

A leitura dos princípios constitucionais institutivos do processo no paradigma do Estado Democrático de Direito

Iolanda Morais Torres Magalhães*

RESUMO: Partindo da análise das diversas teorias sobre a natureza jurídica do processo, o presente trabalho investiga os princípios constitucionais que o instituem e que devem reger toda a atividade estatal de elaboração e de aplicação do direito, o que implica superar a visão do processo como mero instrumento da jurisdição. Perquire sobre o significado e importância dos princípios constitucionais institutivos do devido processo legal quando lidos à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Sustenta que é exatamente neste paradigma que o *modelo constitucional do processo* encontra sua tradução mais adequada e a melhor possibilidade de desenvolvimento de sua práxis.

Palavras-chaves: devido processo legal, instituição constitucionalizada, democracia participativa.

1. INTRODUÇÃO

Não há qualquer divergência doutrinária quando se trata de apontar a Constituição como linha mestra do processo. Se não existe consenso quanto a alguns aspectos dessa relação,¹ ele reina no reconhecimento de que as normas processuais insertas no Texto

¹ Pode-se indicar, por exemplo, a discussão doutrinária sobre a distinção entre *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*. Para FIX-ZAMUDIO, citado por BARACHO (1984, p. 126-129), o primeiro abrangeria os instrumentos de garantia processual em sentido estrito, sejam os que têm por finalidade a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, consagrados sob a denominação de jurisdição constitucional da liberdade (como o *habeas corpus* e o mandado de segurança), sejam os que estabelecem o limite das atribuições dos órgãos do poder. O segundo, surgido posteriormente, teria por finalidade o estudo sistemático das instituições processuais denominadas “garantias constitucionais de caráter processual”. Acatando a diferenciação NERY JÚNIOR (1999, p. 21) acrescenta que ambos os

Magno assumem o caráter de direitos e, mais que isso, de garantias fundamentais dos cidadãos perante Estado legislador, administrador e juiz.

Assim é que Grinover, Cintra e Dinamarco (1995, p. 79) deixam bem claro que a Constituição, “como equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico”, assume caráter essencial para desvendar o processo, impondo-se como instrumento jurídico de que deve se utilizar o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios.

Nesse passo o processo, como estrutura a serviço da ordem constitucional, precisa refletir as bases do regime democrático nela proclamado. É “o microcosmos democrático do Estado de Direito” (DINAMARCO, 1994, p. 25), com as conotações de liberdade, igualdade e responsável participação em contraditório, conforme determina sua “linhagem constitucional” (BARACHO, s/d, p. 330).

Anotamos que esse estreitamento da relação entre Constituição e processo ocorreu após a Segunda Guerra Mundial (BARACHO 1984, p. 125), quando várias Leis Magnas, como as da Itália (1948), Alemanha Federal (1949), França (1952), Portugal (1976) e Espanha (1978) inseriram em seus respectivos textos diversos institutos processuais. Assim estabeleceram, expressa ou implicitamente, múltiplas garantias constitucionais de caráter processual.

Atualmente, no Brasil, a Constituição Federal (1988) prescreve diretamente princípios processuais que são verdadeiros *direitos-garantias* dos indivíduos, além de regras disciplinadoras da organização judicial brasileira. Conseqüentemente, todo o Direito Processual tem sua estruturação no arcabouço constitucional, afirmando-se a existência de um verdadeiro e próprio *modelo constitucional do processo* (BARACHO, 1984, p. 125 et seq.) e impondo-se o reconhecimento da supremacia das previsões constitucionais sobre as demais normas processuais.

Dessa forma o processo deve ser disciplinado pelo legislador (ele mesmo submetido aos seus princípios ao elaborar tal disciplina) e observado na sua aplicação judiciária e administrativa em consonância com os *princípios constitucionais* que o inspiram.

institutos compõem “a denominada *justiça constitucional*”. BARACHO (1984, p. 126-129), todavia, prefere unificá-los sob a denominação de *Processo Constitucional*. Já LEAL (2001a, p. 62-63), um renovador dos estudos processuais à luz do Direito Constitucional, refuta a distinção, vinculando o “equivocadamente chamado direito processual constitucional” a “institutos que são genuinamente de direito constitucional” e afirmando serem regidos, um e outro, “pela principiologia da instituição constitucional do PROCESSO”, que há de ser o “devido processo constitucional”.

O que se pretende no presente trabalho é fazer uma investigação sucinta, fundada na doutrina nacional e estrangeira, sobre referidos *princípios*, perquirindo sobre o seu significado, natureza institutiva e importância para um Estado que o art.1º da Constituição Federal brasileira de 1988² qualifica como *democrático e de direito*.³

De início serão envidados esforços para deixar claro o que se entende por *processo* e por *princípios jurídicos*, especialmente, entre estes, os consagrados nas Constituições. Somente então adentrar-se-á no tema específico desse trabalho, ou seja, abordar-se-á a questão dos *princípios constitucionais institutivos do processo vistos sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*.

2. A NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO: TEORIAS

Razões não faltam a Paixão Júnior (2002, p. 33-33), quando observa que a primeira providência a ser tomada por aqueles que se propõem a estudar um instituto jurídico, desejando penetrar-lhe a essência e situá-lo no conjunto das categorias que compõem a estrutura da ciência jurídica, é indagar sobre sua **natureza jurídica**.⁴ Pois é exatamente esse o desafio a ser enfrentado neste primeiro momento do presente trabalho.

Especificamente no que diz respeito ao processo, há muito vem a doutrina procurando desvendar-lhe a natureza jurídica. Visando alcançar tal objetivo vêm se sucedendo na história do Direito múltiplas teorias. Cada uma delas, pode-se observar com facilidade, contrapõe-se ferrenhamente à antecedente. Destaca apenas suas deficiências,

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de out. de 1988, art. 1º : “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”.

³ SILVA (1998, p. 129 et seq.), discorrendo sobre a democracia, que entende como um processo dialético de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que vai conquistando no correr da história, ensina que ela repousa sobre os princípios fundamentais da soberania popular e da participação do mesmo povo no poder. E acrescenta, citando BURDEAU, que politicamente, “[...] o objetivo da democracia é a liberação do indivíduo das coações autoritárias, a sua participação no estabelecimento da regra, que, em todos os domínios, estará obrigado a observar”. Caracteriza-se assim o princípio participativo pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo (SILVA, 1998, p. 138-145).

⁴ Sobre o procedimento adequado para se chegar à natureza jurídica dos institutos jurídicos, a lição didaticamente impecável de PAIXÃO JÚNIOR (2002, p. 32-33). Ele aconselha o estudioso a se dirigir, em um primeiro passo, a um “imaginário quadro geral no qual se consagraram, definitivamente estratificados, institutos definidos pela Teoria Geral do Direito” (como o contrato e a relação jurídica). Depois deve tomar a figura em estudo e cotejá-la com as já bem definidas. Desse estudo comparativo e de efeito eliminatório é que sairá a classificação da natureza jurídica da figura pesquisada, tratando-se então de uma ordem dedutiva de raciocínios através da qual se viaja “ao mais profundo do ser do paradigma e do paragoado”.

sem levar em conta o progresso, por menor que seja, que ela representa na busca por uma compreensão mais precisa do seja o *processo*. Tal multiplicidade de teses, além de revelar a complexidade do tema, demonstra a intransigência com que os partidários de cada uma defendem *sua* verdade, como se fosse a única, insistindo em apontar os erros da doutrina combatida.⁵

2.1O processo como contrato e como quase-contrato

Couture (1998, p. 39) ensina que para Pothier, lá pelos idos 1800, resposta adequada à indagação sobre a natureza jurídica do processo seria a de que ele é um **contrato**. Idéia rigorosamente romana,⁶ implica entender constituir-se o processo pela contratual aceitação prévia dos contendores em acatar a decisão do juiz. Explica Alvim (1998, p. 133) que, no caso, deve-se tomar a relação que interliga autor e réu, no processo, como “idêntica à que une as partes contratantes”. Na realidade, explica Leal (2001a, p. 237), pretendia-se considerá-lo como “[...] um contrato acessório ao hipotético contrato social livremente estabelecido pelos homens para convivência e solução pacífica de seus conflitos”. É claro que tal teoria, mesmo na época de seu surgimento, não era hábil para explicar a natureza jurídica do processo, pois o juiz não precisava de prévio consentimento das partes para tornar coativa a sentença (LEAL, 2001a, p. 87).

A debilidade da tese fez prosperar uma outra, idealizada por Savigny e Guényval (1850): a teoria do processo como **quase-contrato**. Ainda insistindo em enquadrar o instituto no direito privado, defendiam seus adeptos que “[...] não sendo o processo, como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito [...] deveria ser, por eliminação, um **quase-contrato**” (COUTURE, 1998, p. 40, grifo nosso). Isso porque se entendia que uma das partes ingressava em juízo *consentindo* que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, daí surgindo um nexa entre ela e o juiz, independentemente da aquiescência espontânea do réu ao debate da lide. Uma proposta igualmente insuficiente para explicar a

⁵ Bem acertada, a respeito de tal “vício”, a observação feita por um grande processualista, invocando reflexão feita por um pensador oriental: “No ocidente [...] um homem se enamora de uma idéia e outro de outra; e ambos começam a demonstrar a sua teoria e o erro da adversa, com grande cultura e estupidez” (COUTURE, 1998, p. 41).

⁶ Como esclarece o autor citado, a idéia reflete duas grandes inclinações do início do século XVIII: relacionar os fenômenos modernos aos da antiguidade (e a solução de conflitos entre os romanos possuiu, por longo período, características marcadamente privatísticas) e examinar os fenômenos jurídicos debaixo do prisma dos contratos _ daí se ter concebido matrimônio como tal, por exemplo (COUTURE, 1988, p. 39).

natureza jurídica do processo, pontua Leal (2001a, p. 88), já que na época a jurisdição era *obrigatória* e o juiz *não precisava do prévio consentimento do autor* para proferir a decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável.

