



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A não intimação do Agravado, Réu não citado no Juízo *a quo*, face ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa

Élcio Mancebo Reis

Rio de Janeiro
2015

ÉLCIO MANCEBO REIS

A não intimação do Agravado, Réu não citado no Juízo *a quo*, face ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.
Professora Orientadora: Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro
2015

A não intimação do Agravado, Réu não citado no Juízo *a quo*, face ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa

Élcio Mancebo Reis

Graduado em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e em Direito pela Universidade Cândido Mendes – Centro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Servidor-Instrutor da Escola de Administração Judiciária - ESAJ

Resumo: O objetivo desta pesquisa é analisar o recurso de agravo de instrumento no Direito Processual Civil diante do princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, e do também constitucional princípio da razoável duração do processo, considerando, especificamente, a hipótese do autor/agravante interpor o recurso, sem que o réu/agravado, tenha sido citado. Assim, não estando completa a relação jurídico-processual (Estado-demandante-demandado), pode o relator do agravo, ao perceber que assiste razão ao agravante, e buscando a celeridade processual, dar provimento ao recurso, sem a oitiva do agravado?

Palavras Chaves: Não intimação do Agravado. Réu não citado no Juízo *a quo*. Indeferimento de liminar ou não concessão de tutela antecipada no Juízo originário. Princípio do contraditório e ampla defesa. Princípio da razoável duração do processo.

Sumário: Introdução. 1. Evolução do Agravo de Instrumento na legislação brasileira. 2. Processamento do Agravo no Tribunal Estadual. 3. Da legitimidade passiva. 4. Doutrina. 5. Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. 6. Fases do Direito Processual Civil 7. Regras e princípios. 8. Colisão entre os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e da razoável duração do processo. 9. O método da ponderação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar o recurso de agravo de instrumento no Direito Processual Civil diante do princípio do contraditório e ampla defesa e do princípio da razoável duração do processo, ressaltando um dos problemas encontrados no seu

processamento, qual seja, a necessidade ou não de intimação do Agravado para contrarrazoar, quando ainda não citado em primeiro grau. Nas palavras de Carreira Alvim¹ “gerando apenas uma relação recursal do tipo *linear ascendente* entre o agravante e o tribunal”.

Assim sendo, indaga-se: como harmonizar a intimação do agravado não citado no processo que originou a decisão agravada, e, por conseguinte, sem ter advogado constituído, com a norma constante do art. 527, inciso V do CPC, que determina expressamente em sua parte final “[...] nas comarcas sede de tribunal e naquelas que o expediente forense for divulgado no Diário Oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial”?

Aqui, portanto, o cerne do presente trabalho, eis que analisamos a necessidade ou não da intimação do agravado, *quando do provimento ao agravo*, sendo que a referida intimação é realizada, atualmente, por publicação, inclusive eletronicamente, conforme disposto no art. 5º da Lei n. 11.419/06². Ou seja: como intimar uma parte, por publicação, conforme determinado pela parte final do inciso V do art. 527 do CPC, sem que ela esteja representada por advogado?

Por outro lado, não restam dúvidas quanto à possibilidade de o relator negar seguimento ou negar provimento ao agravo de instrumento, sem a intimação do réu/agravado, considerando não haver nenhum prejuízo ao agravado, visando à celeridade processual, sem afrontamento ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, por óbvio. Razão pela qual essa hipótese não será analisada, limitando-se a discorrer sobre a *possibilidade ou não do provimento do agravo de instrumento, sem a oitiva do agravado*, eis que não tem advogado constituído no Juízo *a quo*, e também sem representação processual na superior Instância.

Não se cogita, também, sobre a hipótese do réu já ter sido citado, porém, ainda não ter constituído advogado, considerando que ao contestar a ação, o patrono constituído junta a

¹ CARREIRA ALVIM, J.E. *Agravos no processo civil*. 7 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 108.

² Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

respectiva procuração. Neste caso, o agravante pode informar o nome do patrono do réu/agravado, cumprido, assim, integralmente o disposto no art. 524, inciso III do Código de Processo Civil³, embora tardiamente, eis que à época da interposição do agravo, o réu/agravado ainda estava sem patrono nos autos originários. Tal delimitação busca a melhor compreensão do tema.

Em geral, ocorre a hipótese ora sob exame, quando indeferida pelo magistrado *a quo*, por exemplo, uma tutela antecipada ou uma liminar requerida na inicial e o Autor, Agravante na 2ª Instância, interpõe o recurso de agravo de instrumento buscando a reforma desta decisão, sem que a relação processual esteja regularmente formada, eis que o Réu, ora Agravado, ainda não foi citado, e, quando da autuação do agravo de instrumento, o patrono do agravado, conseqüentemente, deixou de constar do processo.

Necessário lembrar, segundo Hartmann⁴ que o contraditório “se refere à possibilidade de uma parte ser intimada para se manifestar a respeito de uma afirmação que foi efetuada pela outra [...] e ampla defesa se destina exclusivamente ao demandado” [...].

Com a crescente massificação das demandas que aportam no Judiciário, torna-se necessária a celeridade processual, como forma de garantir o princípio constitucional da razoável duração do processo, disposto no art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88⁵. Entretanto, o princípio, também constitucional do contraditório e ampla defesa, positivado no art. 5º, inciso LV da CRFB/88⁶, não pode ser relegado a segundo plano.

³ Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)
[...] III - o nome e o endereço completo dos advogados, constantes do processo. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo de processo civil*. Niterói: Impetus, 2014, pag. 15.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

No decorrer do estudo, veremos a evolução do agravo de instrumento na doutrina pátria, o processamento no Tribunal Estadual, a parte passiva do recurso, a posição da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça, quanto à intimação ou não do agravado para contrarrazoar, além das fases pelas quais passou o direito processual civil. Analisaremos, ainda, sucintamente, a diferença entre regras e princípios, bem como a colisão entre princípios constitucionais, e o método para resolução de eventual conflito.

A relevância dessa questão, de um lado o autor/agravante, que ingressa no Judiciário e quer uma prestação jurisdicional rápida e eficiente, sem delongas, e, de outro lado, o réu/agravado, que não pode ser tolhido em seu direito de defesa, serão a seguir analisadas, utilizando-se a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa e parcialmente exploratória.

1. EVOLUÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Proclamada a Independência, o Direito Brasileiro passou a cuidar de cinco espécies de agravos: instrumento, petição, ordinário, de ordenação não guardada e no auto do processo.

No processo de evolução legislativa, o Código de Processo Criminal do Império, de 29 de novembro de 1832, avançou sobre a administração da justiça civil e suprimiu os agravos de instrumento e petição, condensando-os no agravo no auto do processo (art. 14). A Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, revogou aquele dispositivo e revigorou a legislação anterior.

O Regulamento 737, de 25 de junho de 1850, manteve os agravos de petição e instrumento e extinguiu aquele no auto do processo. Sobreveio a Consolidação da Lei Sobre o Processo Civil, editada através da Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, conservando o agravo de instrumento, ladeando o de petição e o no auto do processo (arts.

1453 e 1498). No entanto, a Lei nº 3.272, de 5 de julho de 1885, restabeleceu o Regulamento 737 para disciplinar a matéria.

Apesar da instituição da dualidade na Constituição de 1891, a quase totalidade dos códigos estaduais contemplava o agravo de instrumento, enumerando casuisticamente seu cabimento.

Restaurada constitucionalmente a unidade do Direito Processual Civil e editado o Código de 1939, concedeu-se o agravo de petição contra as decisões que pusessem termo ao processo sem julgamento de mérito e algumas interlocutórias mistas, declarando irrecorríveis as interlocutórias simples com algumas exceções, para as quais se proveu os agravos de instrumento (art. 842) e no auto do processo (art. 851).

O Código de 1973, de inspiração inicial restringindo manutenção apenas do agravo de instrumento, acabou por contemplar o retido, sabendo-se que a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994, simplificou a nomenclatura, passando doravante a se conhecer apenas o agravo⁷.

Com o advento da Lei n. 9.139/1995, o agravo passou a se dividir nas formas retida e por instrumento e, de acordo com o art. 522 da redação antiga do CPC, de todas as decisões proferidas no processo caberia agravo de instrumento e na petição, o agravante poderia requerer que o agravo ficasse retido nos autos, a fim de que dele conhecesse o Tribunal, preliminarmente, por ocasião da sessão de julgamento. Assim, o legislador de 1995 objetivou agilizar o processamento do recurso, possibilitando a interposição do agravo diretamente no Tribunal de segunda instância, com expressa possibilidade de o agravante requerer ao relator a concessão de efeito suspensivo.

Porém, o que ocorreu no caso concreto é que a faculdade outorgada pela lei foi de encontro à celeridade processual, pois os advogados, em sua maioria, optavam pela

⁷SILVEIRA, João José Custódio. *Agravo de instrumento: bases históricas e propostas de reformulação do instituto*. Disponível em www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/JoC3%A3o%20J%20c%20da%20Silveira-%2520formatado.pdf. Acesso em 10 fev. 2015.

interposição do agravo na forma de instrumento, abalroando os Tribunais de recursos - muitas vezes protelatórios - e assim comprometendo a boa atividade judiciária.

Em razão desse fato, a Lei nº 11.187 de 2005, que alterou a redação do art. 522 do atual CPC, manteve as duas formas de agravos, mas visando, sobretudo, desafogar o Poder Judiciário, estabeleceu que o recurso cabível das decisões interlocutórias, em regra, passa a ser o agravo retido, no prazo de 10 dias, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a interposição do agravo de instrumento. Referida redação está atualmente vigente, não havendo opção entre agravo de instrumento e agravo retido, ou cabe um, ou cabe o outro⁸.

Salvo melhor juízo, todas as alterações ocorridas tiveram como meta acelerar o julgamento dos recursos nos tribunais. E foi esse o intuito das cinco etapas da reforma (1990, 1994-1995, 1998, 2001 e 2004-2008), traduzindo movimentos conscientemente endereçados a objetivos bem definidos, a fim de remover os obstáculos à efetividade do processo⁹.

Por fim, as últimas reformas, datadas de 26/12/01 e de 19/10/05, por meio das Leis n. 10.352/01 e n. 11.187/05, alteraram em alguns pontos a incidência e o processamento dos recursos de agravo de instrumento e do agravo retido, sendo este último a regra, ambos com incidência e aplicação nos dias de hoje.

Insta salientar que o *termo agravo* não traduz com exatidão a realidade do conteúdo que expressa, pois quem agrava a situação, processualmente falando, de uma das partes em benefício da outra é o próprio juiz, no exercício da atividade jurisdicional. No entanto, quem

⁸SILVEIRA, Artur Barbosa da. *O agravo de instrumento à luz da legislação atual e das disposições do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL/2010)*. Disponível em <https://www.prolegis.com.br/o-agravo-de-instrumento-A0-luz-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-atual-e-das-disposi%C3%A7%C3%B5es-do-projeto-do-novo-c%C3%B3digo-de-processo-civil-pl-1662010>. Acesso em 15 fev.2015.

⁹OLIVEIRA, Pedro Miranda de, *Poderes do relator no agravo de instrumento: impossibilidade de provimento singular sem a oitiva da parte agravada*. Revista de Processo, Rio de Janeiro: RT. v. 174, p. 267, ago. 2009.

recebe a denominação de “agravante” é a parte que, em tese, foi lesada pela decisão, e a parte contrária à lesada, a de “agravada”¹⁰.

Ressalte-se, como visto acima, que o art. 522 do CPC¹¹ prevê duas modalidades distintas de agravo - retido e de instrumento - distinguindo-se um do outro não pela natureza da decisão que os motiva, senão pela *forma* como se dá a sua interposição, tramitação, processo e julgamento. Por conseguinte, a decisão guerreada é uma interlocutória, que fica retida nos autos, em um caso, e, noutro, interposto por instrumento, diretamente no tribunal¹². Observe-se, por oportuno, que este estudo aborda tão somente o agravo de instrumento.

