de dívida ou falta de documentação idônea, o juiz poderá determinar que o autor justifique previamente o alegado, uma vez julgada a justificação procedente, o juiz determina a

⁵⁸ “Não nos parece correta a posição dos que impedem essa forma de tutela sob a alegada afronta dos princípios hoje constitucionalizados”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 320. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁵⁹ “O procedimento expedito exige que não grave sem solução o suposto conflito que deu ensejo ao pedido de segurança. Por fim, é de tudo compatível com o expediente essa possibilidade de julgamento do mérito *initio litis*, mercê de representar uma boa contrapartida para a parte que suscitou ao juízo uma tutela *ultra expedita* sem ter o direito material alegado, sem prejuízo de solucionar definitiva e celeremente um conflito sociojurídico”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 88. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁶⁰ “Todavia, não se pode deixar de reconhecer que a *ordinarização* do processo é o grande vilão a ser combatido, pois a *sumarização* surgiu para remediar esse mal, em situações nas quais a necessidade de tutela expedita estivesse presente”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 158. Curitiba: Juruá, 2006.

⁶¹ “A ordinarização do processo é o resultado dessa obediência cega ao ritual, pretensamente tendo como causa desideratos a segurança e a certeza, absolutamente utópicas”. BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, p. 11. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁶² “Mas, a garantia do devido processo legal não é a única que a ordem constitucional previu para a situação daqueles que tenham de sujeitar-se à tutela jurisdicional para resguardo e satisfação de seus direitos lesados ou ameaçados. Antes mesmo de cuidar da forma de atuar em juízo, a Carta Magna estatui a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída à apreciação e solução da Justiça oficial (CF. art. 5º, XXXV)”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *As liminares e a tutela de urgência – Tutela Jurisdicional de Urgência*. In ALVIM, José Manuel de Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda (Coords). *Inovações sobre o direito processual civil: Tutelas de Urgência*. São Paulo: Forense/Fadisp, 2003, p. 11.

⁶³ “[...] a aplicação do art. 506 do Cód. Civil só tem cabimento quando a posse e o esbulho são evidentes”. TJRJ – Câmara de apelação carioca, 5ª CADF, Agravo de petição, nº 1709, j. 12-11-1936, sendo relator Des. André Pereira.

⁶⁴ CPC: “Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou reintegração”.

manutenção ou a reintegração, antes mesmo de citar o réu para se defender (art. 929 do CPC).

A Lei nº 8.245/91, conhecida como lei de locação e inquilinato em seu artigo 59 também prevê hipótese em que é autorizado o julgamento liminar com a concessão do despejo antes de citar o réu. Primeiro analisa-se e julga-se liminarmente o pedido de despejo e somente depois é que o réu será citado. É mais um caso de diferimento do direito de defesa e, neste caso, há irreversibilidade. Isto é, não existe volta ao *status quo*.

O diferimento do direito de defesa também aparece na execução, nos embargos de terceiro no processo cautelar etc. São casos de direitos evidentes e o reconhecimento e a concessão do direito antes da citação e do exercício do direito de defesa obedece ao princípio da proporcionalidade⁶⁵. Isto demonstra bem a necessidade de evolução e atualização das formas de acesso à justiça⁶⁶.

9. Julgamento imediato

Sempre se admitiu o julgamento imediato em alguns casos (art. 295, IV, cc/269, IV, do CPC). A admissibilidade do julgamento de mérito imediatamente e antes mesmo da citação do réu, já começa ganhar força com as últimas alterações legislativas (art. 273 e 285-A, do CPC), bem na doutrina mais avançada⁶⁷. Engana-se - quem pensa que para o julgamento do mérito, antes é necessária a participação do réu⁶⁸. O direito de defesa (e neste incluído o direito a recurso) é um direito fundamental (art. 5º, LV, da CF), mas antes dele, a Constituição da República, garante outro direito fundamental e mais importante que é o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF)⁶⁹. Sem a garantia do

⁶⁵ “Esclareça-se, por oportuno, que a idéia de *relativização de garantias constitucionais*, portanto afastada a idéia de *garantias constitucionais absolutas*, tem especial trânsito no Brasil e goza de grande prestígio, permitindo, inclusive, às leis infraconstitucionais ferirem certas garantias, como a ampla defesa e o contraditório, portanto o devido processo legal, quando autoriza a concessão de *medidas urgentes em caráter liminar inaudita altera parte*, a isonomia, quando se fixam prazos que privilegiam a Fazenda Pública, a inafastabilidade da jurisdição, quando se imprime vigor de coisa julgada material à decisão arbitral, o acesso à justiça, quando se impõe o depósito prévio na ação rescisória”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 168. Curitiba: Juruá, 2006.

