

O PROCESSO CIVIL SOB A INFLUÊNCIA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

Carla da Silva Mariquito

Mestranda em Direito Processual na UERJ.

Advogada.

Sumário: 1. A força dos valores constitucionais. 2. O resultado: O Projeto de Novo Código de Processo Civil submerso nos valores constitucionais. 3. A causa: a relação entre a evolução histórica e a importância do neoconstitucionalismo. 4. O “legado” do neoconstitucionalismo como resultado do neopositivismo para o ordenamento jurídico. 4.1. Força normativa da constituição. 4.2. Expansão da jurisdição constitucional. 4.3. Desenvolvimento da teoria dos princípios. 4.4. A dogmática. 4.5. Consagração dos direitos fundamentais. 5. Os reflexos na ordem infraconstitucional. 6. O Processo diante da nova ordem Constitucional: mecanismo de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais. 7. O Processo Civil democrático e o contraditório participativo. 8. Conclusão.

1. A FORÇA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS:

Sem a pretensão de exaurir o assunto, o presente trabalho estuda a forte influência da cultura sobre o processo. Já no primeiro tópico faz uma demonstração prática e real desta troca de influências entre o Direito e a Cultura, que será estudada nos tópicos seguintes.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil é a prova de que os anseios e sentimentos preponderantes em dada sociedade são refletidos no ordenamento jurídico

que regerá a referida sociedade¹. Como num círculo: a sociedade influencia o Direito que será criado para regulamentá-la.

No contexto atual o Brasil, “país de Democracia tardia” - identificação relativa aos países que há pouco foram redemocratizados e diminuíram a distância entre o Direito e a Constituição, deixando-se por ela conduzir - vive intenso sentimento constitucional²⁻³. A Constituição da República foi reconhecida como norma impositiva e central do ordenamento, motivo pelo qual, sempre se está a buscar uma interpretação conforme a Constituição.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil ele reflete, no âmbito processual, o que já aconteceu no âmbito material. Quer dizer, há um intenso esforço em buscar na Constituição Federal os fundamentos para as normas infraconstitucionais.

Após outros ramos do Direito, agora é a vez do Processo, que não só passa por uma aproximação com a Constituição como também sofre os influxos da transformação democrática. Tardamente mas não infrutífera, pois existe uma insatisfação com a realidade democrática, no seio da sociedade brasileira.

A democracia passa por análises e transformações profundas, cujo objetivo principal é a busca da participação e não somente seu exercício de uma democracia ilustrativa e superficial em épocas de eleição. A esta transformação é oferecido o sobrenome de “Participativa”.

Uma das mais importantes escolhas feitas pelo Constituinte Originário foi o seguinte: o Brasil é uma Democracia, na qual o poder é do povo e por ele será exercido⁴. Isto muda tudo.

¹ TARUFFO, Michele. **Cultura y Proceso**. In *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

² CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Patriotismo Constitucional**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia de Direito*: São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006, p. 264/265.

“A noção de *patriotismo constitucional* assentaria a adesão autônoma aos fundamentos de um regime constitucional-democrático não em substratos culturais pré-políticos de uma pretensa comunidade étnico-nacional, como numa visão nacionalista ou excessivamente comunitarista, mas sim nas condições jurídicos-constitucionais, de um processo deliberativo democrático capaz de estreitar a coesão entre os diversos grupos culturais e de consolidar uma cultura política de tolerância entre eles”. [...] “O que, enfim, também significa que a defesa do patriotismo constitucional representa uma forma de cultura política que permite ancorar o sistema de direitos e sua pretensão de universalidade no contexto histórico de uma comunidade política determinada”.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴BRASIL. Constituição da Republica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15/09/11: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

2. O RESULTADO: O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SUBMERSO NOS VALORES CONSTITUCIONAIS:

O Capítulo I do projeto de Código de Processo Civil possui uma carga axiológica muito além da que deixa transparecer. À primeira vista pode-se pensar que trata, simplesmente, de um direcionamento da atividade do intérprete. É mais do que isto, representa a evolução, o aperfeiçoamento do direito à realidade e à sociedade que o cerca e sobre a qual incidirá.

Os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República devem ser observados e perquiridos em todas as disposições do Projeto de Novo Código de Processo Civil, seja explícita ou implicitamente, sendo necessária a observância do princípio do contraditório, da igualdade entre as partes, do devido processo legal, dentre outros, que permeiam seu espírito.

Os fundamentos desta “inovação”, se assim pode ser chamada, encontram-se no desenvolvimento do direito processual como um fenômeno social que deve se adequar às exigências e evoluções da cultura que o influencia.

Recebem a denominação de “inovações” porque foi há pouco tempo que a comunidade acadêmica deu-se conta da necessária permeabilidade de valores constitucionais no processo. Diz-se permeabilidade, porque mais que ser analisado através da lente do constitucionalismo, o processo deve ser mergulhado e encharcado nos ideais e valores contidos na Constituição⁵.

O estudo do constitucionalismo é muito valioso para a inserção do processo na sociedade contemporânea, permitindo empregá-lo com mais esperança de que será a justiça do caso concreto a que se realizará e não a justiça matematicamente pretendida pelo legislador.

O “passar do tempo”, a “evolução social”, a “ideologia dominante” são expressões que soltas de um contexto podem não significar muito, entretanto seu poder

Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10**. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/os_principios_e_as_garantias_fundamentais_no_projeto_de_codigo_de_processo_civil_191110.pdf> Acesso em 07/03/2007

de influência sobre o processo é incontestável. O processo é o fruto de uma cultura e, simultaneamente, a reflete em seu conteúdo⁶.

As transformações que ocorrem no tecido social são refletidas de forma irresistível no Processo Civil, simples exemplo disto é a intenção demonstrada no Projeto de Novo Código de Processo Civil, ainda em trâmite no Poder Legislativo, de adequar o modelo processual brasileiro a ideologia reinante na sociedade brasileira, a de que todo o ordenamento deve convergir para a Constituição Federal e com ela ser compatível. Apresenta-se a transcrição de alguns artigos do projeto que resumem o que até aqui se expôs:

TÍTULO I

PRINCÍPIOS E GARANTIAS, NORMAS PROCESSUAIS, JURISDIÇÃO E AÇÃO

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

“**Art. 1º** - O processo civil será **ordenado, disciplinado e interpretado** conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na **Constituição da República Federativa do Brasil**, observando-se as disposições deste Código.”