2. PROCESSAMENTO DO AGRAVO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL

Atualmente, o agravo de instrumento é interposto diretamente no tribunal competente, mediante petição, protocolada ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, com a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma da decisão, *o nome e o endereço completos dos advogados constantes do processo* (CPC, art. 524), bem como instruída, obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação, das procurações outorgadas aos advogados do Agravante e do Agravado, além do comprovante de pagamento das custas e porte de retorno, e, facultativamente, com outras peças que o recorrente entender úteis (CPC, art. 525).

Após a interposição do recurso, o Agravante terá de juntar a cópia e a relação das peças em primeiro grau, no prazo de três dias, sob pena de inadmissibilidade do agravo, desde que arguido e provado pelo agravado, como reza o parágrafo único do art. 526 do CPC.

¹⁰ CARREIRA ALVIM, op. cit. p.35.

¹¹ Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

¹² CARREIRA ALVIM, op.cit. p. 72.

Recebido o recurso no tribunal e distribuído ao relator¹³, este poderá (conforme preceituado no art. 527 da Lei Processual) negar-lhe seguimento liminarmente nos casos do art. 557 do CPC (manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior); ou converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; ou ainda, poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (CPC, art. 558), ou deferir em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao magistrado *a quo* sua decisão.

O relator poderá, em querendo, requisitar informações, ao juiz de primeiro grau, bem como determinar a intimação do Agravado para resposta, no prazo de dez dias (art. 527, inciso V da Lei dos Ritos), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, *nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no Diário Oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial*. Este o ponto principal da presente pesquisa. Por fim, se for o caso, mandará ouvir o Ministério Público, no prazo de dez dias.

Aduz-se, por derradeiro, que a decisão liminar, conforme preceituado no art. 527, incisos II e III do CPC, proferida no agravo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do referido recurso, salvo se o próprio relator a reconsiderar (CPC, art. 527, parágrafo único), e que nos termos do art. 528 do CPC, o Relator, em prazo não superior a trinta dias da intimação do Agravado, pedirá dia para julgamento em plenário pela Turma Julgadora (em regra, um Relator e dois Vogais), julgando-o prejudicado no caso de ser comunicado a reforma integral da decisão combatida, pelo magistrado de primeiro grau (CPC, art. 529).

¹³ FREITAS, Sérgio Henriques Z., *Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil*, Revista Meritum, Belo Horizonte: Meritum, v.3, n.2, jul./dez. 2008.

3. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A legislação é sucinta quando trata da legitimidade passiva no recurso de agravo de instrumento, resumindo-se em:

Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: [...] V – mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, **sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no Diário Oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial [...]**¹⁴(grifo nosso)

4. DOCTRINA

A doutrina, reflexo da simplicidade da legislação a respeito, pouco examina o assunto aqui em debate, reservando aos doutrinadores tecer breves comentários sobre a legitimidade passiva no recurso, sem contudo, haver unanimidade quanto à *questão da intimação ou não do agravado para contrarrazoar o agravo*.

Iniciaremos, citando os doutrinadores favoráveis à intimação do agravado, começando pelo mestre Humberto Theodoro Júnior¹⁵:

Para **garantir o contraditório e o tratamento isonômico das partes, o art. 527, inciso V, prevê que o agravado será intimado a responder** no mesmo prazo de 10 dias antes conferido ao agravante para interpor seu recurso. [...] Ao responder, o agravado terá oportunidade de anexar às contrarrazões, que serão encaminhadas também diretamente ao tribunal, cópias ou traslados que não tenham sido juntados pelo agravante mas que, a seu critério, possam ser úteis à solução do recurso.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini¹⁶, assim posicionam-se:

Deve **necessariamente intimar o agravado**, dando-lhe oportunidade de manifestar-se, contraminutando o recurso interposto. Essa intimação ocorrerá pelo correio se o advogado do agravado estiver estabelecido em comarca diferente daquela em que se

¹⁴ Art. 527 inciso V do CPC.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, p. 541

¹⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, p. 704.

situa o tribunal e será feita pelo *Diário Oficial da Justiça* se estiver estabelecido na mesma comarca onde se situa o tribunal (grifo nosso)

Por fim, doutrinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁷, o seguinte:

No mesmo ato que aprecia o pedido de concessão de efeito suspensivo ao agravo, o relator pode requisitar informações do juiz e **deve intimar o agravado para que responda ao recurso, em atendimento ao princípio constitucional do contraditório** (grifo nosso)

Posição mediana é a do professor Cassio M. C. Penteado Júnior¹⁸, que conclui, *in*

verbis:

[...] **para eficácia do julgamento final, há necessidade – se possível – da intimação do Agravado para responder ao Recurso.** [...] passa-se que, confortada a possibilidade genérica de manejo do Recurso de Agravo, a qualquer tempo, logo, admissível até antes de se constituir a relação processual, no âmbito da ação aforada, seguirão, decerto, hipóteses em que, **dado o fator tempo, pode não haver possibilidade de se concretizar, antes do julgamento pelo mérito, a intimação do réu-Agravado. O ideal seria – a nosso ver – visando contornar tais situações que, como norma, o Agravo, interposto antes da citação do réu, só pudesse ser apreciado pelo Tribunal *ad quem*, nada obstante o deferimento de efeito ativo liminar, após noticiada a formação integral da lide e, daí, depois da intimação do réu, como Agravado, para responder [...]** (grifo nosso)

Por outro lado, optando pela desnecessidade de intimação do agravado, é o entendimento do festejado mestre J.E.Carreira Alvim¹⁹:

O problema, no entanto, se coloca, **relativamente à parte contrária à agravante, quando não tiver sequer sido ainda citada, pois não haverá efetivamente um réu, e, conseqüentemente, um agravado, para responder ao agravo;** ou, então, tendo o réu sido citado, ainda esteja em curso o prazo para defesa, não havendo advogado constituído nos autos, por meio do qual efetivar-se a intimação.

Quando não tiver havido, ainda, citação do réu – e houver agravo contra decisão indeferitória de liminar no primeiro grau – a relação processual, no processo principal, ainda não se completou, estando, portanto, também, incompleta a relação recursal, gerando apenas uma relação recursal do tipo *linear ascendente* entre o agravante e o tribunal. Não é que não exista, propriamente, um agravado, porque sempre haverá uma parte contrária ao agravante mas, não estando ele ainda *integrado* no processo originário, não se impõe, à luz do art. 527, inciso V do CPC, a sua intimação para responder.