⁶⁶ “Daí a necessidade premente sentida pela doutrina de revisitar e reconstruir as teorias da ação, da jurisdição e do processo, ou seja, a imperiosidade de enfocar os fundamentos e as dimensões da tutela jurisdicional dentro da nova ordem constitucional”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise*. RDDP, v. 123, p. 32. São Paulo: Dialética, junho, 2013.

⁶⁷ “O direito evidente, fartamente comprovado, admite uma cognição rápida, sumária e exauriente”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 9. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁶⁸ “A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 319. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁶⁹ “A ordem constitucional garante o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, mas, aprioristicamente, garante o pleno e irrestrito acesso de todos ao Poder Judiciário, pois, antes de estabelecer a forma de atuar em juízo, já fincara a garantia do acesso à Justiça, ou seja, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, de tal modo que não fique sem acesso à apreciação e efetiva tutela

direito fundamental de acesso à justiça, nem cabe falar em direito fundamental de defesa, porque não há do que se defender.

Ao seu tempo CALAMMANDREI⁷⁰, já se apercebera disso e propunha a existência de um ordenamento ideal através do qual pudesse o juiz julgar e solucionar a lide instantaneamente, assim que a petição inicial fosse a ele apresentada. Compartilha com esse entendimento FUX⁷¹, para quem não se deve preocupar-se com eventuais erros, porque a margem de erro no julgamento será a mesma em qualquer processo ou procedimento. De sua vez THEODORO JUNIOR⁷², reclama por uma melhor postura dos juízes e tribunais, o que pode também incluir a doutrina, para afastar o formalismo desnecessário para melhor e mais rápido atender-se o direito fundamental de acesso à justiça.

O ideal é que toda sociedade viva sob o manto da justiça e do direito. Para se proporcionar a justiça é necessário que se proteja e se faça cumprir o direito o quanto antes possível. Somente quando o direito é protegido e amparado instantaneamente é que se pode falar em verdadeiro acesso à justiça. Por isso, o acesso à justiça é sempre urgente, porque ninguém pode viver sem justiça. Como ninguém pode viver sem justiça, o acesso a ela é sempre urgente e exige que o seja o quanto antes possível⁷³. As formalidades excessivas utilizadas no país, que em muito contribuí para uma demora injustificável na aplicação do direito, foi a razão de a Justiça brasileira ser reconhecida como uma das mais morosas no cenário mundial⁷⁴.

9.1. Direitos evidentes

jurisdicional qualquer ameaça ou lesão a direito”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 116. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷⁰ “Em um ordenamento processual puramente ideal, no qual o procedimento definitivo pudesse sempre ser instantâneo, de modo que, no mesmo momento no qual o que tem direito apresentasse o pedido, logo pudesse ser-lhe feita justiça de modo pleno e adequado ao caso, não existiria mais lugar para os procedimentos cautelares”. CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, p. 40. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

⁷¹ “A margem de erro é aquela que se verifica em todo provimento mesmo de cognição dita exauriente e como consectário da humanidade do julgador”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 309. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁷² “Quando se generalizar, entre os operadores do Direito Processual, especialmente entre os juízes e tribunais, o desapego ao formalismo estéril, para se compreender e aplicar a forma processual em seu sentido *valorativo e dinâmico* -, que não condiz com obstaculização do acesso à justiça pela complexidade ou pelo custo do procedimento -, muito mais célere e mais justa será a tutela jurisdicional efetivamente dispensada pela Justiça brasileira”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise*. RDDP, v. 123, p. 48. São Paulo: Dialética, junho, 2013.