2.2O processo como relação jurídica

As duas teorias anteriores, claramente privatísticas, foram superadas pela que passou a atribuir ao processo a categoria de **relação jurídica**. Sistematizada por Von Büllow (1868),⁷ partiu da idéia de que no processo há uma *relação processual* entre autor, juiz e réu, um *vínculo de sujeição* que faz nascer direitos e obrigações e que não se confunde com a relação de direito material controvertida. Essa idéia de sujeição, de vínculo entre os sujeitos, presente na noção oriunda do direito subjetivo que impregna toda a concepção do processo como relação jurídica é muito clara em Couture, ora referido por Lages (2001, p. 87-88, grifo nosso), quando pondera que

La relación es la unión real o mental de los dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende sino a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales.

Tal *relação jurídica processual*, acrescenta-se, seria o continente em que se colocaria a discussão sobre a relação de direito material (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 1995, p. 280).

Foi a partir daí que se reconheceu a autonomia do processo ante o conteúdo do direito material. Um grande avanço teórico, sem dúvidas, gerador de inúmeras

⁷ Explicam GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO (1995, p. 280) que embora não tenha sido Von Büllow o criador da idéia de que no processo há uma *relação jurídica processual* (que não se confunde com a de direito material controvertida) entre as partes e o juiz, seu grande mérito foi a sistematização dos dois planos de relações, distinguindo-os explicitamente em sua obra a *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*. A mesma observação é feita por ALVIM (1998, p. 147).

conseqüências. Considerado como ato “*trium personarum*”, o processo somente se constituiria validamente *se* cumpridos alguns requisitos dispostos na lei processual, sendo visualizado como *instrumento* a serviço do Estado-Jurisdição⁸ e distinto do *procedimento*. Este seria mera manifestação fenomênica daquele, ou “meio extrínseco” para que o processo se instaurasse, desenvolvesse e terminasse (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 1995, p. 247).⁹

Sobre esse particular, a posição dos autores filiados à tese ora em pauta transparece sem rodeios no trecho em seguida transcrito, que se refere tanto ao uso do processo como mero instrumento da jurisdição como ao procedimento como sua manifestação formal extrínseca:

A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Essa função não se cumpre, em verdade, a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final. Daí a idéia de um **proceder em direção a uma meta** e o nome dado ao conjunto de atos postos em prática no exercício dessa função (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 1995, p. 247, grifo nosso). Essa é a teoria que ainda predomina na confecção dos códigos e leis processuais, com ampla aceitação em toda a literatura do mundo romano-germânico.

Aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman (aliás, é bom lembrar que deste último foi aluno Alfredo Buzaid, autor do Projeto de nosso Código de processo Civil de 1973), seus seguidores hoje são chamados de “instrumentalistas”.

⁸ “A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Essa função não se cumpre, em verdade, a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final. Daí a idéia de um proceder em direção a uma meta e o nome dado ao conjunto de atos postos em prática no exercício dessa função” (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 1995, p. 247).

⁹ Uma distinção que LEAL (2001a, p. 76) considera confusa e que foi elaborada com base em critérios teleológicos: ao processo atribuíram-se finalidades (entre elas a da atuação do Direito, através da jurisdição); ao *procedimento*, não. Foi tomado apenas como algo “puramente formal”, separando-se do processo “[...] como idéia impregnada de finalidades por ser estranho a qualquer teleologia” (GONÇALVES, 2001, p. 64-65). Conforme observa o mesmo autor a teoria não tem resposta para o seguinte problema: se o procedimento é meio necessário para o desenvolvimento do processo, é claro que ele também possui caráter teleológico. Sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada, restando então inadequado o critério distintivo utilizado pela escola do processo como relação jurídica (GONÇALVES, 2001, p. 66).

Encontrou terreno bem fértil entre os processualistas brasileiros, notadamente entre os que integram a denominada Escola Paulista, como Grinover, Cintra e Dinamarco (1995, p. 282-285).

Tem sido alvo, no entanto, de severas críticas, notadamente pela fundamentação na existência de vínculo de sujeição (exigibilidade) entre as partes e das partes com relação ao juiz (subordinação)¹⁰ e pela idéia de ser o processo um instrumento da jurisdição, com escopos metajurídicos.¹¹

O que se sustenta (GONÇALVES, 2001, p. 97-99) é ser inconcebível aceitar a existência de um vínculo constituído entre sujeitos processuais, dando-lhes o *direito de exigir* um do outro determinada conduta, ou a prática de um ato.

Argumenta-se, ademais, que ao se identificar no processo um vínculo de subordinação das partes ao julgador acabou-se “[...] por colocar o juiz numa posição não só de equidistância em relação às partes, mas também de superioridade” (NUNES, 2001, p. 225), permitindo-se que no Direito Processual Civil brasileiro o Estado, como juiz, assumisse posição autoritária (num processo autoritário) dominante e superior num dos pólos da proclamada *relação jurídica processual*, munido de poder de mando assemelhado ao dos soberanos do antigo regime.

Afirma-se ter restado inexoravelmente esquecida, a partir da tese exposta, a simetria de posições exigida por uma ordem que o constituinte assegura ser democraticamente participativa. Como escreve um processualista mineiro da atualidade,

[...] a teoria da relação jurídica [...] tem funcionado como **palco para o Estado exercer sua onipotência malsã**, que causa não só o desequilíbrio, a quebra da simétrica paridade exigida pela

¹⁰ Cf., no que toca a tais críticas, GONÇALVES (2001, p. 97-99) que, em aguda análise, elucida que o problema colocado quando se considera o processo como relação jurídica (no sentido tradicional do termo) é o da própria relação jurídica. É que se assim admitido o processo, ter-se igualmente que admitir que ele é um vínculo constituído entre sujeitos (processuais) que têm o direito de exigir um do outro determinada conduta. Ora, no exercício de suas faculdades ou poderes, nos atos processuais, uma parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz condutor do processo, do qual nenhuma das partes exige conduta nem atos. Sem ter como explicar isso, a doutrina tradicional resolvia a questão pela concepção de que a relação entre juiz e partes seria de *subordinação*. Todavia, afirma o citado processualista, não há relação jurídica entre juiz e partes, assim como não se pode exigir destas qualquer conduta ou a prática de qualquer ato. Resolvem-se suas faculdades, poderes e deveres em *ônus* de suportar as conseqüências desfavoráveis que possam surgir com sua omissão. Sobre o mesmo tema cf. ainda LEAL (2001a, p. 89), NUNES (2001, p. 224-230) e LAGES (2001, p. 85-103).

¹¹ Sobre a afirmativa dos *escopos metajurídicos* do processo veja DINAMARCO (1994, passim) e, em sentido diverso, GONÇALVES (2001, p. 179).

nova ordem constitucional, mas **retira a própria legitimidade do processo** (NUNES, 2001, p. 226, grifo nosso).

Essa falta de legitimidade, inferimos das críticas feitas pela doutrina, deve-se ao fato de que essa teoria, principalmente após as influências instrumentalistas, acabou por reduzir o processo à categoria de *instrumento* da jurisdição,¹² ao invés de tomá-lo devidamente como legitimador dela.

Ora, ele não é mero instrumento da jurisdição: dá-lhe, isto sim, validade e legitimidade, impondo-lhe limites e disciplina.

O Estado, ao exercer a função jurisdicional, é que tem que agir em conformidade com o processo constitucionalmente instituído através de princípios. Inverter tais valores é admitir a perda de sua essencialidade de direito-garantia “capaz de assegurar uma atuação compartilhada dos responsáveis pela elaboração da norma reguladora do caso concreto” (NUNES, 2001, p. 230).

2.3 O processo como situação jurídica

Em contraposição à escola do processo como relação jurídica foi elaborada por James Goldschmidt,¹³ na Alemanha das primeiras décadas do século XX (por volta de 1925), uma outra tese, a sustentar ser o processo a estruturado em **situações jurídicas** egressas do complexo de normas ou de atos reconhecidos em lei prévia e também por atos processuais das partes. Ou seja: que ele surgia da dinâmica das atividades das partes sob comando do juiz, consistindo em jogos “[...] de argumento, linguagem, estratégia; esperanças, expectativas, possibilidades, posições de vantagem perante a lei (PROCESSO como MEIO de duelar)”, conforme registra Leal (2001a, p. 239, grifos do autor).

¹² Conforme deixa assentado NUNES (2001, p. 233-234), tal redução ignora que o processo pressupõe a participação dos litigantes em condições de igualdade, tratando-se de “manipulação perversa e ideológica que requer combate sem tréguas”, já que a jurisdição, como função do Estado, é que deve agir observando os limites do devido processo, em conformidade com seus princípios constitucionais instituidores. No Estado Democrático de Direito é o processo, tal como constitucionalmente constituído, que valida e disciplina a jurisdição; não é mero instrumento dela. Tem que ser considerado como direito-garantia e não como instrumento dos desígnios da jurisdição. Não é ato de poder autoritário de um magistrado que pretende realizar o justo captado de algo metafísico, etéreo, *supra* ou *meta* positivo, mas sim requer a atuação de um órgão que pretenda o justo prévia e discursivamente definido pelos que participam da tarefa democrática de auto-regulação de sua convivência.

¹³

O importante, para penetrar na essência de tal idéia, é compreender que o que antes era visto como direito subjetivo, a gerar obrigações, deveres, direitos processuais, passou ao *status* de

[...] meras *possibilidades* (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), *expectativas* (de obter esse reconhecimento), *perspectivas* (de uma sentença desfavorável) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável) (GRINOVER, CINTRA e DINAMARCO, 1995, p. 282, grifo dos autores).

Ademais, diziam os defensores do processo com a natureza de **situação jurídica**, a sentença não precisava ser fundamentada, visto ser apenas uma solução do conflito (ou do “duelo”?) entre as partes, não guardando relação de causa e efeito com as situações criadas por elas no decurso do processo. Este se sujeitava ao “livre manejo” pelo órgão decisório, já que inexistentes direitos processuais a respeitar (LEAL, 2001a, p. 90).

2.30 processo como instituição

Em seguida defendeu-se a idéia do processo como **instituição**. Conforme assentado por Leal (2001a, p. 90-92), ela veio a lume em torno de 1940 (época de marcante influência do sociologismo) mediante elaboração do espanhol Jaime Guasp. Dito doutrinador procurou abarcar a relação jurídica em si, falhando, contudo, pelo fato de se concentrar no aspecto sociológico, sem qualquer balizamento jurídico da idéia de uma *instituição processual*. Seria o processo uma instituição submetida ao regime da lei tendo em vista um determinado fim.