Após a reforma do agravo, pela Lei 9.139/95, esse recurso passou a ser interposto diretamente no tribunal, mas, no que tange à intimação do agravado, nenhuma diferença resultou relativamente ao antigo procedimento, na medida em que o réu não tenha sido ainda citado, ou, tendo-o sido, não tenha ainda oferecido defesa.

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 1029.

¹⁸ PENTEADO JÚNIOR, Cassio M. C. *O agravo de instrumento tirado antes da formação da relação processual: ausência de intimação do agravado frente ao princípio constitucional do contraditório*. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 10 fev. 2015.

¹⁹ CARREIRA ALVIM, op. cit. p.108-109.

O problema, como se vê, não resulta do novo modelo de agravo, mas da situação jurídica em que as partes são colhidas, em que uma delas ainda não se encontra integrada ao processo, por não ter sido citada, e isso acontecia com o antigo agravo, como acontece com o agravo no seu perfil atual. O que acontecia, antes da reforma, é que o agravo de instrumento tinha uma instrução tão demorada na inferior instância, que havia tempo suficiente para que o réu fosse citado e assumir a posição de agravado, na hipótese de agravo de decisão indeferitória de liminar (grifos nossos)

Observa-se, de tudo o transcrito acima, que somente o renomado mestre Carreira Alvim, sem embargo da posição do Prof. Cássio Penteado, trata especificamente do caso concreto em estudo, ou seja: da necessidade ou não de intimação quando ainda não constituída a relação processual, com a citação no juízo originário.

5. POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Considerando a controvérsia da questão, restou ao Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre a matéria, interpretando a legislação diante dos problemas surgidos no processamento do recurso, principalmente no que diz respeito à intimação ou não do Agravado para responder ao agravo de instrumento.

Pode-se dizer que o primeiro precedente sobre o assunto²⁰ foi um acórdão da lavra do Min. Luiz Fux, da 1ª Turma, em cuja ementa deixou assim expandido:

Processual civil. Recurso especial. Agravo de instrumento. Art. 522 do CPC. Decisão do relator provendo liminarmente o agravo. Art. 557, § 1.º-A, do CPC. Possibilidade. Devido processo legal. 1. O art. 557 do CPC e seus parágrafos incidem quando da ascensão do recurso de agravo ao tribunal. Conseqüentemente, o relator pode, monocraticamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, independentemente da oitiva da parte adversa. 2. A decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não exclui o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e *a fortiori* o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do agravo regimental. 3. A aplicação dos arts. 557 e 527 do CPC reclama exegese harmoniosa, que se obtém pela análise da *ratio essendi* da reforma precedente. **Desta sorte, para que o relator adote as providências do art. 557 do CPC não há necessidade de intimar inicialmente o agravado, tanto quando se nega seguimento ao agravo, quanto quando dá-lhe provimento.** 4. Exegese consoante o escopo das constantes reformas do procedimento do agravo em segundo grau. 5. Recurso especial

²⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de, *Poderes do relator no agravo de instrumento: impossibilidade de provimento singular sem a oitiva da parte agravada*. Revista de Processo, Rio de Janeiro: RT. v. 174, p. 267, agosto.2009.

improvido.²¹(grifo nosso)

O julgamento acima referido foi realizado em 23.08.2005, e contou com a participação dos Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão, tendo sido unânime. Considerou *dispensável a intimação do agravado, independente do relator negar seguimento ou dar provimento ao agravo*.

Ressalta-se, porém, que a fundamentação está no fato de ainda ser cabível o agravo regimental, o que não ocorre na hipótese em estudo, qual seja, o agravado não estar processualmente representado. Considerando que o agravado não foi intimado da decisão (não importando se o relator negou seguimento, deu ou não provimento), não há que se falar em interposição de agravo regimental, pois, de todas as formas, o agravado não será intimado, eis que não representado por advogado.

O segundo precedente é da relatoria da Min. Eliana Calmon, da 2ª Turma do STJ. Na ementa do acórdão ficou consignado o seguinte:

Processual civil - Agravo de instrumento (art. 522 e ss. do CPC). 1. Na instância ordinária está o relator autorizado a, monocraticamente, negar seguimento ao recurso nas hipóteses contempladas (recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência) - arts. 527 e 557 do CPC. 2. **Não está o relator autorizado a, com base no art. 557 do CPC, dar provimento a recurso. Tal faculdade existe apenas para as instâncias especiais.** 3. **Recurso especial provido**²² (grifo nosso)

Destaca-se a afirmação de que o relator não está autorizado a dar provimento ao recurso de agravo de instrumento (art. 522, CPC), no entanto, a lei confere tal poder nas instâncias superiores. A explicação para tanto é a mais lógica possível: os recursos chegam às instâncias superiores (STF e STJ) com o contraditório perfectibilizado, inclusive o agravo de instrumento para destrancar recursos (art. 544, CPC). Daí resulta a possibilidade de o relator monocraticamente dar provimento ao recurso (art. 544, § 3.º, CPC).

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 714.794/RS. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 23/08/05. Acesso em: 21 abr. 2015.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 683.233/RS. 2ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. Data do julgamento: 28/03/06. Acesso em: 21 abr. 2015.

Importante mencionar que do julgamento do citado acórdão, realizado em 28.03.2006, participaram os Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira e Francisco Peçanha Martins. Estava, assim, instaurada a controvérsia no âmbito do STJ entre a 1ª Turma e a 2ª Turma.