⁷³ “A urgência é tema ainda não explorado pela doutrina, que, por vezes, mantém-se indiferente ao seu enfrentamento na forma como está a merecer”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 157. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷⁴ “O Brasil tem a trigésima justiça mais lenta do mundo quando se busca sua ajuda[...]”. Revista Veja de 28/I/2004, pp.78-79.

Quando se trata de direito evidente não existe razão alguma para retardar o seu reconhecimento e sua efetivação. Direito evidente é aquele que ressoa diretamente da norma jurídica ou pelos fatos incontroversos⁷⁵ (art. 273, do CPC) que autoriza o pronto atendimento.

Em se tratando de direito evidente fica o juiz autorizado a concedê-lo e satisfazê-lo de imediato, antes mesmo de qualquer participação do réu no processo e somente comunicando-o da decisão tomada e facultando-lhe recorrer da decisão onde será apresentada a sua defesa, se assim o desejar. Da mesma forma, que existe direito evidente que justifica o seu reconhecimento de imediato, também existem casos de inexistência de evidência que justifica a citação do réu para se defender antes de ser proferido julgamento, bem como, existem casos de evidente falta de direito que autoriza o julgamento de improcedência de imediato, sem necessidade de citação do réu⁷⁶.

O art. 285-A do CPC autoriza o julgamento imediato de mérito quando se tratar de causas semelhantes (não idênticas) e o resultado for pela improcedência. Mas, nada obsta que se evolua o pensamento e que se permita também o julgamento pela procedência. Se alguém propôs uma ação e obteve julgamento favorável, porque outra pessoa com direitos semelhantes não poderá obter julgamento favorável imediato. Imagine a situação em que vários empregados da mesma empresa foram demitidos em massa de forma arbitrária e o primeiro a demandar obteve sentença favorável de reintegração, direito este que se apresenta evidente para os demais empregados na mesma situação. Nesse caso o direito dos demais é evidente e não precisa esperar citação e defesa do réu para julgar o mérito do pedido dos demais empregados. Deixar para decidir somente após delongas com defesa e nova instrução probatória é negar acesso à justiça aos demais empregados na mesma situação.

9.2. Tutela prioritária

Como foi apontado acima, o acesso à justiça com a efetivação do direito é sempre caso de urgência⁷⁷. Mas, existem situações em que mesmo não sendo caso de direito evidente, a urgência exige uma imediata tomada de posição, em face da impossibilidade de demora, como acontece nos casos de risco de morte, que implica em

⁷⁵ “Os fatos, como sabido, são levados ao juízo através das provas, razão pela qual, quando se fala em direito evidente, diz-se direito evidenciado ao juízo através de provas”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 311. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁷⁶ “Há, assim, direitos evidentes e direitos não evidentes e *fortiori*, demonstrações evidentes de inexistência do direito, demonstrações evidentes da existência do direito e probabilidade de existência do direito alegado”. FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*, p. 88. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁷⁷ “Em síntese, tanto no sentido laico quanto no jurídico os termos urgência ou urgente expressam o mesmo significado, ou seja, daquilo que não pode ser protelado, para tanto, **com dispensa de certas formalidades** em alguns casos, tudo em prol do cumprimento em primeiro lugar e de imediato”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 159. Curitiba: Juruá, 2006.

proteção o direito à vida, à saúde e à segurança que deve ser prontamente deferida tal proteção⁷⁸. Nestes casos deve-se levar em conta o valor a ser protegido e cabe ao juiz tratá-lo com prioridade, ainda que se afaste da letra fria da lei⁷⁹ em face do princípio e direito fundamental de proporcionalidade.

A tutela de prioridade deve levar em conta a prioridade do valor em questão e, não se preocupar com eventual urgência, porque nem sempre a prioridade exige urgência⁸⁰. O que se deve por em evidência e levar-se em consideração é o valor em questão e não a urgência pura simples⁸¹.