[...]

Art. 5º- As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Art. 6º- Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas**. In *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, págs. 127/143.

Art. 7º- É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz *velar* pelo efetivo contraditório.

Art. 8º- As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios.

Art. 9º- Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.

Art. 10- O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

(grifos nossos)

Tantas mudanças refletem a busca de valores pela sociedade e pode ser explicada com o mínimo esforço imaginário de idealizar uma árvore, da qual é possível verificar a diferença entre seu caule e seus ramos. Transpondo-a para o Direito, o caule é o Direito Constitucional e os ramos são suas diferentes especializações, como Penal, Civil e Processual.

Desta simples imagem depreende-se, intuitivamente, que as ramificações do Direito são vinculadas e dependem da matriz, da fonte de nutrientes, que é o caule, o Direito Constitucional, não subsistindo isoladamente. Esta é a ideologia predominante no meio processual atual e refletida no Projeto de um Novo Código de Processo Civil⁷.

⁷ Ver: BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988**: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 60-61. “Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam

Nos próximos tópicos far-se-á a análise dos acontecimentos históricos cruciais para a elevação da Constituição ao centro do ordenamento jurídico e a irradiação de suas normas pelos demais ramos do Direito.

3. A CAUSA: A RELAÇÃO ENTRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A IMPORTÂNCIA DO NEOCONSTITUCIONALISMO:

O neoconstitucionalismo apresenta-se como uma alternativa teórica de substituição do positivismo⁸, explicando a impossibilidade da manutenção do método da subsunção e do silogismo inerentes ao formalismo positivista⁹. Não há pretensão de iniciar o estudo do constitucionalismo desde a antiguidade clássica, mas apenas de percorrer sua trajetória nas últimas décadas de modo que destaque as principais mudanças de paradigma que transformaram o papel da Constituição na interpretação do ordenamento em geral.

O direito ao longo de seu desenvolvimento foi justificado por diferentes doutrinas e correntes filosóficas, quais sejam o jusnaturalismo, o positivismo, e atualmente o pós-positivismo, cujo início e superação estiveram diretamente ligados a acontecimentos históricos.

O jusnaturalismo moderno surgiu no século XVI. Era a crença em princípios de justiça universalmente válidos e explicado como uma justiça inata, natural e necessária. Fundava-se na existência de um direito natural, inerente a todo homem por sua condição humana sem necessidade de ser atribuído por lei¹⁰.

a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.”

⁸ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, **Do formalismo no processo civil**. 2ª Ed. Ver. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, março/abril/maio, disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20/04/11

O jusnaturalismo foi considerado metafísico e anticientífico, motivo pelo foi perdendo importância frente ao movimento de codificação do direito, que inspirado pelos ideais do iluminismo inovou na elaboração do Código de Napoleão, norma central do ordenamento jurídico nesta etapa da evolução, tal qual foi o Código Civil de 1916 para o Brasil em tempos recentes.

O início do movimento de codificação dos direitos naturais representou, ao mesmo tempo, a ascensão e a decadência desta fase¹¹, superada pelo positivismo jurídico. Nesta, o direito identificava-se com a lei e era fruto exclusivo das casas legislativas, não atribuindo nem reconhecendo força normativa às constituições¹², neste cenário consideradas meras cartas políticas. A força normativa estava nas leis.

Surgiu, então, a corrente filosófica conhecida como positivismo, cujo fundamento encontrava-se no princípio da legalidade a justificar a imposição do Estado Liberal, pretensão substituto do absolutismo¹³, no qual a vontade do soberano que decorria da divindade, sendo superado pela vontade abstrata e genérica da lei.

Em poucas palavras, pode-se dizer que o positivismo jurídico caracterizava-se, pela aproximação entre direito e norma; pela estabilidade do direito, uma ordem jurídica proveniente do Estado; pela inexistência de lacunas no ordenamento, devido à “suposta” completude do direito; pela preocupação com a correção formal da lei e não com sua substância¹⁴; e com a restrição imposta aos juízes, vendando-lhes qualquer atividade interpretativa.

A grande preocupação deste período era a correção formal da lei, sem maiores cuidados com sua substância, ou seja, sem qualquer preocupação com os direitos fundamentais, pressupondo uma igualdade formal entre os indivíduos.

O positivismo estava atento apenas ao formalismo e intitulava-se capaz de prever todos os acontecimentos da vida. A aplicação do Direito nesta fase dava-se por subsunção, por silogismo, como se o Direito fosse matemático. Daí decorrendo o forte e presente apego ao formalismo exacerbado em nosso sistema.

¹¹ Ibid

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008, página 31.

¹³ Idem. p 25

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ªed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, página 319

O império da lei desenvolveu-se com o fim de manter e assegurar a ideologia do Estado Liberal. Entretanto, ganhou autonomia e distanciou-se de seu fim inicial, quer dizer, tornou-se uma ideologia utilizada para manter um sistema legal indiferente às desigualdades entre os indivíduos¹⁵, na ambição de uma certeza jurídica emanada do legislador.

A Segunda Guerra Mundial e as barbáries cometidas sob a proteção da legalidade e da correção formal causaram, em especial na Itália e na Alemanha, uma revolução intelectual motivada pela insatisfação com um Estado que violara as liberdades individuais sem qualquer culpa, sob o manto protetor da legalidade. Este é considerado o marco da decadência do positivismo¹⁶ e o início das transformações ocorridas no pensamento jurídico europeu.

A partir da segunda metade do século XX, o positivismo jurídico já não atendia às ambições da sociedade, nem correspondia aos avanços civilizatórios. Constatou-se que o direito positivo não era capaz de antever e regular todas as situações da vida, tampouco poderia ser um instrumento arbitrário do poder.