Por outro lado, no julgamento do REsp 892.320/RS²³, ocorrido 13.03.2007, o Min. Teori Albino Zavascki *deixou expressa a sua mudança de posicionamento*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DO RELATOR. ART. 557, § 1º-A, DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PARTE AGRAVADA PARA RESPOSTA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. 1. **A intimação do recorrido para apresentar contra-razões é o procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, previsto em qualquer recurso, inclusive no de agravo de instrumento (CPC, art. 527, V). Justifica-se a sua dispensa quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, I), já que a decisão vem em benefício do agravado. Todavia, a intimação para a resposta é condição de validade da decisão monocrática que vem em prejuízo do agravado, ou seja, quando o relator acolhe o recurso, dando-lhe provimento (art. 557, § 1º-A).** Nem a urgência justifica a sua falta: para situações urgentes há meios específicos e mais apropriados, de "atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal" (CPC, art. 525, III). 2. Recurso especial a que se dá provimento (grifo nosso)

Justificou a mudança de posicionamento, conforme constante do voto²⁴, *in verbis*:

Em precedente sobre a matéria, a 1ª Turma acompanhou, inclusive com minha adesão, o voto do Ministro Luiz Fux, relator, segundo o qual "para que o relator adote as providências do art. 557 não há necessidade de intimar inicialmente o agravado, tanto quando se nega seguimento ao agravo, quanto quando dá-lhe provimento" (REsp 714794/RS, DJ 12.09.2005). Reexaminando o tema, à luz de novos fundamentos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência, penso que aquela orientação não é a melhor. É que a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões está incorporado ao nosso sistema como procedimento padrão em qualquer recurso, inclusive no de agravo de instrumento (CPC, art. 527, V). Trata-se de procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, cuja dispensa não pode ser admitida sem uma causa justificável. Observe-se que a norma processual não dispensa essa intimação, a não ser na hipótese do *caput* do art. 557 do CPC, ou seja, quando o relator liminarmente nega seguimento ao recurso (art. 527, I). Mas para essa hipótese, há uma óbvia razão justificadora: a parte recorrida fica beneficiada com a decisão. O mesmo, todavia, não ocorre quando o relator acolhe o recurso, dando-lhe provimento (art. 557, § 1º-A). **Aqui, não há como justificar a falta de intimação e, conseqüentemente, o comprometimento do princípio do contraditório, em prejuízo do agravado. Nem mesmo a alegação de urgência justifica a falta. Para circunstâncias urgentes o relator dispõe de meios específicos e mais**

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.320/RS.1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Data do julgamento: 13/03/07. Acesso em: 21 abr. 2015.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.320/RS.1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Data do julgamento: 13/03/07. Acesso em: 21 abr. 2015.

apropriados, que preservam os direitos constitucionais dos litigantes: "atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (CPC, art. 525, III) – grifos nossos

A justificativa apresentada por aquele relator foi no sentido de que a ausência de intimação da parte agravada para responder o recurso viola o princípio do contraditório.

Ocorre que em 10.04.2007 a discussão voltou à tona na 1ª Turma no julgamento do REsp 789.025/RS. Naquela oportunidade o Min. Luiz Fux reafirmou a sua posição no sentido de que é permitido ao relator dar provimento ao agravo de instrumento liminarmente, sem a oitiva da parte contrária.

Diante de tema tão polêmico, após os pedidos de vista e realização de debates, os Ministros José Delgado e Francisco Falcão acompanharam o relator e proferiram voto. O Min. Teori Albino Zavascki, por sua vez, manteve o seu entendimento (pela impossibilidade de provimento liminar do agravo de instrumento) e restou vencido, também proferindo voto. Assim, estava instaurada naquele exato momento a divergência dentro da 1ª Turma, justamente entre dois dos maiores processualistas membros, à época, do STJ.

Desse breve relato extrai-se que a jurisprudência do Tribunal, em especial da 1ª e da 2ª Turmas, oscilou durante os anos de 2007 e 2008. Foram diversos julgamentos para ambos os lados, todos por unanimidade, com Ministros mudando constantemente seu posicionamento, na relatoria e, sobretudo, acompanhando o voto de seus pares.

Depois de muitas decisões conflitantes, eis que a polêmica matéria ascendeu à 1ª Seção do STJ por intermédio de um recurso de *embargos de divergência*.

O recurso que deu origem aos referidos embargos foi o REsp 1.038.844/PR, julgado pela 2ª Turma, cujo acórdão foi lavrado pela Min. Eliana Calmon, *in verbis*:

Recurso especial. Acórdão em agravo de instrumento. **Provimento liminar. Ausência de intimação da parte agravada para contra-arrazoar o recurso. Obrigatoriedade. Art. 527, V, do CPC. Princípio do contraditório.** Nulidade do acórdão. 1. Recurso especial contra acórdão que não reconheceu a nulidade da

decisão monocrática pela ausência de intimação do agravado para oferecer resposta ao agravo de instrumento interposto. 2. **Nos termos do art. 527, V, do CPC, com a redação atribuída pela Lei 10.352/2001, a intimação do agravado para responder ao recurso é indispensável, sendo que, a ausência do ato nulifica o julgamento, em razão da quebra dos princípios do contraditório e do devido processo legal.** Precedentes do STJ. 3. Recurso especial que se dá provimento para anular o acórdão recorrido determinando o cumprimento do princípio do contraditório e proferido novo julgamento²⁵ (grifos nossos)

Dessa decisão, então, foram opostos *embargos de divergência*, em que foi indicado como acórdão divergente, decisão da 1ª Turma, no REsp 892.560/RS²⁶, da relatoria do Min. Luiz Fux que, em hipótese absolutamente idêntica, vale repetir, assim decidiu no supracitado REsp: "O art. 557 do CPC e seus parágrafos incide quando da ascensão do recurso de agravo ao tribunal. Conseqüentemente, o relator pode, monocraticamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, independentemente da oitiva da parte adversa"

Os embargos de divergência (EREsp 1.038.844/PR) foram distribuídos para o Min. Teori Albino Zavascki, sendo julgados na sessão do dia 08.10.2008. Participaram do julgamento os Ministros Humberto Martins, Denise Arruda, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves. Ausentes, justificadamente, os Ministros Francisco Falcão, Eliana Calmon e Luiz Fux.