Nos casos de tutelas prioritárias, como liberdade, saúde, exercício de profissão, demissão arbitrária de emprego (art. 7º, I, da CF), alimentação (Lei 5478/68, art. 4º), não se há de exigir prova inequívoca (art. 273, do CPC) e instrução probatória para este fim, devendo ser imediatamente julgado o pedido, em razão dos valores que, nestes e outros casos, são merecedores de proteção imediata. Justifica-se, pois, a dispensa de citação e pronto julgamento de mérito. Quem está privado de sua locomoção tem prioridade na obtenção de

sua liberdade, do que o agente da privação em fazer sua defesa; Quem está precisando de internação e tratamento de saúde, tem prioridade no tratamento em comparação com o direito de defesa de quem nega tal direito. O empregado despedido arbitrariamente tem prioridade em reintegrar no emprego, do que o direito de defesa de quem cometeu tal arbitrariedade.

10. Direitos fundamentais contrapostos

A Constituição federal instituiu como direitos fundamentais, de um lado, o acesso à justiça e, de outro, o direito de defesa. Trata-se de direitos fundamentais que em determinadas situações podem se apresentarem em contraposição em um mesmo

⁷⁸ “Para a tessitura completa do sistema de urgência não se pode abstrair a outra espécie de tutela de urgência, quanto ao conteúdo, que tem como motor a probabilidade da existência do direito, ou a prioridade do valor em jogo que impõe sua imediata tutela, independentemente da perquirição acerca de *periculum*”. MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 160. Curitiba: Juruá, 2006.

⁷⁹ “Mesmo no plano de aplicação das regras do direito material, o juiz não pode limitar-se a uma exegese fria das leis vigentes. Tem de interpretá-las e aplicá-las, no processo, de modo a conferir-lhes o sentido justo, segundo o influxo dos princípios e regras maiores retratados na Constituição”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise*. RDDP, v. 123, p. 35. São Paulo: Dialética, junho, 2013.

⁸⁰ “O tempo é o alvo da urgência, mas esta não pressupõe somente o *periculum*, pois a imediata fruição do bem da vida com o escopo de priorizar um valor elevado que esteja no centro da pretensão deduzida em juízo caracteriza a *tutela prioritária* e justifica a concessão de tutela urgente”. MESQUITA, P. 160.

⁸¹ “Para a tessitura completa do sistema de urgência não se pode abstrair a outra espécie de tutela de urgência, quanto ao conteúdo, que tem como motor a probabilidade da existência do direito, ou a prioridade do valor em jogo que impõe sua imediata tutela, independentemente da perquirição acerca de *periculum*”, MESQUITA, p. 160.

processo exigindo do aplicador do direito redobrado cuidado para não desprestigiar um ou outro.

Em razão da possibilidade de contraposição entre esses direitos fundamentais, é que se tem pregado que não existe direito fundamental absoluto. Sempre que dois ou mais direitos fundamentais estiverem em confronto, há necessidade de se buscar uma interpretação equitativa com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como não se podem aplicar todos ao mesmo tempo, em determinados casos, surge a necessidade de se eleger qual deles é mais importante para aquela situação e aplicar-se-á aquele que em caso de desatendimento implicará em maior dano.

Diante de dois direitos fundamentais contrapostos deve-se dar prioridade àquele que se desatendido causaria maior prejuízo em relação ao desatendimento do outro. Aconselha-se que se dê atendimento ao princípio ou ao direito que se descumprido causaria maior dano à parte. Alguns exemplos poderão ajudar para o melhor entendimento: a) Entre o direito a alimentos e o direito fundamental de intangibilidade do salário, deve prevalecer o primeiro, sobrepondo o segundo, para efeito de constrição para pagamento. Entre o direito de sobrevivência do necessitado aos alimentos e o direito à impenhorabilidade do salário deve prevalecer o primeiro; b) Quando em confronto o direito de liberdade do indivíduo de um lado e, o direito à segurança da sociedade de outro, deve prevalecer este último, que se desatendido provoca maior prejuízo. c) O direito de ir vir é um direito fundamental, mas situações existem em que o direito fundamental à segurança exige a mitigação daquele. Inúmeros outros exemplos podem ser encontrados.