Diante da força assumida pela rejeição da proposta de Guasp, basta sobre ela acrescentar a crítica de Couture,¹⁴ registrada por Leal (2001a, p. 79): “a concepção institucionalista do processo se apóia numa série de pressupostos mais sociológicos que jurídicos”.

¹⁴ Sobre a adesão de Eduardo Couture à teoria de Jaime Guasp e também os motivos invocados pelo processualista uruguaio para dela se afastar, refiliando-se a Büllow, cf. monografia de Jacy Assis _ *Couture e a teoria institucional do processo* _ conforme aconselhamento feito por LEAL (2001a, p. 91).

2.4 O processo como estrutura técnico-jurídica

Contribuição definitiva para uma melhor definição do instituto do processo foi a do italiano Fazzalari (1975), com sua teoria (estruturalista) do **processo como procedimento em contraditório**.

Para ele o processo é uma “espécie” do gênero procedimento, aquela em que se observa o contraditório _ aqui ainda como atributo e não como instituto de Direito Constitucional _ e cuja essência reside na simétrica paridade de participação das partes na construção do provimento final por ato do juiz.

Fazzalari (1975, p. 3-8) refaz conceitos. Sustenta ser o processo *uma estrutura técnico-jurídica* (daí ser sua teoria denominada estruturalista) orientada pelo modelo normativo (lei), na qual se desenvolvem numerosas atividades de direito público e mesmo algumas de direito privado. Entre tais atividades inclui a legiferante, a administrativa e a jurisdicional, sendo esta última aquela em que o Estado desempenha, por meio de seus juízes, o dever fundamental de fazer justiça.

O **procedimento**, por sua vez, é definido pelo doutrinador italiano (FAZZALARI, 1975, p. 5, 25-28) como uma seqüência de atividades praticadas de acordo com a estrutura técnica (processo), em um espaço-temporal no qual o ato inicial é pressuposto do conseqüente e este uma extensão do antecedente, assim ocorrendo sucessivamente, até o último provimento, com o qual se conclui.

Já o **provimento** é o ato com o qual os órgãos estatais (legiferantes, executivos e judiciários) emanam, cada qual no âmbito de sua competência, disposições imperativas que finalizam o procedimento, só possuindo validade e/ou eficácia se, entre outras exigências, *resultarem tais decisões de atividades preparatórias impostas pelo modelo normativo* (FAZZALARI, 1975, p. 5).

No âmbito jurisdicional a regra é o processo e a sua essência está na participação dos interessados, em contraditório qualificado pela simétrica paridade, na preparação do provimento final.

No que diz respeito aos mencionados conceitos, vale a pena conferir o texto original:

Il ‘processo’ è una struttura nella quale si svolgono, nell’ordinamento statale italiano, numerose attività di diritto pubblico [...] ed alcune attività di diritto privato [...] e come ‘procedimento’ la sequenza di attività che precede il provvedimento, lo prepara, e si conclude con esso [...] il provvedimento di un organo dello Stato costituisce, appunto, la conclusione di un procedimento, l’atto finale del medesimo; nel senso che la legge non riconosce al provvedimento validità e/o efficacia, se esso non è, fra l’altro, preceduto dalla serie di attività preparatorie stabilite dalla legge [...] al procedimento di formazione del provvedimento, alle attività preparatorie attraverso le quali si verificano i presupposti del provvedimento stesso, sono chiamati a partecipare, in una o più fasi, anche gli ‘interessati’, in contraddittorio, cogliamo l’essenza del ‘processo’ (FAZZALARI, 1975, p. 3-6, grifo nosso).¹⁵

A partir do exposto pode-se extrair da doutrina fazzalariana que o processo (judicial ou não), como espécie do gênero procedimento, tem sua essência na participação dialética dos interessados (aqueles que terão sua esfera jurídica afetada pela decisão) na “construção” do provimento que emana do órgão jurisdicional (este não é parte, embora seja sujeito do processo). Ou seja, sua natureza jurídica é a de “[...] **un procedimento al**

¹⁵ “O processo é uma estrutura na qual se desenvolvem, no ordenamento estatal italiano, numerosas atividades de direito público [...] e algumas atividades de direito privado [...] e como ‘procedimento’ a seqüência de atividades que antecedem o provimento, preparando-o e com ele se concluindo [...] o provimento de um órgão do Estado consiste na finalização de um procedimento, seu ato final, o que deve ser entendido no sentido de que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia se não for precedido, entre outras coisas, de uma série de atividades preparatórias estabelecidas pela lei [...] no procedimento para formação do provimento, nas atividades preparatórias através das quais se verificam os seus pressupostos e das quais são chamados a participar, em uma ou mais fases, também os interessados, em contraditório, é que está a essência do processo” (tradução livre da autora).

quale, oltre all'autore dell'atto finale, partecipano, in contraddittorio, gl'interessati, cioè, i destinattari degli effetti di tale atto" (FAZZALARI, 1975, p. 6, grifo nosso).¹⁶

É importante atentar para o fato de que a sentença judicial não é, nessa teoria, um ato magnânimo, solitário ou superior do juiz num processo autoritário, mas uma expressão jurídica, racionalizada e conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes (LEAL, 2001a, p. 92). Estas é que são as preparadoras do provimento, visto que através de suas alegações e articulação dos fatos constroem a decisão final, atuando _ em iguais condições de tempo e espaço _ conforme uma estrutura técnica previamente definida pela lei.

Reconhecida a procedência dessas idéias¹⁷ torna-se inaceitável a redução do processo à categoria de mero instrumento da jurisdição.¹⁸ Não se pode admiti-lo como meio para que o Estado autoritário (e muitas vezes inescrupuloso) faça valer sua vontade, como se fosse ela autônoma, desvinculada da vontade dos governados (jurisdicionalizados). Ele tem que ser compreendido como uma conquista democrática do cidadão, como condição de legitimidade do exercício da jurisdição e do poder que dela se vale porque implica a efetiva participação dos interessados na definição do direito aplicável ao caso concreto.

Para melhor compreensão sobre a relação entre a teoria *fazzalariana* e a posterior, apresentada logo em seguida e hoje aceita por grande parte da doutrina, é importante observar que o processualista italiano, ao distinguir **processo e procedimento** conferindo ao *procedimento realizado em contraditório* a qualidade de **processo**, não o fez pela reflexão constitucional do *direito-garantia historicamente conquistado e legitimador da atividade jurisdicional*. Hoje, todavia, conforme tem sido acrescentado pela última leva de processualistas que emerge no cenário nacional,

¹⁶ “[...] um procedimento do qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório, os interessados, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato” (FAZZALARI, 1975, p. 6, tradução livre da autora).

¹⁷ No Brasil, a teoria estruturalista *fazzalariana* teve como grande expoente GONÇALVES (2001), que corroborou o entendimento do insigne pensador e processualista italiano, reafirmando não haver processo se o procedimento, mesmo que desenvolvido segundo dinâmica específica, não contiver o elemento essencial do contraditório em sua estrutura jurídica espaço-temporal.

¹⁸ Sobre o tema, cf. NUNES (2001, p. 233): “Reduzir o processo à categoria de instrumento, quando a definição do direito material aplicável à hipótese sob julgamento pressupõe a participação dos litigantes em condições de igualdade, constitui uma manipulação perversa e ideológica que requer combate sem tréguas. Ao contrário do que se apregoa, não é o processo que deve servir de instrumento à jurisdição, esta é que, como função do Estado, deve balizar os contornos de sua atuação no devido processo legal”.

[...] em face do discurso jurídico constitucional das **democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional** e não mais **uma qualidade** que devesse ser incorporada [...] ao provimento pela atividade jurisdicional. É o **contraditório** conquista histórica juridicamente constitucionalizada em **direito-garantia**, que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo. Evidente que não se poderia exigir do insigne pensador e processualista italiano, na época inicial de suas lúcidas e contributivas cogitações sobre a escola processual que brilhantemente criou, inserções no movimento constitucionalista que só se afirmou, em paradigmas democráticos avançados, recentemente por estudos de Carpizo, Pizzorusso, Baracho e Canotilho (LEAL, 2001a, p. 93, grifo do autor).

Essas são as idéias que embasam a teoria do processo como **instituição constitucionalizada**, objeto de considerações no item que se segue.

2.6 O processo como instituição constitucionalizada

Surge em seguida a teoria do processo como uma *instituição constitucionalizada*, como *modelo constitucional, direito-garantia*. Nesse sentido prelecionam Andolina e Vignera (citados por LEAL, 2000, p. 272) que o complexo de normas e princípios constitucionais referentes ao exercício das funções jurisdicionais deve ser considerada um verdadeiro e próprio esquema geral de processo.

Conforme ficou implícito no tópico anterior, a nova proposta não se contrapõe à antecedente (*fazzalariana*). Antes traduz sua complementação, enriquecimento, adequação a um constitucionalismo¹⁹ fortalecido a partir da década de setenta e que busca realizar

¹⁹ O constitucionalismo, como arcabouço de garantias no Estado Democrático de Direito, é movimento contemporâneo à reorganização do mundo após a Segunda Grande Guerra, quando se buscou estabelecer instituições criadas por normas jurídicas (e não mais um direito que apenas reproduzisse a realidade social ou que a homologasse pelo discurso da jurisdição). O horror assistido nos tempos de guerra fez aflorar a necessidade de assegurar direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídico-políticos básicos (as Constituições)

novo modelo de democracia. Uma democracia cuja pretensão é a de garantir a todos igual participação na tomada de decisões, na formação da vontade estatal.

Ao se falar em processo como **instituição constitucionalizada** deve-se entender o termo “instituição” como um de conjunto de princípios jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional e apto “a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como **direito-garantia fundamental**” (LEAL, 2001a, p. 93), cláusula inderrogável de resistência jurídica com raízes na soberania popular, única fonte legítima de poder. Destarte, não mais se toma o processo como espécie do gênero procedimento: passa a ser reconhecido como “instituição criada pela norma democrática **regencial do procedimento**” (LEAL, 2001a, p. 242, grifo nosso).