Assim, a 1ª Seção, por unanimidade, decidiu negar provimento aos embargos, adotando a tese apresentada pelo Min. Teori Albino Zavascki no sentido de que o relator do agravo de instrumento não está autorizado a dar provimento ao recurso, sem a oitiva da parte agravada, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

Processual civil. Agravo de instrumento. Decisão do relator. Art. 557, § 1.º-A, do CPC. Ausência de intimação da parte agravada para resposta. Violação ao princípio do contraditório. 1. **A intimação do recorrido para apresentar contra-razões é o procedimento natural de preservação do princípio do contraditório, previsto em qualquer recurso, inclusive no de agravo de instrumento (art. 527, V, CPC).** Justifica-se a sua dispensa quando o relator nega seguimento ao agravo (art. 527, I,

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.038.844/PR. 1ª Turma. Relatora: Min. Eliana Calmon. Data do julgamento: 13/05/08. Acesso em: 21 abr. 2015.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.560/RS. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 02/10/07. Acesso em: 21 abr. 2015.

CPC), já que a decisão vem em benefício do agravado. **Todavia, a intimação para a resposta é condição de validade da decisão monocrática que vem em prejuízo do agravado, ou seja, quando o relator acolhe o recurso, dando-lhe provimento (art. 557, § 1.º-A, CPC).** Nem a urgência justifica a sua falta: para situações urgentes há meios específicos e mais apropriados, de 'atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558, CPC), ou deferir, em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal' (art. 525, III, CPC). 2. Embargos de divergência a que se nega provimento²⁷ (grifos nossos)

Ressalte-se, ainda, que em todas as decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a discussão gira em torno da intimação ou não do agravado, sem, contudo, analisar, especificamente, o assunto ora sob comento: o fato de ser possível ou não o provimento do recurso de agravo de instrumento, de agravado ainda não regularmente representado processualmente, eis que ainda não citado no processo originário quando da interposição do agravo de instrumento pelo autor/agravante.

6. FASES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O processo civil passou por diversas fases metodológicas, nas quais prevaleciam ideias que, com o passar do tempo, mostraram-se anacrônicas. Resumidamente, os modelos processuais passaram por 3 fases²⁸: (i) praxismo (ou fase sincretista), (ii) processualismo (ou fase do autonomismo) e (iii) instrumentalismo.

No praxismo, o processo era estudado apenas em seu aspecto prático, sem nenhuma cientificidade, havendo uma confusão entre o direito material e o processual.

No que tange ao processualismo, pode-se afirmar que o processo passou a ser estudado de forma autônoma, ganhando importância a afirmação científica do processo.

Quanto ao instrumentalismo, este percebe o processo como um instrumento de realização do direito material, visando a paz social. Estabelece-se uma relação circular de

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.038.844/PR. 1ª Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Data do julgamento: 08/10/08. Acesso em: 21 abr. 2015.

²⁸ LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pag. 1-2.

interdependência, conforme explicita Lourenço²⁹: “o direito material projeta, e o direito processual concretiza [...] um serve ao outro. É a denominada *teoria circular dos planos processual e material*, na visão desenvolvida por Canelutti”[...]

O papel do magistrado no ordenamento jurídico era positivista, haja vista que lhe cabia, simploriamente, descobrir e revelar a solução contida na norma jurídica, sem realizar juízo de valor, configurando a lei a expressão máxima do direito.

Fundamental, hoje, um direito processual civil que prime pela teoria dos direitos fundamentais, com base na força normativa da Constituição, designando tal fenômeno por renomados autores, de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo. *E, seguindo essa linha, o processo civil vive uma nova fase: o neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético.*

Seguindo esse novo modelo, o magistrado deve estar cômico de que a solução não está integralmente na norma, passando a ser coparticipante no papel da produção do direito, utilizando-se da integração de suas próprias valorações e escolhas, com as cláusulas abertas constantes do sistema jurídico, tendo uma função criativa na solução do problema que lhe for apresentado.

Neste aspecto, o processo é um mecanismo primordial de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição, cabendo aos magistrados, doutrinadores e ao Poder Legislativo, buscar práticas mais adequadas àquilo que a própria Lei Maior considera o objetivo fundamental da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceituado no artigo 3º inciso I da CRFB/88.

De forma gradual, a lei deixou de ser o centro do ordenamento jurídico. Segundo Lourenço³⁰ “Algumas mudanças fundamentais podem ser apontadas: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção)”[...].

²⁹ *Ibdi.*, p. 41.

³⁰ *Ibdi.*, pag. 9.

Portanto, a justa medida entre as tendências instrumentalista e garantista complementam-se, pela adoção do princípio da proporcionalidade, permitindo que os conflitos de direitos fundamentais sejam resolvidos à luz do caso concreto, sem posturas que negariam tanto o neoconstitucionalismo quanto o neoprocessualismo.

Atualmente, já se cogita substituir a expressão princípios constitucionais por direitos fundamentais processuais. Genericamente, alguns doutrinadores³¹ denominam este princípio de “devido processo constitucional”, considerando que a melhor interpretação da expressão “due process of law” seria a aplicação do direito em conformidade com as normas constitucionais.

Ressalta-se que o devido processo legal é uma cláusula geral, ou seja, um texto normativo aberto, cujo conteúdo será determinado pelos tribunais de acordo com as circunstâncias históricas e culturais do momento da decisão.

7. REGRAS E PRINCÍPIOS

A palavra princípio deriva do latim “principium” (origem, começo). É amplamente, indicativo de começo ou origem de qualquer coisa³². Possui também uma conotação de base, como o alicerce que sustenta uma construção. Os sistemas jurídicos, tal qual as edificações, também possuem bases que lhe dão sustentação e, sendo desprezadas, podem levar a consequências desastrosas.

Por outro lado, o termo “norma”, rotineiramente, é utilizado com diferentes significados e normalmente é associado com outros termos, como “regra”, “mandato”, “imposição” ou “regulamentos”. Objetivamente, a norma pode ser conceituada como o objeto de um enunciado que ordena, proíbe, permite ou autoriza uma conduta, direta ou indiretamente, caso em que, para uma conduta, será estabelecido um resultado jurídico³³.

³¹ *Ibdi.*, pag. 21

³² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v.3, pag. 447.

³³ KELSEN, *apud* DIAS, Jefferson Aparecido, p. 30-31.

As normas, de acordo com suas características, podem dividir-se em regras e princípios. Sucintamente, as regras são normas que definem concretamente as situações sobre as quais busca incidir, caracterizando-se como normas de comportamento e representando razões imperativas para agir; já os princípios possuem uma concepção genérica que serve de fundamento para a elaboração de uma regra para o caso concreto: são normas de argumentação e razões *prima facie* para agir.