A seguir estes exemplos, é possível afirmar-se que, em muitos casos, o direito de defesa se contrapõe ao direito de acesso à justiça de tal forma, que se atender àquele, este fica prejudicado. Neste momento é que surge a necessidade de se analisar qual deles, se desatendido será mais prejudicial à parte. A Lei 5478/68 (lei de alimentos) em seu artigo 4º determina que o juiz ao despachar a petição inicial de alimentos já fixe os alimentos provisórios, reconhecendo implicitamente que o direito aos alimentos é mais importante do que o direito de defesa, sobrepondo-se a este. Em muitas situações o direito fundamental à segurança sobrepõe-se ao direito de liberdade e o de defesa, visto que a Constituição da República autoriza até mesmo a prisão em flagrante antes de qualquer oportunidade de defesa (CF, 5º, LXI). No confronto entre o direito de acesso à justiça e o direito de defesa, deve prevalecer o primeiro, tendo em vista que a justiça e a ordem jurídica justa devem prevalecer sempre. Se se imaginar que o direito de defesa deve prevalecer sobre o acesso à justiça, estar-se-á admitindo implicitamente que não haverá acesso à justiça.

Os princípios da ponderação e da proporcionalidade devem ser aplicados sempre, visto que eles não se contrapõem a nenhum outro princípio, senão, apenas,

indicam a melhor forma de aplicar os demais⁸². No confronto entre os direitos de acesso à justiça e o direito de defesa, sempre haverá a necessidade de se trabalhar com o princípio da ponderação. Quando se tratar de pretensão duvidosa e que pode causar prejuízo ao réu, deve-se priorizar o direito de defesa, mas quando se tratar de pretensão a direito evidente ou mesmo quando não evidente, mas que o seu atendimento não vai causar prejuízo ao réu deve-se priorizar o acesso à justiça⁸³.

Quando se tratar de acesso à justiça em busca de proteção à dignidade humana, à vida, à saúde e a segurança, estes deverão de prevalecer sobre os princípios do contraditório e da defesa, diante dos princípios da proporcionalidade e da ponderação⁸⁴. Existem casos em que o protraimento do direito de defesa e do contraditório em nada os prejudicará, mas a demora em promover o acesso à ordem jurídica justa, esta sim causará prejuízo e, muitas vezes, até mesmo, irreversíveis ao direito do autor que não pode esperar. É por isso, que se colocam em posição de vanguarda os princípios da proporcionalidade e da ponderação.

Conclusão

A justiça deve ser buscada sempre porque ninguém do povo merece ser injustiçado. A única forma de se promover a justiça e promover a ordem jurídica justa. Neste sentido é que se pode dizer que justiça tardia, nada mais é, do que injustiça. Como a justiça deve ser pronta e imediata, o seu acesso deve sobrepor ao direito de defesa, quando o exercício desta resultar em prejuízo àquela.

Quando se nega de imediato ao autor um direito que ele tem, está de outra forma, garantindo ao réu uma situação de direito que ele não tem⁸⁵. A questão toda gira em torno do equilíbrio e da proporcionalidade. Se não está amparando o direito de quem

⁸²“A aplicação dos princípios para resolver casos concretos não pode ter lugar de forma direta, pois os princípios apresentam apenas razões não peremptórias ou *prima facie* que devem ser contrastadas com outras, provenientes de outros princípios e regras. A aplicação do princípio pressupõem duas fases. Na primeira se converte o princípio (ou princípios) em regras – ou o que em sentido estrito pode ser chamado ponderação – e, a seguir, em uma segunda fase, a regra criada será aplicada conforme o modelo subsuntivo”. ARAÚJO, Jorge Alberto. *A súmula nº 4 do TRT da 4ª Região à luz da Teoria da Argumentação jurídica*. JT-HS, v. 354, p. 92, junho, de 2013.

⁸³ É o caso de um empregador que após de encerrado o contrato de trabalho se recusar simplesmente a dar baixa na CTPS do empregado. A pretensão à simples anotação do encerramento do contrato de trabalho, além de ser direito evidente, também nenhum prejuízo trará ao réu (empregador), porque não implica em outros encargos.