Sobre essa nova concepção da natureza jurídica do processo, pioneiramente defendida no Brasil por Baracho em sua obra *Processo Constitucional* (1984), registra a doutrina mais recente:

O PROCESSO é instituição pública constitucionalizada
de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos. Nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos princípios jurídicos que integram a instituição do PROCESSO: ampla defesa, contraditório e direito ao advogado e isonomia. **Desqualifica-se, assim, em seus aspectos de legalidade e legitimidade, o exercício da atividade jurisdicional que não seja regida pelo primado constitucional do PROCESSO, ou** como já falamos, na criativa expressão de Andolina e Vignera, **pelo ‘modelo constitucional do processo’** (LEAL, 2001a, p. 77, grifo nosso).

A partir da Constituição da República de 1988, cujo art. 1º afirma ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, não há mais como deixar de conceber o processo como uma *instituição* que, sob a denominação de *modelo constitucional do processo* (devido processo constitucional), é regida por um conjunto principiológico centrado nos princípios

votados e aprovados pelo povo através de seus representantes. A lei passou, então, a *juridificar*, a implantar as instituições, sem se limitar a homologar realidades históricas já superadas e ineficientes (LEAL, 2001, p. 91).

da isonomia, do contraditório e da ampla defesa. Eles caracterizam o **devido processo constitucional**. Devido porque estabelecido pelo povo, no exercício de sua soberania, através de seus constituintes. Está ele inserido entre os direitos fundamentais do cidadão. *Direito- garantia, instituto* assecuratório da cidadania.

Fica mais difícil ainda, assim entendendo a natureza do processo, perseverar na afirmativa de ser ele simples instrumento da jurisdição. Impõe-se, ao invés, a conclusão de que exercício desta deve observar estritamente o **devido processo constitucional**, a principiologia que o institui, qual seja, **contraditório, isonomia, ampla defesa** e seus consectários.

Nesse passo chega-se ao seguinte desfecho: contemporaneamente, considerada essa nova natureza do processo, não se buscam por meio dele “decisões justas” que fiquem na dependência da clarividência do julgador, da sua ideologia ou magnanimidade. A atividade dos que decidem (o que é um dever, inclusive dos juízes) é condicionada aos ditames das *garantias constitucionais do processo* e estas asseguram às partes que as decisões sejam tomadas de acordo com sua participação discursiva no procedimento. Desse modo,

O Judiciário [...] não é o espaço encantado [...] de julgamento de **casos** para revelação da **JUSTIÇA**, mas órgão de exercício judicacional segundo **o modelo constitucional do processo** em sua projeção de *intra* e *infra* expansividade principiológica e regradora. O Devido Processo Constitucional é que é **jurisdicional**, porque o PROCESSO é que cria e rege a **dicção** procedimental do direito, cabendo ao juízo ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial (LEAL, 2000, p. 272, grifo do autor).

Essa é a visão contemporânea da natureza jurídica do processo: **instituição constitucionalizada, referente lógico-jurídico de estruturação dos procedimentos** _ e não só judiciais, mas também os legiferantes e administrativos.

Trata-se de uma síntese dialética que reflete contribuições emanadas de longa evolução e não é possível afirmar categoricamente nada mais haver a discutir sobre o tema.

Prova disso são os estudos doutrinários que acenam com uma novíssima tese, que propõe a da teoria “neo-institucionalista” do processo (LEAL, 2001a e b; 2002).²⁰

Observe-se que não há nada de estranho nessa busca incessante, a indicar existirem sempre resquícios de insatisfação com o que já foi construído. Afinal, a humanidade caminha, aperfeiçoa-se a cada dia sendo natural que o Direito por ela construído reflita a constância desse caminhar.

Fica-se sempre na esperança de que ele seja, todavia, realmente uma busca por melhores condições de dignidade para o ser humano.

Esclarecida assim, em linhas bem genéricas, como é reconhecida hoje a natureza jurídica do processo, inclusive o judicial, ou seja, como *instituição constitucionalizada regida pelos princípios constitucionais do contraditório, da isonomia e da ampla defesa*, abre-se o espaço para a discussão sobre tais princípios. Impõe-se anteceder-lo, até mesmo por imposição didática, por uma outra indagação: o que são princípios jurídicos?

3. OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO E FORÇA COGENTE

A palavra *princípio*, em si mesma, liga-se às *verdades primeiras*, àquilo que *está no começo e na base de tudo*, ao que constitui *fundamento lógico, essencialidade*, em qualquer dos campos do conhecimento humano. Por isso os princípios devem ser observados.

Saliente-se que, no campo do Direito, eles nem sempre tiveram a importância que hoje lhes é reconhecida.

Até o início do século XX os então conhecidos como *princípios gerais do direito* na prática eram tidos como de duvidosa _ ou mesmo nula _ eficácia normativa.

²⁰ Registre-se nova proposta, apresentada por LEAL (2002, passim; 2001a, p. 95-99), distingue-se da antecedente por um detalhe, qual seja, esta última entende o processo construído no arcabouço constitucional **pelo diálogo de especialistas** (Assembléia Constituinte, Congresso) representantes do povo, enquanto que a teoria neo-institucionalista supõe uma Constituição **egressa do próprio povo total** da sociedade política, fruto da consciência participativa popular. No povo, tomado não como ícone, conforme expressão utilizada por MULLER (2002, p. 42), mas como conjunto de cidadãos direta e ativamente participante das regras de criação, alteração e aplicação de direitos (causalidade deliberativa dos enunciados constitucionais). Em suma, defende o citado autor uma Teoria de Constituição de fundo dialógico-popular, o que exigiria cidadania consciente, participativa, instituidora de um Processo constitucionalizado (e agindo ele mesmo de acordo com tal Processo) que não decorreria mais da autoridade de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a administração pública. Como reconhece o próprio LEAL (2001a, p. 97) a novel teoria “[...] não é uma ordem de pensamento acabado. Erige-se como apelo crítico-participativo das partes juridicamente legitimadas à instauração de procedimentos em todos os domínios de jurisdicionalidades. [...] É uma **proposta enunciativa em construção** que não se sustenta pela convicção única de um teorizador, prescindindo, à sua realização, da compreensão inter-relacional do povo total nas instâncias jurídico-sócio-econômicas da Sociedade Política” (grifo nosso).

Ensina Bonavides (1997, p. 232 et seq.) que passaram primeiro por uma fase “jusnaturalista”, integrando o campo da especulação metafísica, da abstração filosófica.

Depois seguiu-se a fase “juspositivista”, quando entraram nos Códigos do século XIX na esfera “juscivilista”, onde serviam à lei, ao Direito positivo, sendo induzidos por abstração ou generalização das regras positivadas.²¹ Nessa etapa, entretanto, suas funções normativas eram tão-somente supletórias e subsidiárias, meios de integração das possíveis lacunas legislativas de um sistema de regras considerado “fechado”, bastante e suficiente em si mesmo, não sendo os princípios considerados “normas” de obrigatória observância pelo julgador e muito menos pelo legislador. Uma visão decorrente dos postulados do estrito positivismo jurídico e que tinha como conseqüência a abertura de uma forte discricionariedade ao juiz.

Somente em uma terceira fase, denominada “pós-positivista” (BONAVIDES, 1997, p. 247), é que os princípios gerais passaram dos Códigos para as Constituições. Nelas adquiriram valoração normativa suprema, como *princípios constitucionais*. Aliás, mesmo nessa fase, reconhece-se que passaram eles por duas etapas, conforme sua força normativa. Uma programática, quando ainda apresentavam eficácia mínima, possuindo aplicabilidade diferida. Outra, a atual, quando se firma o primado de sua concreção e objetividade, apresentando-se como *normas-chave* de todo o sistema jurídico e não meros programas de ação, restrição através da qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições.

Sobre a constitucionalização dos princípios jurídicos diz o eminente doutrinador:

São momentos culminantes de uma reviravolta na região da doutrina, **de que resultam para a compreensão dos princípios jurídicos importantes mudanças e variações acerca do entendimento de sua natureza: admitidos definitivamente por normas, são normas-valores** com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos; e por isso mesmo **providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por constituírem a norma de eficácia suprema** (BONAVIDES, 1997, p. 248, grifo nosso).

²¹ O contraste entre essas duas fases _ a jusnaturalista e a positivista _ radica no fato de que a primeira afirmava a insuficiência dos princípios extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo para preencher as lacunas da lei, havendo então necessidade de se recorrer aos princípios do Direito natural, enquanto que para os juspositivistas seriam suficientes os princípios que se pudessem obter dentro do ordenamento jurídico estatal (BONAVIDES, 1997, p. 235).

Para tal consequência _ a de passarem os princípios a serem vistos como *direito*, como *normas* cogentes que, ao lado das regras, integram um sistema jurídico *aberto*, conforme adjetivação de Canotilho (1998, p. 1085) _ foi decisiva a contribuição mais recente de alguns estudiosos do tema. Entre eles estão Dworkin, principalmente em sua obra *Los Derechos en Serio* (1999) e o alemão Alexy em sua *Teoria de los Derechos Fundamentales* (1997).

O primeiro sustentando que os princípios jurídicos²² valem como tais porque são *princípios morais* incorporados pelo Direito vigente, traduzidos para seu código e assim revestidos de validade jurídica (possuem caráter deontológico), explicando e justificando todo o Direito, consoante análise feita por Habermas (1997, v. I, p. 252-257) ao focar a contribuição dworkiniana ora estudada.

Dworkin (1999, p. 75-78) distingue-os das regras argumentando que estas são aplicadas (e seguem-se as consequências que elas indicam) de forma “disjuntiva”.²³ Isso significa afirmar que valem ou não valem, quando há a subsunção dos fatos ao que elas estipulam, não sendo possível aplicarem-se ao mesmo fato duas regras que assinalam em direções diversas. Ou se aplica uma, ou se aplica outra. Já os princípios diferenciam-se por sua estrutura lógica e argumentativa, por não admitirem a subsunção pura e simples dos fatos ao seu enunciado, que não traz as consequências jurídicas “[...] *que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas*” (DWORKIN, 1999, p. 75). Possuem, ao contrário das regras, uma dimensão de peso ou importância, essencial para sua conceituação e que deve ser levada em conta diante dos casos concretos. Nestes, pode acontecer que incidam dois (ou até mais) princípios em concorrência, solucionando-se o problema com a relativização do seu peso. Um deles pode ceder espaço ao outro *naquele*

²² Nas palavras de DWORKIN (1999, p. 75) é indubitoso o caráter deontológico dos princípios jurídicos: “*Llamo ‘principio’ a un estándar que há de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*” (grifo nosso).