Uma ordem jurídica composta de leis dissociadas de valores éticos e formalmente corretas, que se apresentava como veículo para quaisquer conteúdos, não mais encontrava defensores. Emergiram da sociedade as preocupações com os valores e conteúdos trazidos no corpo da lei¹⁷.

A superação do jusnaturalismo associada aos excessos do positivismo jurídico viabilizou reflexões sobre a função social do direito e sua interpretação, que deve ser pautada por uma teoria da justiça, o que conduziu ao pós-positivismo, cenário no qual, a norma não abrange integralmente o relato do direito.

Segundo Luiz Roberto Barroso, passam a ser admissíveis construções cujos sentidos e alcance são estendidos, cujos fundamentos estão nos valores compartilhados pela sociedade. No que se convencionou chamar de pós-positivismo, os princípios recebem força normativa e traçam relações com normas e regras, a razão prática e a

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008, página 32.

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20/04/11

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ªed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, página 325

argumentação jurídica são reabilitadas, surge uma nova hermenêutica constitucional e desenvolve-se uma nova teoria dos princípios com fundamentos na dignidade da pessoa humana, reaproximando-se o Direito e a filosofia, a ética¹⁸.

Nesta etapa o Poder Judiciário tem autoridade para interpretar a lei e a jurisprudência passa a ter papel fundamental na construção do direito, sendo inclusive considerada fonte formal de Direito¹⁹.

A evolução científica do direito constitucional, que se iniciou na Alemanha e na Itália, marcou esta fase. Naquela, por meio da elaboração da Constituição alemã de 1949 e da evolução jurisprudencial decorrente da criação do Tribunal Constitucional Federal alemão em 1951. Nesta pela criação da constituição italiana em 1947 e da Corte Constitucional de 1956. Também contribuíram para este avanço a redemocratização de Portugal (1976), da Espanha (1978) e do Brasil (1988), tardiamente²⁰.

A revolução intelectual que marcou as Constituições desta época, também deu ensejo a Declaração dos Direitos Humanos (1948) e outros documentos internacionais que trazem em seus conteúdos a abordagem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Razoabilidade.

A dignidade da pessoa humana, sem a pretensão de conceituá-la, sinaliza um espaço de integridade, imanente ao ser humano, a ser assegurado a cada pessoa, foi transposto dos planos religioso e ético para o Direito e passou à origem dos direitos materialmente fundamentais, representando o núcleo de cada um deles²¹.

Já o princípio da razoabilidade teve sua origem em dois ordenamentos jurídicos distintos, o americano e o alemão, em ambos os fundamentos principais são confluentes e ligam-se a ideia de justiça. Assim, diz que é razoável o que se liga à razão.

Ressalte-se que a doutrina alemã o subdivide em: adequação, necessidade e razoabilidade em sentido estrito. Tal princípio é comumente utilizado para resolver situações de conflitos entre os demais princípios e valores constitucionais contrapostos.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20/04/11

¹⁹ idem

²⁰ Ibid

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, Rio de Janeiro: Saraiva. 2009, página 250 *et seq.*

Este foi o cenário para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, termo que identifica o constitucionalismo democrático do pós-guerra, cultivado em uma cultura pós-positivista, que iniciou um movimento pela atribuição de força normativa a Constituição, à expansão da jurisdição constitucional e a busca de uma nova hermenêutica constitucional²², sendo seu pano de fundo a aproximação entre Direito e ética.

4. O “LEGADO” DO NEOCONSTITUCIONALISMO COMO RESULTADO DO NEOPOSITIVISMO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO:

O neoconstitucionalismo exige que a lei seja submetida a uma análise crítica em face da Constituição e, reflexamente, subordine-se aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais. Projeta-se nas leis, a Constituição²³.

Esta nova etapa da evolução do constitucionalismo, se assim podemos dizer, é marcada, sobretudo pela reaproximação entre direito e ética, mas principalmente *i)* pelo reconhecimento da força normativa da Constituição; *ii)* pela expansão da jurisdição constitucional; *iii)* pelo desenvolvimento da teoria dos princípios; *iv)* pela transformação da hermenêutica jurídica; e *v)* pela expansão e consagração dos direitos fundamentais, conforme a seguir demonstrar-se-á.

4.1. Força normativa da Constituição:

A força normativa da Constituição reflete a ruptura com o Direito Constitucional clássico, em que suas normas eram programas futuros ou exigências morais, portanto meramente pragmáticas. Os poderes estatais não tinham qualquer compromisso com sua concretização, a Constituição era apenas uma carta política, sem qualquer caráter impositivo²⁴.

²² Idem p. 266

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008, páginas 47 e 48

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20/04/11

Atualmente, as normas constitucionais são dotadas de caráter jurídico imperativo, regulam jurídica e efetivamente as condutas, relações e expectativas de comportamento²⁵, ou seja, são dotadas de normatividade.

Esta força normativa significa, em síntese, a vinculação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a realização das normas constitucionais como diretivas permanentes e limitações dos poderes públicos²⁶. Conseqüentemente, os atos contrários às suas normas são inconstitucionais, acionando mecanismos de coação e cumprimento forçado²⁷

4.2. Expansão da jurisdição constitucional:

As constituições da segunda metade do século XX influenciaram-se pelo modelo americano que prestigia a supremacia constitucional, que por meio da constitucionalização dos direitos fundamentais os coloca a salvo das ingerências e arbitrariedades do poder Legislativo.

A vinculação dos Poderes pela força normativa da Constituição renega a supremacia do Legislativo e a elaboração de uma lei genérica como manifestação da vontade geral. Foi-se de um pólo ao outro, os holofotes estão sobre o Poder Judiciário, pois que as violações aos direitos previstos na Constituição passaram a ser submetidas a este Poder.

O controle de constitucionalidade, permitiu que o Judiciário se identificasse como o guardião dos direitos fundamentais, induzindo a criação de tribunais constitucionais em muitos países²⁸.

O Poder Judiciário deixou de ser a “boca da lei” para interpretar a lei, sua importância, para o Estado contemporâneo, foi ampliada. A submissão de questões que

²⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, página239

²⁶ Idem

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em 20/04/11.