Por conseguinte, as regras, como normas de grande objetividade e dirigidas a regular certas situações, devem ser aplicadas diretamente, não admitindo ponderação, enquanto os princípios, como mandatos de otimização, admitem um cumprimento gradual de acordo com o caso concreto³⁴. É uma norma que pode ser cumprida de diferentes formas, tudo de acordo com o caso concreto. É uma razão que se inclina numa ou outra direção, sugerindo uma ou outra solução.

De todos os modos, os princípios, ao contrário das regras, não estabelecem uma exigência que deve ser cumprida na lógica do tudo ou nada, mas apenas são razões *prima facie* para que uma conduta seja adotada dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Assim, o fato de existirem direitos fundamentais garantidos para diversas pessoas, dentre de um sistema jurídico, por meio de princípios, leva-nos a concluir que tais princípios são relativos, uma que vez que é inaceitável a ideia de um princípio absoluto³⁵, que se sobrepõe a todos os outros princípios. Ou seja, se um princípio que se refere a um direito fundamental, em determinado momento, colidir com outro princípio, que também garante um direito fundamental, impossível defender que os dois princípios sejam absolutos, eis que a colisão seria insolucionável e levaria à ruptura da unidade normativa de todo o sistema.

7. A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

³⁴ DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

³⁵ *Ibdi.*, p. 34

Pela unidade da Constituição, nenhuma norma constitucional pode ser interpretada em contradição com outra³⁶. Para solucionar o caso concreto, o magistrado deverá avaliar qual norma constitucional deverá prevalecer, limitando a aplicação de um dos direitos conflitantes em detrimento do outro, delimitando o seu alcance.

Assim, a proporcionalidade torna possível a justiça do caso concreto, balizando a atividade jurisdicional de ponderação, para que não redunde em arbitrariedade. Não sendo possível a obtenção de um denominador comum aos bens jurídicos em conflito, a mitigação deverá ser a menor possível, na medida do necessário, salvaguardando um núcleo essencial.

Por conseguinte, diante de uma situação concreta em que o réu/agravado não possui advogado para que seja procedida a intimação como prevista na parte final do art. 527, inciso V do CPC³⁷, e que o Desembargador Relator perceba que deva ser reformada a liminar ou antecipação de tutela, concedida ou não no processo originário, assistindo razão ao agravante, o que deve fazer o Relator? Aqui, dois princípios constitucionais se entrecrocaram: contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CRFB/88) e o da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB/88).

O relator deve determinar a intimação via postal do réu/agravado, sobrecarregando a 2ª Instância, que neste caso é chamada para participar da condução do procedimento que seria realizado na 1ª Instância, com a citação, e posterior juntada dos autos da procuração com o nome do patrono constituído, garantindo, assim, o princípio do contraditório e ampla defesa, ou deixar que, passe da razoável duração do processo, eis que praticados atos desnecessários,

³⁶ LOURENÇO, op. cit., pag. 23.

³⁷ Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

[...] V - mandará intimar o agravado, na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente, sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial (grifo nosso); (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

ainda que o próprio relator considere que o agravo deva ser provido, por exemplo, considerando que a decisão agravada tenha sido teratológica³⁸, contrária à lei ou evidente prova dos autos?

O impasse deve, necessariamente, ser solucionado por ponderação dos bens concretamente tensionados.

Insta salientar que os choques serão solucionados de forma diversa, de acordo com a natureza das normas que se entrecrocaram, ou seja, dependendo se nelas ocorre um conflito de regras ou uma colisão de princípios³⁹.

9. O MÉTODO DA PONDERAÇÃO

Os conflitos entre regras serão solucionados reconhecendo-se a invalidade de uma em relação à outra, ou de não aplicação de uma das regras ao caso concreto. Assim, devem ser resolvidos numa perspectiva de “tudo ou nada”, em que uma regra é ou não aplicada, descabendo a aplicação gradual delas.

Temos, ainda, situações nas quais um *princípio impõe uma solução que, por sua vez, acaba por afrontar outro princípio*, que é o caso ora sob análise.

Entretanto, as colisões entre princípios⁴⁰, concebidos como mandamentos de otimização, não admitem uma solução de tudo ou nada, e impõem uma ponderação para sua resolução.

Resume o tema o prof. Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴¹:

Os princípios, segundo Robert Alexy, são considerados “mandamentos de otimização”, que determinam a realização de algo na maior medida possível

³⁸ Súmulas da Jurisprudência Predominante do E.Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, número 58: “Somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos” e número 59: “Somente se reforma decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à lei ou à evidente prova dos autos”

³⁹ DIAS, op. cit., p.40.

⁴⁰ *Ibdi.*, p. 41.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, pag. 210.

dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e que podem ser aplicados gradativamente. O eventual conflito entre princípios deve ser resolvido por meio de ponderação entre os interesses conflitantes que possuem maior peso no caso concreto (dimensão de peso). Por outro lado, as regras, na lição de Ronald Dworkin, são aplicadas segundo o método do “tudo ou nada” (*all or nothing*) e eventual conflito é resolvido na dimensão da validade, ou seja, a regra é válida ou inválida (grifo nosso)

Destaca-se, para a realização da ponderação entre os princípios conflitantes, a análise dos valores que cada um dos princípios visa preservar no caso concreto, e qual o peso que eles possuem numa determinada situação, corroborado pelo ensinamento de Humberto Ávila⁴²:

[...] enquanto as **regras instituem deveres definitivos** (deveres que não podem ser superados por razões contrárias) e **são aplicadas por meio de subsunção** (exame de correspondência entre o conceito normativo e o conceito do material fático), os **princípios estabelecem deveres provisórios** (deveres que podem ser superados por razões contrárias) e **são aplicados mediante ponderação** (sopesamento concreto entre razões colidentes, com atribuição de peso maior a uma delas) [...]