²³ Como diz DWORKIN (1999, p. 75-78) “*Las normas [regras] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si nos hechos que estipula una norma [regra] están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. [...] Si se da un conflicto entre dos normas [regras], una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida e cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas [regras] mismas*”. O autor (DWORKIN, 1999, p. 78) se refere a critérios para identificar a invalidez das regras (normas) previstos pelo ordenamento jurídico, como os da especialidade, cronológico e hierárquico.

caso, sem com isso ser excluído do sistema e sendo possível sua predominância em outro caso (DWORKIN, 1999, p. 76-78).

Não se pode esquecer que o objetivo de Dworkin (1999, p. 83-85) ao distinguir, como elementos constitutivos do ordenamento jurídico, as normas que são princípios daquelas que são regras, frisando o caráter deontológico de umas e outras, foi combater a “discrecionalidade forte” que o positivismo jurídico atribuía aos juízes. Como normas que *deven ser* obedecidas, vai concluir o citado autor, os princípios restringem o poder discricionário dos julgadores, indicando o caminho e a razão para uma decisão correta, mesmo nos casos mais difíceis, quando não existe uma regra específica aplicável. Conseqüência prática de sua tese há de ser a de que os princípios não são normas de aplicação subsidiária, supletiva, como ocorria com os princípios gerais inseridos nos Códigos, mas sim núcleo decisivo do Direito.

Alexy (1997, p.86-87), por sua vez, partindo da já incontroversa afirmativa de serem tanto as regras como os princípios espécies normativas, sustenta existir uma diferença de *qualidade* entre elas.

Os princípios, assegura o magistrado da Corte Constitucional alemã, contêm mandados de otimização, ou seja, podem ser cumpridos em distintos graus dentro do que for fática e juridicamente possível nas circunstâncias concretas, possuindo um caráter “*prima facie*” que não é completamente determinado.²⁴ Assim, em situações de colisão entre princípios, um _ aquele ao qual é atribuído peso menor, segundo um processo de ponderação _ tem que ceder diante do outro, sem que isso signifique sua invalidação.²⁵

Um dos mestres do constitucionalismo português, com ampla aceitação pela doutrina nacional e nos círculos acadêmicos, refere-se aos autores e obras a acima citados

²⁴ No texto original, assim é feita a distinção entre princípios e regras: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio*” (ALEXY, 1997, p. 86-87, grifos do autor).

²⁵ Hoje não há mais muitas discussões sobre a tese. Veja, por exemplo, LUCON (1999, p. 93-94), pontuando que se entre regras pode haver antinomia, a exigir que uma seja extirpada do sistema, tal é impossível entre princípios. No caso, deve haver conjugação dos objetivos dos princípios concorrentes e, se não for possível, a escolha de um implica uma fundamentação que, a seu ver, é “muito mais política e social do que jurídica”.

afirmando ser imprescindível a sua leitura para que se possa acompanhar a “discussão teórica e metódica em torno dos princípios jurídicos”. Assim resume a contribuição que deram ao tema:

Aí se poderá encontrar a distinção entre regras e princípios, o recorte de “casos difíceis” (*hard cases*), a análise *prima face* dos problemas, a sugestão da ductibilidade dos princípios. De igual forma, nestas obras mais representativas se encontrará a demonstração de que, hoje, a subordinação à lei e ao direito por parte dos juízes reclama, de forma incontornável, a *principialização da jurisprudência*, ou seja, a mediação judicativo-decisória dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos a decisão jurisdicional (CANOTILHO, 2000, p. 83, grifo do autor).²⁶

Enfim pode-se dizer, referendando a doutrina mais recente, que os “princípios jurídicos”, em sua maioria insertos nas Constituições, caracterizam-se como *normas* (cogentes portanto) com maior grau de abstração, mais vagas e indeterminadas, carecendo de mediações concretizadoras (do legislador e do juiz, por exemplo). Destacam-se por seu caráter de fundamentalidade, por sua importância estruturante dentro do sistema jurídico, por uma maior proximidade da idéia de Direito e de Justiça e por sua natureza normogenética,²⁷ já que estão na base, ou melhor, constituem a “*ratio*” de regras jurídicas (CANOTILHO, 1998, p. 1086-1087). Sua linguagem aberta e flexível permite que o sistema constitucional “respire”, abra-se para a complementação e o desenvolvimento (sem jamais contrariar os princípios), o que é indispensável diante das sociedades atuais, pluralistas e heterogêneas, em que se debatem múltiplos interesses concorrentes, aparentemente conflitantes.

²⁶ Cf., na obra citada, o objetivo do autor: destacar a necessidade de que as escolas de formação de magistrados ressaltem a importância dos princípios, mais especificamente dos constitucionais, sob pena de formarem magistrados “positivistas”, “legalistas”, pouco preparados para os desafios das sociedades plurais inclusivas e sujeitos a dificuldades quando não encontrarem nos Códigos a regra da decisão (CANOTILHO, 2000, p. 84-85).

²⁷ À natureza *normogenética* referida reporta-se LUCON (1999, p. 93) assegurando a *função criativa* dos princípios constitucionais, na medida em que impõem ao legislador a função de *criar novas regras* que complementem o sistema ou microsistema em que estão inseridos.

Nos temas fundamentais do Direito Processual moderno merecem grande destaque os princípios e garantias constitucionais. O processo legítimo só existirá se forem observados e, ao mesmo tempo, a efetivação dos preceitos contidos nas Constituições dá-se através da realização do processo, ao qual cumpre construir uma estrutura procedimental que os observe.

4. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INSTITUTIVOS DO PROCESSO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Há de se indicar, como ponto de partida de qualquer estudo sobre o processo, aqui concebido como *instituição constitucionalizada garantidora de direitos* que tem suas raízes na soberania popular, o quadro dos **princípios que o instituem** e dos **princípios que o informam**.

Os princípios *informativos*, conforme lição de Leal (2001a, p. 105-109) são “variáveis lógico-jurídicos” dos *institutivos*.²⁸ Estes últimos é que constituem o objeto específico de estudo neste trabalho, surgindo como “elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base institutiva” (LEAL, 2001a, p. 103), constitucionalizada. São o *contraditório, a isonomia e a ampla defesa*. Sem eles não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito garantia constitucionalizado, apto ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental democrática das leis processuais.

4.1 O princípio do contraditório

O princípio do contraditório ganhou relevo, erigido em garantia constitucional explícita, no art. 5º, LV, da Constituição Federal brasileira de 1988.²⁹ Confirma-se, pelas mãos da doutrina, como essência mesma do processo.

²⁸ Como princípios informativos do processo relaciona o autor (LEAL, 2001a, p. 105-109) os da *oralidade, publicidade, lealdade processual, disponibilidade e indisponibilidade, economia processual* (que não admite a redução das atividades processuais em violação ao direito fundamental da ampla defesa e do contraditório), *instrumentalidade das formas* (que não admite possa o juiz suprir atos que configuram faculdade das partes).

²⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 5 de outubro de 1988. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei [...] 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”.

Segundo lição Nery Júnior (1999, p. 39) é manifestação do Estado de Direito, visto que garantido o contraditório e a ampla defesa, ficam assegurados tanto o direito de ação quanto o direito de defesa.

Theodoro Júnior (2002, p. 24), por sua vez, afirmando ser ele o principal consectário do tratamento igualitário das partes, ensina que consiste na “necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o processo”, sem “privilégios, de qualquer sorte”, possuindo caráter absoluto.³⁰

Todavia, é preciso melhor verificar o seu conceito, o que aqui se pretende fazer apresentando argumentações que defendem ter alcançado uma maior amplitude no Estado Democrático de Direito.

Merece relevo, desde sua primeira formulação sobre a matéria, a posição do criador da teoria estruturalista do processo. Ele faz referências à exigência de dialeticidade entre as partes processuais, em um movimento recíproco e simétrico de ação e reação dentro da estrutura do procedimento. Leciona o processualista italiano que o contraditório é fase preparatória do provimento final, consistindo na real possibilidade de uma parte se manifestar seguidamente na estrutura do procedimento, exercitando um conjunto de escolhas, reações, controles e na necessidade de suportar as mesmas manifestações da outra parte, em simétrica paridade de posições subjetivas processuais (FAZZALARI, 1975, p. 29).³¹

Essa idéia de *participação* como elemento integrante do contraditório é antiga. O conceito de contraditório, todavia, desenvolveu-se, ampliou-se, como mostra Gonçalves

³⁰ Embora afirmando o caráter absoluto do princípio do contraditório, a significar que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais, ressalva o autor que a despeito de tal exigência pode ser que ela tenha que ceder momentaneamente a medidas indispensáveis “à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo”, como no caso de medidas liminares deferidas a uma das partes antes de ouvida a outra. Possibilidade restrita a casos excepcionais, assegura, casos em que não se nega o contraditório, mas apenas se protela um pouco o seu exercício (THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 24-25). No mesmo sentido TUCCI; TUCCI (1989, p. 66) destacam que mesmo no caso em que a lei admite o contraditório diferido, como ocorre com as liminares *inaudita altera pars*, o princípio em questão se mantém íntegro devido à provisoriedade dos referidos provimentos.

³¹ Nas palavras de FAZZALARI (1975, p. 29): “*Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, il contraddittorio. Tale struttura consiste: nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale all’ fase preparatoria del medesimo, nella simmetrica parità delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto), nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme _ copiscuo o modesto non importa _ di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e Che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati*”.

(2001, p. 126), acentuando que já não se trata apenas de direito das partes de se fazerem ouvir, de mera participação ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. Assumiu o significado de *garantia de sua participação, em simétrica igualdade, no processo*. É ele ainda quem esclarece:

O contraditório não é, por isso, a ‘mera participação no processo’. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam ‘sujeitos dos atos processuais’. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve ‘entre as partes’, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento (GONÇALVES, 2001, p. 121).