²⁸ Idem

envolviam normas constitucionais ao Poder Judiciário deu origem ao fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica²⁹.

Ao Judiciário foi conferida a prerrogativa de analisar a conformidade dos atos dos demais Poderes em relação a Constituição, bem como de impor a realização dos direitos fundamentais que receberam da Constituição de 1988 eficácia imediata, mas que na prática são desprezados por quem lhes compete efetivar³⁰.

4.3. Desenvolvimento da teoria dos princípios:

Considerando que durante o positivismo, a legitimidade do Direito estava nas suas formas, esta nova fase atribui importância ao conteúdo da lei, a aproximação entre Direito e ética materializa-se em princípios, abrigados na Constituição, que lhes atribui força normativa³¹. A função dos princípios ultrapassa sua clássica característica de técnica de integração do direito nas hipóteses de lacuna legal para regular situações jurídicas.

No âmbito pós-positivista os princípios proporcionam o acesso de valores éticos ao ordenamento jurídico.³² Os direitos fundamentais, concebidos como princípios, correspondem às exigências morais³³ contidas em seus núcleos. Assim, a preocupação com o conteúdo da lei, corresponde à preocupação com a observância dos princípios e direitos fundamentais, logo com os valores éticos e morais que lhes corresponde.

²⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15/09/11: 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: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva. 2009, página 326 e 327

³² Idem p. 318

³³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, p 133/134

4.4. A dogmática:

A superação do positivismo levou simultaneamente à superação do modo de aplicação do Direito, do silogismo matemático passamos à técnica da ponderação de valores. A ampla abertura e indeterminação semântica, que retira do legislador o poder soberano de criar o Direito, explica a importância da expansão da jurisdição constitucional e a construção de novos métodos aptos a solucionar os “casos difíceis”, ou seja, os conflitos entre princípios³⁴.

Neste ponto, a hermenêutica jurídica foi revitalizada pela distinção qualitativa entre princípios e regras, estando superado o positivismo legalista, já que o ordenamento passou estar permeado por valores suprapositivos, cujo papel central é exercido pela ideia de justiça³⁵.

Os métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas (da hierarquia, cronológico e da especialização), bem como a subsunção, não se prestam a solução de conflitos entre princípios, os conhecidos casos difíceis. Estes, devido a lógica dialética do sistema, não podem ter sua validade ou invalidade no caso concreto sujeita a “regra do tudo ou nada”.

Nestes casos a ponderação de bens, normas e valores é a técnica por meio da qual se farão concessões, na tentativa de preservar o melhor de cada interesse em conflito e se escolhe o interesse que prevalecerá para realizar a vontade constitucional, buscando fundamentos no princípio da razoabilidade.

A teoria da argumentação, que nada mais é do que a razão prática, o controle da racionalidade das decisões, principalmente as proferidas em ponderação, despontou como corolário lógico da ponderação. Exige-se que o interprete sempre conduza sua atividade por um fundamento legal ou constitucional, vinculado-a a uma deliberação majoritária, bem como deverá o intérprete utilizar fundamentos que não sejam casuísticos, com pretensão de universalidade, considerando as consequências práticas de sua decisão³⁶.

³⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, página 328.

³⁶ *Ibid* p. 321

A argumentação é a justificação racional e moral da decisão construída para problemas, cuja solução não se encontra no relato da norma e sim na análise do caso concreto.

4.5. Consagração dos direitos fundamentais:

A evolução e a expansão dos direitos fundamentais, que surgiram da ideia de democracia, na qual o direito das majorias deve resguardar o direito das minorias, é uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo.

Objetivando retirar a discricionariedade da política ordinária para vincular o grupo político que detém o poder para garantir a realização dos direitos de todos, as constituições modernas trazem valores e opções políticas fundamentais, para que seja formado um consenso comum mínimo a ser observado pelas majorias³⁷.

Os direitos fundamentais formam o consenso mínimo que deve ser oposto a qualquer grupo político que ocupe o poder, porque trazem os valores essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, prevendo os fundamentos dos procedimentos de deliberação democrática³⁸.

É possível dizer que passamos ao “Estado de Direito Fundamentais”, nas palavras de Eduardo Cambi, no qual os direitos fundamentais representam os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, definindo a cultura jurídica e política, além de limitarem o poder do Estado³⁹.

Da consagração dos direitos fundamentais, depreende-se o reconhecimento da super complexidade da sociedade contemporânea e de seu pluralismo. Sabe-se que os direitos fundamentais não são concessões espontâneas dos detentores do poder, mas o resultado de difíceis conquistas sociais⁴⁰.

Finalmente, os direitos fundamentais são princípios que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, portanto possuem uma eficácia expansiva que abrange todos os âmbitos jurídicos, em dimensão vertical (relação Estado-cidadão) e horizontal (relações da esfera jurídica privada).

³⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2009, p. 22.

³⁸ Idem p. 23

³⁹ Ibidem p. 24.

⁴⁰ Ibidem, *passim*

5. OS REFLEXOS NA ORDEM INFRACONSTITUCIONAL:

As novas feições assumidas pelo Constitucionalismo e o progressivo aumento de sua centralidade e importância foram, definitivamente, causadores da vinculação do legislador ordinário e do aplicador do Direito às previsões Constitucionais.

Isto ocorre principalmente, quando o modelo de Constituição adotado é o analítico que concede ao legislador menor margem de atuação, por trazer em seu texto normas formais e materialmente constitucionais⁴¹. Uma Constituição analítica hospeda inúmeros princípios vagos, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favorecendo a constitucionalização do direito⁴².

A partir da condução da Constituição ao centro do ordenamento jurídico, devido à atribuição de força normativa às suas normas, teve lugar a constitucionalização do Direito. Tal fenômeno implica na adoção de temas, anteriormente, ignorados no texto constitucional e importa numa revisitação da ordem jurídica, sob uma ótica que considere os valores constitucionais.