Sobre a eliminação de conflitos, assevera o Mestre Cândido Dinamarco⁴³:

[...] em paralelismo com o **bem comum como síntese dos objetivos do Estado contemporâneo, figura o valor justiça como objetivo síntese da jurisdição no plano social.** Essas palavras estão em minha tese acadêmica escrita no ano de 1986, incluídas em um capítulo denominado “**justiça das decisões**”. Em outro tópico da obra, disse também que “**eliminar conflitos mediante critérios justos**” é o **mais nobre dos objetivos de todo sistema processual** (grifos nossos)

CONCLUSÃO

Para o encerramento do presente estudo, mostra-se pertinente a organização, de forma simples e objetiva, das ideias mais relevantes, não obstante já constarem do texto de forma esparsa.

Como visto alhures, a solução de casos concretos não está integralmente na norma, devendo o magistrado ser coparticipante no papel da produção do direito, utilizando-se de cláusulas abertas constantes do sistema jurídico, sopesando suas próprias valorações, devendo aplicar o método da ponderação para solução dos conflitos que envolvam os direitos

⁴² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15, ed. rev. atual. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2014, pag. 112-113.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2013, pag. 225

fundamentais, à luz do caso concreto, eis que em conflito dois princípios constitucionais. Ressalta-se, ainda, que os princípios constitucionais não são absolutos, caso contrário, a colisão seria insolucionável, levando, em consequência, à ruptura da unidade normativa de todo o sistema.

Assim, até que ponto o tempo da prestação jurisdicional deve ser um fardo que o autor deva carregar, sem que isso constitua violação ao princípio da duração razoável do processo, conforme expressamente disposto no art. 5º inciso LXXVIII da CRFB/88?

Por outro lado, a hipótese em comento – não intimação do agravado ainda não citado na primeira Instância, e, em consequência, sem advogado constituído no recurso de agravo – a nosso ver, não ofende o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV da CRFB/88), *eis que o agravado, por não ter constado do processo de agravo de instrumento, não está sujeito aos limites subjetivos da coisa julgada*, conforme disposto, *a contrariu sensu*, no art. 472 do CPC⁴⁴. Assim, quando de sua citação no juízo originário, a matéria do agravo não restou preclusa, abrindo-lhe a oportunidade de recorrer, com fulcro no art. 557 § 1º do CPC⁴⁵, levando a questão para o colegiado, sem violação ao contraditório e ampla defesa. Portanto, a decisão monocrática adotável em prol da efetividade e celeridade processuais não excluiu o contraditório postecipado dos recursos, nem infirma essa garantia, porquanto a colegialidade e *a fortiori* o duplo grau restaram mantidos pela possibilidade de interposição do recurso de agravo supra referido.

⁴⁴Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

⁴⁵Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Salienta-se que, hodiernamente, não há que se falar no juiz da causa ter mais condições de analisar, por exemplo, a liminar deferida ou indeferida, do que o relator do agravo. Isto porque, o agravo de instrumento é praticamente uma cópia dos autos originários, em razão do processo eletrônico, em que o advogado do agravante não precisa tirar uma única fotocópia, eis que os autos não são físicos, e, por vezes, o agravo contém a integralidade do processo originário. Assim, o relator do agravo está em condições de analisar a questão posta, nas mesmas condições que o juiz que proferiu a decisão agravada.

Impende salientar, que o juiz da causa originária pode ser um magistrado recém empossado e ainda em processo de vitaliciamento, e, por falta de experiência, pode não ter observado um fato que aos olhos do relator, julgador bem mais experiente, estava evidente nos autos da ação originária, o que ensejaria dar provimento à irresignação do agravante de forma célere.

Outro aspecto a ser considerado é o seguinte: se o relator determina a intimação da parte agravada, por não ter advogado constituído nos autos, embora a lei faça menção à *intimação do advogado*, a referida intimação deverá ser em nome da parte e via Aviso de Recebimento. Ou seja, a 1ª Instância trabalha para a efetivação da citação do réu, e a 2ª Instância providencia a intimação desta mesma parte, participando a superior Instância de um procedimento desnecessário, haja vista o exposto acima: o agravado não é alcançado pela coisa julgada em caso de decisão monocrática desfavorável, eis que não participou do processo.

Por fim, se existe risco de erro na prestação da atividade judicante, mas se este for nitidamente menor que o risco de atrasar a realização do direito claramente demonstrado, passa a ser injusto beneficiar o réu com a postergação do provimento decisório, equivalente a uma imunidade contra as legais investidas do autor, ressaltando-se que o processo é um mecanismo primordial de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição, não podendo ser utilizado procedimentos para a prolongação desnecessária até o provimento final.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15, ed. rev. atual. e ampl. Malheiros: São Paulo, 2014.
- CARREIRA ALVIM, J.E. *Agravos no processo civil*. 7 ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2011.
- DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FREITAS, Sérgio Henriques Z., *Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil*, Revista Meritum, Belo Horizonte: Meritum, v.3, n.2, jul./dez. 2008.
- HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso completo de processo civil*. Niterói: Impetus, 2014.
- KELSEN, *apud* DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2009.
- LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2001.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de, *Poderes do relator no agravo de instrumento: impossibilidade de provimento singular sem a oitiva da parte agravada*. Revista de Processo, Rio de Janeiro: RT. v. 174, p. 267, ago. 2009.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011
- PENTEADO JÚNIOR, Cassio M. C. *O agravo de instrumento tirado antes da formação da relação processual: ausência de intimação do agravado frente ao princípio constitucional do contraditório*. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 10 fev. 2015.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v.3.
- SILVEIRA, Artur Barbosa da. *O agravo de instrumento à luz da legislação atual e das disposições do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL/2010)*. Disponível em <https://www.prolegis.com.br/o-agravo-de-instrumento-A0-luz-da-legisla%C3%A7%C3%A3o-atual-e-das-disposi%C3%A7%C3%B5es-do-projeto-do-novo-c%C3%B3digo-de-processo-civil-pl-1662010>. Acesso em 15 fev.2015.

SILVEIRA, João José Custódio. *Agravo de instrumento: bases históricas e propostas de reformulação do instituto.* Disponível em www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/JoC3%A3o%20J%20c%20da%20Silveira-%2520formatado.pdf. Acesso em 10 fev. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil.* 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v.1

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, 4. Ed. São Paulo: Editora RT, 2002, v.1.