É portanto das partes a garantia do contraditório. Compete-lhes o jogo da contradição por motivos bem simples: porque são delas os interesses em jogo, são elas as únicas destinatárias do provimento final, suportando os efeitos da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Em tal contexto o juiz, embora seja sujeito do processo, aquele que tem a titularidade não só do provimento final mas também de outros, emitidos durante o procedimento, não é um contraditor, não integra o contraditório, não participa dele com as partes, já que não são seus os interesses colocados em jogo. É claro que ele não se limita a uma “posição de estátua”, como acertadamente pontua Moreira (1989, p. 380-394), ao defender que a maior participação dos juízes no processo é um direito que assiste à própria sociedade, não devendo ser olvidado pelo legislador. Mesmo que realizado o contraditório somente entre as partes, não se dispensa a atuação precisa e atenta do juiz no processo. No arcabouço democrático deve ele, como representante do Poder Estatal, adotar providências legais que garantam, assegurem e façam observar o contraditório. O que não pode fazer é direcionar a causa, na sua tramitação, por caminhos que lhe sejam mais convenientes, nos rumos do seu arbítrio e com pouco caso aos rumos exigidos pelo contraditório desenvolvido.

Como princípio e instituto constitucional, como direito-garantia de participação, “referente lógico-jurídico” do processo constitucionalizado (LEAL, 2001a, p. 104), o contraditório “[...] decorre da exigência de *coparticipação paritária das partes*, no procedimento formativo *da decisum* judicial” (BARACHO, s/d, p. 335, grifo nosso), é “[...] **garantia** de simétrica paridade de **participação** no processo” (GONÇALVES, 2001, p. 127, grifo nosso).³² Tem sua essência na liberdade jurídica das partes, a qual pode ser exercida mesmo através do silêncio (liberdade de nada dizer), embora sendo ***direito-garantia de manifestação***. Não exercido no prazo finito da lei, converte-se em ônus processual. Sua observância implica um constante (embora eventual) fluxo de pedido e resistência, alegação e negação, tese e antítese, sopesando argumentos e provas, para que ao final se possa, através da *discursividade*, chegar à decisão final.

Como ***garantia***, enuncia-se como uma liberdade protegida. Não se pode tomá-la como uma imposição e nem identificá-la como instrumento de sujeição recíproca das partes ou das partes ao juiz.³³ Sua não-observância na atividade jurisdicional negaria a base democrático-jurídico-principiológica do processo, redundaria em poder ilegítimo conferido ao julgador, em sujeição ao seu arbítrio. Nesses termos, ausente o contraditório o processo

[...] perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das partes (LEAL, 2001a, p.104).

³² Textualmente, conforme o autor (GONÇALVES, 2001, p. 127), o contraditório “[...] é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto **garantia** de simétrica paridade de participação no processo” (grifo nosso).

³³ A esse propósito, confira a posição radical de GONÇALVES (2001, p. 132): “Se o contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria da relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual”. Confira também, em sentido diverso MARINONI (1999, p. 250-251) que mesmo reconhecendo que é a atuação da jurisdição em conformidade com o procedimento segundo “valores” constitucionalizados que torna legítimo o processo, como exercício do poder, conclui: “Tudo que foi dito, entretanto, não permite que seja posta de lado a noção de relação jurídica processual, como pretendeu Fazzalari. Ora, o processo pode ser analisado a partir de dois ângulos distintos: um externo, que caracteriza o procedimento, e outro interno, pertinente às relações entre os sujeitos processuais.[...] A noção de relação jurídica processual [...] é inseparável do conceito de processo. O processo, na realidade, pode ser visto como o procedimento realizado em virtude do desenvolvimento da relação jurídica processual, mediante a participação efetiva e adequada em contraditório”.

É que democracia quer significar, acima de tudo, participação. Como bem lembra Marinoni (1999, p. 250), a “participação no poder é da essência da democracia”, sendo esta legitimada por aquela. Depois, ainda completa:

O fundamento da legitimidade do processo jurisdicional não poderia ser diferente. O exercício do poder estatal através do processo jurisdicional há de ser legítimo, mas a legitimidade [...] somente pode ser conferida pela abertura à participação. Ora, se o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão [...] possibilidade real e não meramente formal [...] A participação em contraditório, como já foi dito, deve ocorrer em igualdade de condições, ou, em outras palavras, “em paridade de armas” [...] decorrência do princípio da igualdade substancial (MARINONI, 1999, p. 250-251, grifo nosso).

É bom chamar a atenção para o fato de que a liberdade de *dizer e contradizer*, no processo, é extensão do diálogo político que deve existir na sociedade, acerca de quaisquer pendências. Não se concebe mais, pelo menos no Estado Democrático de Direito, a tomada autoritária de decisões sem que tenha havido discussão a seu respeito.

O princípio do contraditório, como se obvia de tudo que foi dito, possui íntima conexão com outro: o da igualdade processual, objeto de considerações no tópico imediato.

4.2 O princípio da isonomia processual

As discussões travadas em torno do *princípio da igualdade* têm ocupado lugar de destaque entre os filósofos, processualistas, constitucionalistas.³⁴ Via de regra recorre-se,

³⁴ Entre os autores que escreveram sobre o tema da igualdade, como princípio jurídico e direito humano fundamental, confira, por exemplo, SAN TIAGO DANTAS (1948), BORGES (1996), CANOTILHO (1998), MIRANDA (2000, v. 2-4), BONAVIDES (1997), SILVA (1998), ROCHA (1990, 1996), MELLO (1993), MENDES, COELHO e BRANCO

para defini-lo, a uma das acepções ditadas por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco* (1973, p. 124-125), ou seja, a de que significa *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais* _ conceito de *igualdade geométrica* e proporcional à virtude de cada *cidadão*. Tem ficado em segundo plano o outro conceito aristotélico, o da *igualdade aritmética*, a determinar que se dê a cada um a mesma coisa.³⁵

Todavia, é bom lembrar, na Grécia de então a desigualdade era natural, porque havia muitas restrições discriminatórias quanto à cidadania. Apenas uma minoria da população se incluía no conceito de *cidadão* (só varões gregos e maiores) e somente os assim considerados participavam da elaboração das leis a que se submetiam, leis que deviam tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais (entre os cidadãos).

Assim, é preciso adequar a tese aristotélica ao atual Estado Democrático de Direito, já que, originariamente, ela nada mais era que fonte de exclusão social e política da massa de não-cidadãos. Isso não impediu _e em absoluta abstração do contexto original _ sua posterior identificação com a denominada *igualdade substancial* ou *real* (contraposta à formal), cuja pretensão é exatamente o acesso (inclusão) de todos aos bens da vida.

Não se discute que o Estado Democrático de Direito se legitima pela participação de todos, de forma livre e igual, na estruturação do Estado, nos discursos legislativos de justificação do Direito e nos discursos de sua aplicação pelo judiciário e administração. Igualdade procedimental, poder-se-ia dizer, mais próxima do conceito aristotélico de igualdade aritmética, a dizer que cada pessoa tem a mesma importância nesses discursos e que, portanto, deve ser vista como aritmeticamente igual. (GALUPPO, 2002, p. 206).

A idéia retora da igualdade democrática, em suma, é a da inclusão _ igualdade inclusiva. E ela é garantida pela efetiva participação dos cidadãos (no sentido amplo e atual

(2000), RAWLS (1997), HABERMAS (1997, v. 1-2), BOBBIO (1992, 1997), PERELMAN (2000), PELLISSIER (1996), PIOVESAN (1998), FARIA (1973) e, mais recentemente, LUCAS DA SILVA (2001) e GALUPPO (2002).

³⁵ No Livro V de sua *Ética a Nicômaco* (1979, p.121-138) ARISTÓTELES trata da Justiça e elabora então dois de seus significados clássicos: o da *justiça universal*, que identifica com a *legalidade*, e o da *justiça particular*, assentado sobre a *igualdade*. No âmbito desta distingue ainda duas espécies: justiça distributiva e comutativa. Sobre a primeira, à qual certamente dá maior destaque, diz que ela .rege a divisão dos bens (inclusive honras e ônus) entre os homens. Implica uma a igualdade geométrica e proporcional à virtude dos indivíduos, de forma que na aplicação dessa espécie de justiça é possível alguém “[...] receber um quinhão igual ou desigual ao de um outro” (1973, p. 124), surgindo a injustiça quando os iguais forem aquinhoados desigualmente e desiguais receberem quinhões iguais. As leis das cidades deviam observar essa igualdade. Todavia, na Grécia de então tais leis só se aplicavam aos *cidadãos* _ conceito que excluía estrangeiros, mulheres, escravos, abrangendo apenas os varões gregos e livres, participantes efetivos do governo da *polis*, inclusive da elaboração das leis. Portanto, a igualdade aristotélica ligava-se a uma visão restrita e hoje inaceitável de cidadania, uma igualdade que, sob a ótica moderna, seria um *mecanismo de exclusão social* (GALUPPO, 2002, p.48-49), já que observá-la significava aceitar que nem todos tinham acesso (e na mesma proporção) aos mesmos direitos, inclusive os de participação nas atividades do Estado.

do termo) nos procedimentos através dos quais se faz a distribuição (igualitária) dos direitos e garantias, criam-se e aplicam-se mecanismos impeditivos de que as diferenças (indissociáveis das sociedades modernas, heterogêneas e pluralistas) obstaculizem o igual gozo desses direitos. Para que isso não ocorra pode ser que nos discursos legislativos os participantes do procedimento de criação do Direito decidam pelo tratamento desigual dos diferentes, em razão da própria diferença que os distingue. Na lei e através da lei surgem então tratamentos ora iguais, ora desiguais, em consonância com situações de fato objetivamente consideradas.

A par disso, é evidente que o princípio constitucional e direito fundamental da igualdade inclui a igualdade processual jurisdicional, *igualdade perante a lei*, ou *diante do juiz*. Como observa conhecida doutrinadora brasileira, “a igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz” (GRINOVER, 1975, p. 25).

Em sua sabedoria Jhering, citado por Gonçalves (2001, p. 119), já dizia que a “justiça no processo” dependia de serem as relações entre as partes caracterizadas pela igualdade: “devem combater-se com armas iguais e devem-lhes ser distribuídas com igualdade luz e sombra”.