A supremacia da Constituição impõe que os direitos fundamentais⁴³ contidos em seu texto passem a condicionar o exercício da hermenêutica e da produção da norma infraconstitucional. Tais direitos fundamentais possuem eficácia irradiante e não podem ser derogados pelo legislador infraconstitucional, ao contrário, devem por este ser observados.

Os valores constitucionais, tais como liberdade, igualdade e dignidade, suporte dos direitos fundamentais, em dimensão objetiva, espalham-se por todo o ordenamento jurídico, penetrando em seu sistema, condicionando-o, instrumentalizados pela eficácia irradiante.

Os diversos ramos do Direito tendem a empregar normas e valores constitucionais às peculiaridades de sua atuação. Aplica-se diretamente a cada uma das

⁴¹ Ibid. p. 58

⁴² SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 100: “revela-se extremamente oportuno procurar substituir estas expressões terminológicas [garantias ou princípios] pela de ‘diretos fundamentais’, de modo a deixar explicitado a adoção desse novo marco teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.”

áreas do direito, tais como Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual, as normas constitucionais de acordo com a afinidade apresentadas com o ramo sobre o qual incidirão. Reafirme-se que também os direitos fundamentais e os princípios gerais do constitucionalismo projetam-se sobre os diversos campos do direito.⁴⁴

Poder-se-ia comparar a incidência das normas constitucionais sobre a as infraconstitucionais com a cheia de rio, que ao passar cobre tudo o que existe, transformando o local a ser recuperado, e que mesmo depois de recuperado apresenta sinais do rio que passou.

A consequência lógica desta constitucionalização do direito infraconstitucional, em seus diversos ramos, é a superação de antigos dogmas enraizados na consciência da comunidade, seja jurídica ou não, e a definição de novos paradigmas.

Especificamente ao Direito Processual Civil, nota-se que este ramo do direito se adéqua a esta nova realidade, por meio do que os processualistas têm chamado de neoprocessualismo, formalismo-valorativo⁴⁵ ou neopositivismo, por alguns deles compreendido como a quarta fase da evolução científica do Direito Processual Civil. Na verdade, o que importa é a aplicação do Direito à luz da Constituição.

Nesta fase, a filtragem constitucional deve receber a devida importância que a irradiação dos direitos fundamentais lhe outorga, a de exercer a interpretação conforme a constituição e paralelamente à constitucionalização do direito infraconstitucional, esperando que também ocorra uma “constitucionalização do intérprete”, quer dizer que, ao aplicar a norma sempre busque o significado que mais atenda ao desejo da Constituição.

⁴⁴SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011.

6. O PROCESSO DIANTE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL: MECANISMO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

Leonardo Greco é enfático ao afirmar que no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucionais depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.⁴⁶

A Constituição Federal de 1988 ao prever direitos fundamentais de eficácia imediata, positivizar princípios e dispor sobre a garantia da inafastabilidade da jurisdição, elevou a tutela jurisdicional efetiva à categoria de direito fundamental minudenciado em “uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”⁴⁷

Em todos os países cujo Estado Democrático de Direito é fundado sobre o Princípio da Dignidade Humana, este conjunto de garantias processuais é conhecido como o devido processo legal, tratado nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e na constituição italiana.

A Constituição brasileira, dispõe sobre o devido processo legal nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além dos princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.

Tais garantias são divididas, minuciosamente, por Greco em garantias individuais e estruturais de um processo justo. São individuais: acesso a justiça; imparcialidade do juiz; ampla defesa; direitos do pobre; juiz natural; inércia; contraditório; oralidade; coisa julgada; direito a renúncia à tutela jurisdicional; e estruturais: impessoalidade da jurisdição; permanência da jurisdição; independência da juízes; motivação das decisões; igualdade concreta; inexistência de obstáculos

⁴⁶ GRECO Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.** In *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs.225 *et seq.*

⁴⁷ Idem

ilegítimos; efetividade qualitativa; procedimento legal, flexível e previsível; publicidade; legalidade estrita no exercício do poder de coerção; prazo razoável; duplo grau de jurisdição; respeito a dignidade humana.⁴⁸

As garantias do processo justo formam um arcabouço que garante a não supressão da apreciação judicial de lesão ou ameaça de lesão a direito, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada⁴⁹. Neste ponto é preciso destacar a seguinte passagem a respeito da eficácia imediata dos direitos fundamentais e o dever de proteção que concerne a todo o Estado:

“É possível concluir que o dever de proteção do direito fundamental concerne a todo o Estado, e não apenas ao Executivo ou ao Legislativo. Como um direito fundamental não pode restar desprotegido, sob pena de não vir a ser reconhecido como direito, o Judiciário não pode deixar de exercer o controle da lesão ou do risco de lesão, não ser omissivo na concretização da Lei Fundamental.”⁵⁰

O processo, após o neoconstitucionalismo, passou a ser visto como um meio, um instrumento, para a realização de justiça, valor eminentemente social. A dimensão social do processo sobrepõe aos interesses individuais das partes em conflito, fazendo-o tutelar a ordem pública, para a realização do bem comum, com a observância de todas as garantias já analisadas, resultando em um processo justo.

O resultado mais positivo da constitucionalização do processo foi a transformação de seu foco: da prevalência dos interesses privados para a preponderância da ordem pública. O processo deve ser visto como instrumento democrático do poder jurisdicional.⁵¹

Nesta perspectiva de superioridade do interesse público sobre o privado, o processo recebeu da Constituição a incumbência de ser uma ferramenta de natureza

⁴⁸ Ibid

⁴⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 235/266.

⁵⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009, página 255.

⁵¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011

pública indispensável para a realização da justiça e a pacificação social, propondo que deixasse de ser visto como uma técnica qualquer, dissociada de seu fim.

Diante de uma Constituição que prevê tantos direitos e garantias aplicáveis também ao processo, não se trata de uma simples conformação das normas processuais às normas constitucionais, mas de concretamente empregá-las durante todo o exercício da jurisdição, com reflexos na condução do processo e na decisão proferida.⁵²

Segundo Humberto Ávila, “O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade.”⁵³

A Constituição ao positivizar princípios não descreveu as condutas e os meios pelos quais seriam efetivados, porém, a simples positivação dos princípios já impõe à coletividade o dever de realização.