⁸⁴“Não parece necessária a montagem da fórmula de peso referida por Alexy para percebermos que os princípios do Contraditório e do Devido Processo Legal sucumbem perante os da Dignidade Humana...” ARAÚJO, Jorge Alberto. *A súmula nº 4 do TRT da 4ª Região à luz da Teoria da Argumentação jurídica*. JT-HS, v. 354, p. 95, junho, de 2013.

⁸⁵ “[...] negar a uma das partes um medida cautelar corresponde a conceder à outra a mesma medida em contrário”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. em conferência proferida na TRT da 4ª Região. Citado por ARAÚJO, Jorge Alberto. *A súmula nº 4 do TRT da 4ª Região à luz da Teoria da Argumentação jurídica*. JT-HS, v. 354, p. 93, nota 3, de junho de 2013.

tem, certamente, está proporcionando uma situação de injustiça, porque, ainda que despercebidamente, está amparando injustamente quem não tem direito.

O Judiciário brasileiro de regra é lento e demora-se muito para tomar alguma decisão, o que levou o Ministro Joaquim Barbosa, Presidente do Supremo Tribunal a dizer que no Brasil o Poder Judiciário se lembra do criminoso, mas, se esquece da vítima. Carreando esta frase para a órbita cível, pode-se dizer que o Poder Judiciário se lembra do direito de defesa do réu, mas se esquece do direito evidente ou prioritário do autor. Exatamente isto, é que provoca a demora na deliberação e injustiça a quem tem direito. Situação que precisa ser mudada para o bem da comunidade em geral.

Referências

- ARAÚJO, Jorge Alberto. *A súmula nº 4 do TRT da 4ª Região à luz da Teoria da Argumentação jurídica*. JT-HS, v. 354, junho, de 2013.
- ARMELIN, Donaldo, *Flexibilidade da coisa julgada*. São Paulo: Revista da PGE/SP-Edição especial, jan/dez, 2003.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo CPC*. 22ª ed. Rio: Forense, 2002.
- CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se hace un proceso*. Trad. Santiago Sentis de Melendo e Marino Ayerra Redín. Santa Fé de Bogotá-Colômbia: Editorial Temis, 1994.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción em El sistema de los derechos*. Trad. Santiago Sentis de Melendo. Bogotá-Colômbia: Editorial Temis, 1986.
- DALL'AGNOL, Jorge Luiz. *Pressupostos processuais*. Lejur. Porto Alegre: 1988.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1. Salvador: Podium, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II. São Paulo: Malheiros, 4ª ed, 2004.
- _____. DINAMARCO, *O conceito de mérito no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. REPRO, v. 34, abril:junho, 1986.
- _____. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5ª edição. Malheiros: 1997.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GOUVEIA MEDINA, Paulo Roberto. *Sentença emprestada*. REPRO, v. 135.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Resolução liminar do mérito*. RDDP, v. 79. São Paulo: Dialética, outubro de 2009.
- MENDONÇA LIMA, Alcides. *Introdução aos recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1976, nº 115;

MESQUITA, Eduardo Melo de. *O princípio da proporcionalidade e as tutelas de urgência*, p. 159. Curitiba: Juruá, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *O direito à defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

PRATA, Edson. *Jurisdição voluntária*. São Paulo: LEUD, 1979.

SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*, p. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Sentença de mérito sem citação do réu (art. 285-A do CPC)*. Revista Dialética de Direito Processual, v. 43, pp. 39:52. São Paulo: Dialética, outubro de 2006. ISSN 1678-3778;

_____. *Validade do julgamento do mérito sem citação do réu*. Revista de Processo - REpro, v. 111, pp. 69:80. São Paulo: RT. julho-setembro, 2003.

_____. *Efeitos da sentença que julga embargos à execução*. São Paulo: Editora MP, 2007.

_____. *Embargos à execução – natureza jurídica*. Revista Dialética de Direito Processual. v. 36, pp. 55-69. São Paulo: Dialética. Março, 2006. ISSN. 1678-3778.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O processo justo e as tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos substanciais em crise*. RDDP, v. 123, pp. 32:61. São Paulo: Dialética, junho, 2013.

WILLHELM, Denise Oliva. *Recursos do processual civil brasileiro*. São Paulo: RT. v. 842, Dezembro, 2005.