Resta ver então em que consiste o princípio da igualdade processual na conjunção do Estado Democrático de Direito e da teoria contemporânea do processo, que a este atribui a natureza de *instituição constitucionalizada regida pelos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa*.

A questão primordial que se põe em discussão é a de saber se a igualdade processual pode ou não ser entendida como exigência de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais _ igualdade proporcional e geométrica _ ou se sua conexão mais íntima é com a igualdade aritmética.

Vários são os doutrinadores a defenderem que a observância da igualdade processual exige, conforme seja o caso, tratamentos diferenciados, aplicando-se-lhe a exigência de igualdade substancial para que seja efetiva a participação simétrica das partes no contraditório. Veja-se, por exemplo, o que diz Marinoni (1999, p. 253) a esse respeito:

O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da **igualdade substancial**, já que

não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo. [...] Para que a participação no processo ocorra em igualdade de condições, o legislador e o juiz devem dispensar tratamento desigual aos desiguais. Pergunta-se então quando eles devem estabelecer discriminações e, assim, sobre os critérios que devem ser seguidos para que a isonomia substancial impere no processo (grifo nosso).

No mesmo sentido pontua também Pinto (2002, p. 48) que, no processo, o tratamento igualitário não significa tratamento idêntico, já que em certos casos uma das partes apresenta-se em posição muito mais vantajosa do que a outra, sendo então necessária “uma intervenção legal a fim de que a igualdade seja estabelecida”. Adverte então que a isonomia processual não significa colocar em confronto as partes litigantes, de forma direta, pura e simplesmente, porque pode haver evidente desequilíbrio econômico entre elas e, nesse caso, reduzi-las à mesma condição processual significaria, na verdade, colocar uma delas em posição de extrema vantagem em relação à outra. Por isso, conclui o citado autor, tanto as normas jurídicas de direito material como as de direito processual podem conferir ao Poder Judiciário mecanismos capazes de restabelecer o equilíbrio processual,³⁶ sem esquecer o princípio da proporcionalidade (PINTO, 2002, p. 48).

Grinover (1975, p. 29) não diverge dessa posição, embora fazendo ressalvas no que diz respeito aos limites a serem observados para que essa igualdade processual substantiva, real ou proporcional não se transforme em desigualdade e em inconstitucionalidade. Faz uma análise minuciosa de diversos dispositivos da lei processual civil pátria em que se busca essa igualdade através do tratamento processual desigual, apontando aspectos que, como diz, possam configurar eventuais distorções da isonomia e produzir privilégios ao invés de prerrogativas. Nesse passo, só para dar um exemplo, justifica as prerrogativas da Fazenda Pública quanto aos prazos mais amplos, invocando o interesse público, a

³⁶ Como mecanismo processual destinado a colocar as partes em posição de igualdade o autor cita especificamente o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.068/90, o CDC, que prevê a possibilidade do juiz inverter o ônus da prova para facilitar a defesa do consumidor em juízo, devido à sua vulnerabilidade (PINTO, 2002, p. 48). No mesmo sentido e citando o mesmo exemplo confira ainda MARINONI (1999, p. 254), NERY JÚNIOR (1992, p. 55) e ainda NERY JÚNIOR; NERY (1997, p. 1350). Nesta última obra citada, por exemplo, os autores afirmam ao comentar o art. 4º, I, do CDC, que o legislador reconheceu o consumidor como a parte mais fraca da relação de consumo e que a norma em pauta concretiza o princípio constitucional da **igualdade real**, que significa tratar “**desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades**” (NERY JÚNIOR; NERY, 1997, p. 1350, grifo nosso).

complexidade da organização dos serviços públicos em geral, em razão da ampliação das atividades do Estado :

Em suma, os prazos concedidos à Fazenda Pública são mais amplos, justamente em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, a fim de se atingir a igualdade substancial (GRINOVER, 1975, p. 33).³⁷

Todavia, essa linha de pensamento tem sido contestada, por estudiosos filiados à corrente da visão contemporânea do processo.

De início tais idéias contestadoras foram mais tímidas, embora não haja dúvidas de que se estava a falar de uma real simetria entre as partes no contraditório. Andolina e Vignera (1990, p. 113-114), por exemplo, acentuam que em virtude da norma constitucional da igualdade na estrutura do processo civil, a disciplina de seus atos singulares, a distribuição dos poderes e deveres processuais devem assegurar um perfeito equilíbrio das partes destinatárias do provimento, simétrica participação com a garantia de poder fazer cada qual aquilo que a outra fizer para obter razão, ou para se defender.³⁸

Uma maior nitidez de posição, sem sombra de dúvidas, surge com Leal (2001a, p. 104), quando repudia peremptoriamente ser possível tomar o princípio da igualdade no âmbito processual até mesmo como *possibilidade* de tratamento diferenciado para as partes. Sua clareza é contundente:

A asserção de que se há de dar tratamento igual aos iguais e desigual a desiguais resulta em **tautologia inominável**, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de

³⁷ A autora discorda, todavia, da amplitude do prazo diferenciado, gerando uma desproporcionalidade: “Não é, pois, o prazo maior, em si, que nos parece inconstitucional, mas sim, um prazo tão maior que supere a amplitude necessária para atingir o equilíbrio, levando assim à desigualdade substancial, em prol da Fazenda” (GRINOVER, 1975, p. 34). Cf. sua minuciosa análise sobre diversos dispositivos do CPC que prescrevem tratamento processual diferenciado. Em alguns identifica verdadeiros privilégios (cita o reexame necessário em rol da Fazenda Pública, no art. 475 do CPC). Em outros (como os dos arts. 730 e 816 do CPC) entende que as diferenciações são prerrogativas constitucionalmente adequadas, impostas mesmo pelo princípio da igualdade real (GRINOVER, 1975, p. 45-49).

³⁸ No texto original: “[...] in virtù del canone costituzionale dell’*igualanza la struttura del proceso civile, la disciplina dei suoi singoli atti, la distribuzione dei poteri e doveri procesuali devono esse organizzate in guisa tale da assicurare [...] il perfetto equilibrio delle parti [...] la possibilità, cioè, per ciascuno dei destinatari del provvedimento giurisdizionale di partecipare al relativo procedimento formativo su un piano di reciproca e simmetrica parità e com la garanzia di potere fare quello che fa l’altra parte per farsi ragione*” (ANDOLINA e VIGNERA, 1990, p. 113-114, grifo nosso).

liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdo de criação diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurado de igualdade de participação construtiva no PROCEDIMENTO (LEAL, 2001a, p. 104, grifo nosso).

Nessa linha a *isonomia processual* manifesta-se na igualdade temporal conferida às partes, não devendo considerar-se como recepcionadas pela Constituição Federal brasileira de 1988, por exemplo, as inúmeras regras processuais que contemplam prazos diferentes para determinadas partes, em virtude, principalmente, de serem órgãos da Administração Pública.

Pergunta-se então não estariam eivadas de inconstitucionalidade, exemplificativamente: a) a regra recentemente introduzida no CPC³⁹ para favorecer a tramitação dos processos em que pessoas idosas figurem como parte ou interveniente, a despeito de determinar o art. 230 da Constituição Federal de 1988 que a lei proteja os idosos;⁴⁰ b) a previsão de que o juiz pode inverter do ônus da prova, se presentes os requisitos legalmente estabelecidos, regra processual constante do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.072, de 11 de set. de 1990 (CDC), cuja constitucionalidade tem sido largamente defendida invocando-se os princípios constitucionais de igualdade “substancial” (art. 5º, *caput*) e de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII), com desdobramentos no princípio de sua vulnerabilidade frente ao fornecedor (CDC, art. 4º, I).

É claro que a questão exige maior aprofundamento. Todavia, o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial⁴¹ de que o devido processo constitucionalizado, na conjunção

³⁹ Trata-se aqui dos arts. 1.211 A, B e C, incluídos no CPC pela Lei n. 10.173, de 9 de jan. de 2001, determinando que seja dada prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. Sobre a inconstitucionalidade de tais dispositivos veja FILGUEIRA JÚNIOR (2001, p. 30-31).

⁴⁰ BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil, de 5 de out. de 1988. “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

⁴¹ Assinala-se que na jurisprudência ainda tem predominado a adesão à corrente que entende que o tratamento “paritário” das partes processuais pode ser diferenciado, exatamente em nome da “paridade”. Cf., por exemplo: STF – REExt. n. 181.138/SP, rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 12 de maio de 1995, p. 13.019; STF – REExt. n. 83.432/SP, rel. Min. Leitão de Abreu, RTJ 94/209; RTJ/SP, Agravo de Instrumento n. 146.229-1, rel. Renan Lotufo, de 19 de março de 1991.

com o Estado Democrático de Direito, garante que no procedimento haja simetria, *igualdade aritmética* de oportunidades para que as partes se manifestem, participando democraticamente da construção do provimento final, vai gerar inevitavelmente a conclusão de que a igualdade dita geométrica, proporcional às desigualdades, deve ficar adstrita ao direito material, no nível de justificação, de criação do direito. Nesse nível, que se pode chamar de “pré-processual”,⁴² é que a facticidade tem que ser levada em conta para justificar tratamentos diferenciados _ como é o caso da assistência judiciária gratuita e adequada.

No âmbito do processo *jurisdicional* contemporâneo, do procedimento por ele estruturado para a aplicação do Direito, há de ser considerada como *real* a igualdade (aritmética) de espaço e de tempo dada às partes, implicando a igualdade estrita dos tempos de fala, a equiparação de todos os meios de defesa das teses opostas. Melhor dizendo,

A **igualdade** na democracia se define pela garantia de simétrica atuação temporal entre partes na construtividade da **estrutura procedimental** como espaço argumentativo, instituído pela conexão normativa egressa da **teoria jurídico-processual do direito democrático** e não pela paridade entre pessoas no nível de justificação fatiada para obviar uma solidariedade social pressuposta ou para alegar boas razões para otimizar estrategicamente inclusões sociais (LEAL, 2002, p. 191, grifo do autor).

4.3 O princípio da ampla defesa

A ampla defesa, também princípio, referente lógico-jurídico do processo e direito-garantia consagrado no art. 5º, LV da atual Carta Magna brasileira, é coextenso ao contraditório e isonomia, já que a ampla defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório.