Os princípios serão restringidos, em vez de serem promovidos, quando as condutas para eles direcionadas forem inadequadas, desnecessárias, irrazoáveis ou desproporcionais. E neste ponto, o processo é o mecanismo visualizado pela Constituição para forçar a adoção de comportamentos que implementem e realizem os princípios constitucionais.

O processo não possui independência em relação aos direitos fundamentais que pretende realizar, possui caráter de instrumento para a realização dos mesmos princípios que também sobre ele incidem e na medida em que protege e realiza os valores constitucionais o processo será considerado justo.

Ávila subordina a averiguação da realização de um processo justo a análise de sua proporcional e razoável protetividade ao princípio ou direito fundamental violado, em cada caso. O processo justo deve se configurar caso a caso, não existindo uma fórmula.

O processo será justo na medida em que o devido processo legal procedimental (em oposição ao devido processo substancial) corresponder ao ideal de protetividade dos direitos fundamentais, quer dizer que o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, devem ser adequados ao caso e a proteção do direito violado.

⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 140.

⁵³ ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série.Salvador: Jus Podivm, 2010.

Assim, somente diante de um exame da razoabilidade e da proporcionalidade será possível investigar se um ato, prova, prazo ou decisão foram adequados a proteção do direito que se buscou por meio do processo. “Só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado”⁵⁴

7. O PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO E O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO:

O artigo 1º da Constituição da República diz que Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo e por ele será exercido. O estágio de democracia vivenciada pela sociedade contemporânea deve ser compreendido como democracia participativa, decorrente do direito de quarta geração, qual seja de participação⁵⁵. Ultrapassa, portanto, os limites da democracia representativa que se exaure nos direitos de votar e ser votado, e que passa por profunda crise. Hermes Zaneti faz a seguinte observação sobre o tempo que vivemos:

Com a Constituição de 1988 passou de uma democracia centralista, fundada na prevalência dos poderes Executivo e Legislativo, para uma democracia pluralista, com abertura participativa e o reconhecimento de diversas instancias de decisão política. Também sofreu radical transformação o espírito do discurso jurídico e judicial, com especial aplicação para o direito processual civil brasileiro. Passou-se de um discurso fundado em regras codificadas, centrado no juiz apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um

⁵⁴ Idem

⁵⁵ V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, José Carlos. **Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (Org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988: o ilustre professor, ao analisar a realidade sobre a qual as ideias de democracia participativa deve incidir afirma que embora representada por advogado, cujas manifestações correspondem às manifestações do litigante, este raramente terá contato com o processo. Demonstra seu inconformismo com esta “segregação” do litigante quando afirma: “Em tais condições, ou nos conformamos em atribuir ao termo ‘participação’ significado estritamente formal, sem qualquer compromisso com a realidade subjacente às fórmulas técnicas, ou então somos forçados a reconhecer que é mínima a participação dos litigantes no processo”.

discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para obtenção da melhor solução jurídica; em síntese, na garantia substancial do contraditório.⁵⁶

O modelo normativo de democracia recebeu de Habermas a classificação de modelo deliberativo-procedimental, em síntese, pertencendo o poder ao povo, por ele deverá ser exercido em todas as instâncias nas tomadas de decisões. A percepção e a evolução da democracia reflete diretamente na distribuição de poder no processo.⁵⁷

Este modelo apóia-se nas premissas da comunicação e da efetiva realização de justiça por meio da participação de todos os interessados. Aplicado ao processo, o modelo deliberativo-procedimental, é capaz de conduzir a decisões judiciais que efetivamente decorrem da capacidade e possibilidade de as partes influenciarem-na.

O modelo de democracia participativa exige a desangularização das relações de poder, quer dizer, é preciso que se estabeleçam condições de comunicação, que estejam atrelados a pretensão de correção, o comprometimento com a justiça.⁵⁸

No campo do processo civil, o modelo de democracia deliberativa-procedimental encontra respaldo na máxima cooperação entre os sujeitos do processo e no formalismo-valorativo, que tem como valor-fonte o princípio contraditório participativo. Disto resulta a desangularização das relações de poder no processo. O processo passa a ser um “procedimento em contraditório” que atrai para si os direitos de quarta geração, os direitos de participação.

O processo civil, aderindo o adjetivo “democrático”, possibilita que a solução do conflito identifique-se a uma justificação racionalmente aceita e compreendida como justa, pois todos aqueles que serão por ela atingidos tiveram a oportunidade de influenciá-la e também poderão questioná-la *a posteriori*.

O pano de fundo do que chamamos de processo democrático é o contraditório participativo.

O contraditório, nas palavras de Leonardo Greco poderia ele ser definido como o “princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar

⁵⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2007, páginas 55-56.

⁵⁷ Idem p. 165.

⁵⁸ Ibidem p. 60

qualquer decisão (*audiatur et altera pars*) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa”. E continua, a análise sobre o papel do juiz no contraditório, que passa a integrá-lo, “porque, como meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais”.⁵⁹⁻⁶⁰

O processo judicial é uma instituição dialética e desenvolvendo-se sob a égide do contraditório, torna insuficiente o conceito de contraditório que permita um processo unilateral, campo de ferrenhas batalhas pelo provimento do interesse individual a qualquer custo. Todos os protagonistas, inclusive o juiz, devem atuar em franca colaboração, participando da “construção” da decisão que lhes atingirá⁶¹.

O conteúdo deste princípio geral do processo, que por ele passa a ser caracterizado e modelado em suas estruturas, é amplo e possui quatro aspectos fundamentais, a saber: audiência bilateral; ampla defesa; flexibilização de prazos; e paridade de armas.

A audiência bilateral impõe o dever ao juízo de comunicar aos demais sujeitos processuais a ocorrência de qualquer ato processual e possibilitar-lhes a oportunidade de contradizê-lo, no sentido de opor-se as alegações e atos das outras partes. Este aspecto impõe também o dever de comunicação sobre todas as decisões judiciais. Quanto ao momento em que se realizará, este deve ser preferencialmente prévio, entretanto excepcionalmente aceita-se que seja postergado.

A ampla defesa, conjunto de prerrogativas que assegura ao acusado ou demandado o direito de fazer alegações, produzir provas ou participar na descoberta da verdade. A flexibilização de prazos é o terceiro aspecto a compor o contraditório e garante, de acordo com as peculiaridades do caso, que os prazos se adaptem a cada necessidade especial de defesa.

⁵⁹ GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541/556. (Coleção José do Patrocínio).

⁶⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC:** Análise e Proposta. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 38 (set/out 2010), p.07: “O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as armas. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas”.

⁶¹ Idem

A igualdade concreta viabilizada pela paridade de armas entre os litigantes, é a aplicação da igualdade substancial no processo, de maneira que todos recebam o mesmo tratamento e as mesmas chances de êxito, exigindo do juiz uma postura mais ativa diante das desigualdades entre as partes.⁶²

Associa-se aos pontos destacados por Greco quanto ao Contraditório, um novo ponto que merece destaque: a proibição de “decisões surpresa”, que passam a ser vedadas, ainda que se trate de questões de ordem pública, ou porque os fatos foram levados ao conhecimento do juiz sem a atuação das partes. Pretende-se que somente questões que tenham entrado na esfera de conhecimento das partes, possam influenciar o magistrado a respeito da decisão sobre o litígio. É preciso oferecer a oportunidade de as partes tomarem conhecimento das questões que potencialmente possam influenciar o juiz e sobre elas manifestarem-se.

Tal princípio, atualmente, deve ser analisado como “meio assecuratório do princípio político da participação democrática, o contraditório deve assegurar às partes todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais”.⁶³⁻⁶⁴

O processo judicial, por ser uma instituição dialética e desenvolver-se sob a égide do contraditório, torna insuficiente o conceito de contraditório visto sob aspectos unilaterais. É inadmissível que o processo seja visto como um campo de ferrenhas batalhas pelo provimento do interesse individual a qualquer custo. Todos os protagonistas, inclusive o juiz, devem atuar em franca colaboração, participando da “construção” da decisão que lhes atingirá⁶⁵.

A efetiva observância do contraditório participativo viabiliza a “desangularização das relações de poder”. Sua principal exigência, a paridade de armas, permite que os sujeitos processuais sejam tratados de maneira isonômica e possam ter as mesmas condições de êxito, sem distinções injustificadas. E, associado a democracia participativa, passa a ser o ponto de partida de um modelo de processo cooperativo,

⁶² GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório.** In *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541/556. (Coleção José do Patrocínio).

⁶³ Ibid

⁶⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC:** Análise e Proposta. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, v. 38 (set/out 2010), p.07: “O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as armas. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas” .

⁶⁵ Idem

onde virtualmente visualiza-se sujeitos processuais na mesma posição de igualdade e submetidos aos mesmo ônus e faculdades.

Cândido Rangel Dinamarco ensina que a participação por meio do contraditório atinge a todos os sujeitos processuais com um conjunto de garantias e deveres. O juiz também se vê submetido ao contraditório por meio da prática atos de direção, de prova e de diálogo.⁶⁶ A instauração de um diálogo humano entre o juiz e os sujeitos é o reflexo do poder de influir nas decisões judiciais e deste modo ter a percepção de que a decisão que lhe atinge não é injusta.

Neste contexto, ressaltam-se os deveres do juiz de oralidade, que permite a comunicação e a influência sobre a decisão, de publicidade, que possibilita a vigilância pela sociedade do cumprimento de seus deveres, e de fundamentação das decisões judiciais, onde realmente se saberá se o contraditório participativo foi capaz de influenciar o juízo. Busca-se, na verdade, um maior diálogo e uma discussão ampla entre os atores do processo, para que a decisão a ser proferida seja o reflexo de um processo cooperativo, onde o juiz não está liberado, sequer para atuar de ofício sem o prévio conhecimento das partes.

E termina o ilustre professor: “Essa participação é um dos elementos fundamentais de legitimação democrática do poder conferido aos juízes, especialmente em países como o nosso, em que o Judiciário é composto quase totalmente por juízes profissionais.”⁶⁷

O modelo procedimental-deliberativo, no qual o direito de participação deve ser observado também no processo, no qual deve ocorrer a desangularização virtual das relações de poder, a igualdade que exige paridade de armas, não mais aceita o modelo de um juiz superior e distante das partes, assim:

Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda. [...] Permite-se, assim, a todos os

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I, 5ª Ed., Malheiros, p.240

⁶⁷ Ibid

sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.⁶⁸

Esta busca pela participação e pela colaboração dos sujeitos para a produção da decisão jurisdicional coloca o juiz em posição mais ativa, porém perquirido um equilíbrio entre as partes, já que os poderes destas também são ampliados. Neste aspecto o juiz passa a exercer seus poderes ao lado das partes em colaboração⁶⁹

A lealdade que deve existir entre os sujeitos processuais, reforçada pelo caráter isonômico que o contraditório impõe ao processo, afasta o caráter autoritário da função do juiz. A busca de uma melhor comunicação entre as partes, assim como a busca pelo equilíbrio entre os poderes da partes, legitima a jurisdição e insere o processo na pós-modernidade.⁷⁰

Importante destacar o pensamento de Barbosa Moreira sobre a transformação dos cidadãos para estejam aptos a caminhar no sentido de tanta evolução:

Seria um equívoco dramático e, que na situação que nos encontramos, certamente trágico supor que o Brasil pudesse vencer a grave crise institucional em que se encontra lançado por contingências históricas que remontam a sua formação, mudando mais uma vez as nossas leis, ou exigindo dos processualistas que inventem fórmulas mágicas que salvem o Poder Judiciário, sem que os homens em si mesmos se transformem; sem que as estruturas sociais já ultrapassadas que os sufocam, sejam afinal superadas; finalmente, sem que os

⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro:** sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, ano 2009, fevereiro p. 120 et seq..