⁴² A advertência de que a igualdade processual deve ser absoluta, ficando o tratamento desigual de desiguais adstrito ao nível “pré-processual” (como garantir a assistência judiciária adequada, por exemplo) foi feita pelo Professor NUNES (2002) durante aula ministrada no dia 22 de agosto de 2002 em Belo Horizonte, MG, para os alunos do Curso de Especialização em Direito Processual Civil promovido pelo CAD-UGF. Na opinião do abalizado Professor, não há argumentos sólidos para defender prazos processuais maiores para a Fazenda Pública, apesar de tal distinção ter sobrevivido a várias reformas no CPC.

Como condição de desenvolvimento e validade do processo, sua amplitude tem que ser compreendida não no sentido de possibilidade de apresentação infinita de defesas, mas sim como apresentação de todas as defesas, sejam elas de mérito ou não, em limites espaço-temporais iguais para as partes, redundando em esquemas de preclusão. Assim o confirma a doutrina:

A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei (LEAL, 2001a, p. 104).

Problema bem atual, relacionado à ampla defesa, é a questão da efetividade pela celeridade processual, que é a cada dia mais reclamada pela sociedade. Não se poupam críticas ao judiciário pela demora da prestação jurisdicional. Recusa-se a aceitação do dito popular de que a justiça tarda, mas não falha, argumentando-se que a justiça que tarda falha e pode ser simplesmente porque tardou.

O que grande parte da doutrina (e mesmo o Judiciário) tem feito é associar à celeridade à *efetividade* processual. Fala-se desta no sentido de realizar-se quando se dá à parte o direito que teria, se não fosse necessário o processo. Decorreria do *resultado*. Existe tendência a fazer com que esse resultado, em nome da efetividade/celeridade, se realize tão-somente pela *sumarização* dos procedimentos. Para tanto concorda-se com a supressão de recursos, com a diminuição das oportunidades de manifestação das partes, com a atuação de ofício do julgador, com a singularização de órgãos recursais. No juizado especial e na execução fiscal de menor valor, por exemplo, não há recurso de apelação e não é cabível o recurso extraordinário, pela ausência de pré-questionamento da matéria constitucional.

É questionável a validade constitucional, considerada a ampla defesa como princípio institutivo do processo, dos frutos dessa tendência. Eles não são compatíveis com um processo *garantístico* e nem mesmo com a desejada efetividade, porque ela, acima de tudo, tem a ver com a *qualidade* da prestação jurisdicional, com o *resultado a que se chega pelo debate* entre as partes, pelas *múltiplas oportunidades* para que ele ocorra, dentro da lógica do razoável, com a obediência aos princípios (e garantias) constitucionais que instituem o processo legalmente devido, entre eles o da ampla defesa. Não se pode suprimir

ou reprimir a ampla defesa a pretexto da efetividade pela celeridade, sacrificando o seu tempo, que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova.

Afinal, o princípio da ampla defesa é direito constitucionalmente garantido a um espaço procedimental visando a construção “de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório na preparação das decisões” (LEAL, 2002, p. 171). Tem que ser entendido como defesa ampla, que não pode ser estreitada pela simples sumarização do tempo, sob pena de fazer-se a jurisdição mais pela atividade dos juízes que pela argumentação das partes _ o que não coaduna com o conceito de Estado Democrático de Direito.

5. CONCLUSÃO

Ao final dos estudos empreendidos para a elaboração deste trabalho, chega-se à conclusão de que, hodiernamente, o Judiciário não pode ser visto como órgão revelador da Justiça, mas sim órgão destinado a exercer a atividade jurisdicional segundo um modelo constitucional do processo, instituído pela consagração, nas Constituições, de uma principiologia que caracteriza o devido processo constitucional.

Tais princípios _ *contraditório*, *isonomia processual*, *ampla defesa* e *consectários* _ são direitos e garantias do cidadão.

O processo _ devido e legal porque tem sua estrutura procedimental construída em observância a tais princípios _ deixa de ser compreendido como mero instrumento da jurisdição e assume seu *status* de regulador da jurisdição, legitimando-a.

O contraditório ultrapassa aquela compreensão inicial de princípio processual da bilateralidade dos atos processuais. Assume o significado de garantia de oportunidade de participação dos interessados na construção do provimento estatal. Como direito fundamental, essência do Estado Democrático de Direito, o contraditório fulcra-se na necessidade de legitimação de todos os atos estatais, inclusive os atos do Estado-Juiz, pela *dialeticidade* dos discursos. É com tal sentido que se transforma em meio apto a derrubar o fetiche do alardeado *Estado de Justiça* e passar ao exercício jurídico em bases discursivas,

a uma comunidade jurídica que promova sua auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado.

A isonomia processual, ou simétrica paridade, significa que a oportunidade de dizer e contradizer no processo será igual para ambas as partes. Uma igualdade aritmética de eventual ação e reação, no tempo finito da estrutura procedimental do processo.

A ampla defesa é extensão do contraditório e da isonomia processual, já que a amplitude da defesa se faz em limites temporais do procedimento em contraditório simétrico em oportunidades. Não pode ser estreitada pela sumarização do tempo a ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. A garantia de plenitude da defesa se traduz em tempo e modo suficiente para sustentá-la. É por isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, é inadmissível o estreitamento do tempo ou das oportunidades de debate. Entender diferentemente implica aceitação da idéia de fazer-se a jurisdição mais pela atividade do órgão julgador que pela argumentação das partes. E isso é incompatível com a idéia de um Estado Democrático de Direito.

Este exige que o provimento judicial, como ato estatal de natureza imperativa, seja legitimado somente *se* construído pela participação das partes, em simétrica paridade.

Nele a decisão judicial não é ato autoritário do juiz, não depende da sua clarividência nem de suas convicções ideológicas, não se funda no senso de justo ou injusto do julgador. O processo, em sua base constitucional institutiva principiológica, é garantia de que a sentença seja gerada na liberdade de participação recíproca dos destinatários de seus efeitos. A atividade jurisdicional, conseqüentemente, é contínua, participada, construída objetivamente, sempre com a participação das partes, em simétrica paridade, no procedimento. É isso que afasta a discricionariedade ou folga de conduta subjetiva do Estado-Juiz, quando no exercício dessa atividade.

É exatamente no paradigma desse Estado Democrático de Direito que o modelo constitucional do processo _ o devido processo constitucional cuja base principiológica são os princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa _ encontra a sua tradução mais adequada e as melhores possibilidades de desenvolvimento de sua práxis.

Enfim, o presente trabalho não teve outro objetivo senão o de contribuir para o aprofundamento das discussões sobre o exercício legítimo e operacional da Jurisdição e do

papel do Poder Judiciário brasileiro à luz de uma interpretação constitucionalmente adequada da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1.ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

2.ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo : Abril Cultural, 1973 (Os Pensadores, 4).

3.ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos da teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

4.ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transacional. *Revista de Processo*, n. 87, 1999.

5.ANDOLINA, Ítalo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. Il modelo costituzionale del proceso civile italiano. 2. ed. Torino : Giappichelli, 1990 apud LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 38, p. 267-281, 2000.

6.BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, México, EMC Distribuidora y Representaciones, n. 1, s/d.

7.BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

8._____. Constituição e processo: o modelo constitucional e a teoria geral do processo constitucional; natureza e categoria dos princípios processuais inseridos na constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 97, v. 353, p. 93-199, jan./fev. 2001.

9.BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

10. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

11. LAGES, Cintia Garabini. Direito garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 85-104, v. 1.

12. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da constituição. *Revista de Processo*, ano 25, v. 98, p. 84-89, abr./jun. 2000.

13. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Curso de direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1998. v. 2.

14. COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3 ed. Tradução de Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

15. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires : Depalma, 1993 apud LAGES, Cintia Garabini. Direito garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre : Síntese, 2001, p. 85-104, v. 2.

16. CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

17. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Malheiros, 1994.

18. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. v. 1.

19. DORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Gustavino. Barcelona : Ariel, 1999.

20. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova : CEDAN, 1975.

21. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Idosos: o princípio constitucional da igualdade em confronto com a lei que lhes confere tratamento processual*

privilegiado. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano V, n. 107, p. 30-31, jun. 2001.

22.FIX-ZAMUDIO, Hector. El pensamiento de Eduardo Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, n. 20, set./ dez. 1977, p. 347 apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro : Forense, 1984.

23.GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2002.

24.GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro : AIDE, 2001.

25.GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo : Bushatsky, 1975.

26.GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

27.HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.

28.LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 38, p. 267-281, 2000.

29._____. *Teoria geral do processo : primeiros estudos*. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre : Síntese, 2001a.

30._____. (Coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre : Síntese, 2001b. v. 1 - 2.

31._____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo : Landy, 2002.

32.LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord) *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-131.

33.MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo : Malheiros, 1999.

34.MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

35.MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual* : quarta série. São Paulo : Saraiva, 1989. p. 380-407.

36.MULLER, Friederich. *Quem é o povo?* São Paulo : Max Limonad, 2000.

37.NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

38.NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

39._____. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman).

40.NUNES, Elpídio Donizette. Jurisdição, judicação e tutela legal na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre : Síntese, 2001. v 2, p. 207-248.

41._____. Notas em aula ministrada no CAD no 2º semestre de 2002 para alunos da Pós-Graduação em Direito Processual Civil.

42.PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

43.PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 2000.

44.PELLISSIER, Gilles. *Le principe d'égalité in droit public*. Paris : L.G.D.J., 1996.

45.PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

46.PINTO, Nelson Luiz. A antecipação de tutela como instrumento de efetividade do processo e de isonomia processual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 27, v. 105, p. 43-63, jan./mar 2002.

47.RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Mr. R. Esteves. São Paulo : Martins Fontes, 1997.

48.ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O princípio jurídico da igualdade*. Belo Horizonte : LÊ, 1990.

49.SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

50.THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002. v. 1.

51.TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo : Saraiva, 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

* *Professora do Centro Universitário do Leste de Minas Gerais; Coordenadora do curso de Direito*.

Disponível em:

<http://www.unilestemg.br/revistaonline/volumes/01/downloads/artigo_24.doc> Acesso em.: 23 out. 2007.