⁶⁹ François Ost. **Júpiter, Hércules e Hermes:** três modelos de juez. Disponível em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf> Acesso em 12/06/11>

⁷⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acesso em 12/06/11.

sujeitos de tais transformações se tornem dignos delas e capazes de as implantar e gerir.

O processo de alienação a que os juristas estão irremediavelmente condenados começa, no Brasil, certamente a partir dos bancos acadêmicos e tem uma longa ascendência cultural e histórica que o liga à formação dos Estados modernos e às filosofias políticas que o sustentem desde seu nascimento.

[...] A democracia verdadeira, que só poderá ser aquela que privilegia e estimula a *participação*, tão intensa e constante quanto seja possível, bem poderia ser comparada a um mecanismo extremamente delicado – já que se está a falar justamente da assimilação das ciências sociais à mecânica e à matemática – cujo funcionamento, ao contrário do que poderia para muitos ser desejável, não é jamais automático, necessitando de operadores treinados e competentes.⁷¹

Mas para isto é preciso “constitucionalizar” e inserir os cidadãos na democracia participativa⁷², só assim o processo fluirá perfeitamente, certo de que cada protagonista realizará sua parte com boa-fé, lealdade e objetivando uma sentença que seja justa para o caso concreto, para a qual todos terão construído⁷³.

8. CONCLUSÃO:

Em meio a tantas transformações que visam melhorar o processo, principalmente no que respeita a participação das partes, objetivando a efetiva aplicação das normas constitucionais por meio do processo, há apenas uma certeza, ou dúvida, que em forma

⁷¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Democracia Moderna e Processo civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 111.

⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio **Da função à estrutura**, In *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais: São Paulo, nº158, ano 33, abril/2008

⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Democracia Moderna e Processo civil**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 108: “fica porém evidente o pressuposto básico para o estabelecimento de uma democracia consistente e durável deve ser buscado não apenas na formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal mas, fundamentalmente, no estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros e autênticos cidadãos.”

de pergunta traduz a preocupação com o desenvolvimento simultâneo das estruturas do direito e a visão/atuação dos operadores neste novo cenário.

Estarão, os operadores do Direito e os cidadãos, acompanhando, simultaneamente, tantas transformações?

Melhor explicando: questiona-se se a ideologia predominante, qual seja o sentimento constitucional, será suficiente para tornar as partes processuais mais leais e participativas, nos moldes que a Democracia Participativa exige.

Tais dúvidas estão situadas paralelamente às evoluções, aparentando falseando uma contradição. Pois bem. As evoluções doutrinárias precisam de adesão da sociedade. É preciso expurgar do inconsciente coletivo a ideia de que o processo é um mau que precisa, a qualquer custo, ser eliminado, suprimindo direitos fundamentais.

Vive-se em uma sociedade complexa afeta à cultura do litígio. Isto precisa mudar. É preciso fazer incidir no inconsciente coletivo a adoção de uma cultura de pacificação. A aptidão dos cidadãos para conviver em uma Democracia Participativa, que exige o aperfeiçoamento do sistema jurídico à Constituição, exige mais participação – conscientes - dos cidadãos.

Então trata-se de um fator social, quer dizer, a percepção da “participação” precisa sofrer uma guinada, uma mudança de trajeto, seja por parte dos operadores do direito seja por parte do cidadão.

Sabe-se que os objetivos da advocacia muitas vezes estão na contramão do desenvolvimento acadêmico e prático do Direito. Isto reflete por vezes numa conduta desleal de interpor recurso protelatório, por exemplo. Assim como o Contraditório Participativo impõe deveres ao juiz os impõe também ao advogado.

Por fim, há um grande anseio pela transformação humana sob pena de tudo por-se a perder, ou no mínimo ser reprimido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Democracia Moderna e Processo civil.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo.* São Paulo: Ed. RT, 1988.

_____. **Da função à estrutura,** In: *Revista de Processo.* Revista dos Tribunais: São Paulo, nº158, ano 33, abril/2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, José Carlos. **Sobre a “Participação do Juiz” no Processo Civil.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo.* São Paulo: Ed. RT, 1988.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito.** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, março/abril/maio, disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> , acesso em 20/04/11.

_____. **Vinte anos da constituição brasileira de 1988:** o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBJOIN, Gustavo. (Org.). *Vinte anos da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ªed. rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da Republica.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15/09/11

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil.* 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011

CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas.** In: *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, p. 127/143.

CATTONI OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Patriotismo Constitucional.** In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia de Direito:* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BRASIL. **Constituição da Republica.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em 15/09/11.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** vol. I, 5ª Ed., Malheiros.

_____. **Nova era do processo civil.** 2ª ed., Editora Malheiros, 2007.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais Do Processo: O Processo Justo.** In Estudos de Direito Processual, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **O princípio do contraditório.** In *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, págs.541/556.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2010.

FRANÇOIS OST. **Júpiter, Hércules e Hermes**: três modelos de juez. Disponível em: <http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf> Acesso em 12/06/11

GRECO Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo**: O Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 3º Ed. ver. e atual. 2. tir. – São Paulo: Editora dos tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2ª Ed. Ver. E ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. In: DIDIER JR. Fredier (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 9ª Ed, Salvador: JusPodivm, 2011

_____. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo.** Disponível em:
<[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acesso em 12/06/11.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 11 do PLS 166/10.** Disponível em:
<http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/os_principios_e_as_garantias_fundamentais_no_projeto_de_codigo_de_processo_civil_191110.pdf> Acesso em 07/03/2007.

_____. **Teoria geral do processo civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Coor.). *Neoconstitucionalismo.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302

TARUFFO, Michele. **Cultura y Proceso.** In *Páginas sobre justicia civil.* Madrid: Marcial Pons, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. **Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro:** sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In *Revista de Processo.* Revista dos Tribunais: São Paulo, nº 168, ano 2009, fevereiro p. 107/141.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia Constitucional do Contraditório no Projeto de CPC: Análise e Proposta.** In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil,* Porto Alegre: Magister , v. 38 (set/out 2010), p.5/33.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.