



AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO NO BRASIL

THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES OF PROCESS IN BRAZIL

Rogério Gesta Leal

Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1987), mestrado em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1997) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados Brasileiros – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Conselheiro Científico do Observatório da Justiça Brasileira. E-mail: rleal@unisc.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7185339028226710>.

Aline Swarovsky

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2009). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisas Estado, Administração Pública e Sociedade, vinculado ao CNPq e do Grupo Comunitarismo, Instituições Comunitárias e Políticas Públicas. E-mail aline_swa@hotmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5551317746867090>.

Resumo

O presente trabalho aborda o tema das garantias constitucionais do processo a partir de uma perspectiva integral do sistema jurí-

dico brasileiro, notadamente de sua função social e emancipadora, comprometida com os valores perseguidos pela Carta Política e pela República Federativa. Para tanto, delimitou-se o campo de abrangência do estudo em face do que a doutrina e casuística tradicionais têm referido como garantias constitucionais do processo, dando ênfase aos princípios informativos do sistema normativo, dentre os quais destacamos a garantia do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, do duplo grau de jurisdição e da proibição da prova ilícita.

Palavras-chave: Garantias constitucionais. Princípios jurídicos. Processo.

Abstract

This paper addresses the issue of constitutional guarantees of the process from a comprehensive perspective of the Brazilian legal system, especially in its social and emancipatory values committed to the policy pursued by the Charter and the Federal Republic. To this end, the field was delimited scope of the study in light of what the traditional doctrine and case are referred to as constitutional guarantees of the process, emphasizing the principles of information system standards, among which we highlight the guarantee of due process, the equality, the contradictory and full defense of the natural judge of the jurisdiction inafastabilidade, publicity of procedural acts, the reasons for decisions, the two levels of jurisdiction and prohibition of illegal evidence.

Keywords: Constitutional guarantees. Legal principles. Process.

Sumário: 1. Introdução. 2. A dimensão principiológica das garantias processuais na ordem constitucional contemporânea. 3. A garantia do devido processo legal. 4. O Princípio da isonomia. 5.

Princípios do contraditório e da ampla defesa. 6. Princípio do juiz natural. 7. O Princípio da inafastabilidade da jurisdição. 8. Princípio da publicidade. 9. Princípio da motivação das decisões. 10. Princípio do duplo grau de jurisdição. 11. Princípio da proibição de prova ilícita. 12. Conclusão. 13. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A dogmática mais tradicional da processualística brasileira tem insistido na tese de que todo e qualquer litígio jurisdicional tem de ser gestado a partir dos princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que informam nosso sistema jurídico, notadamente os que dizem respeito ao devido processo legal, ora constituído por diretrizes nodais do sistema normativo, a saber: (a) Princípio da isonomia (artigo 5º, caput, Constituição Federal); (b) Princípio da proteção judiciária, denominado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; (c) Princípio do acesso facilitado ao Judiciário (direito à assistência jurídica gratuita e direito à gratuidade processual); (d) Princípio do contraditório e da ampla defesa; (e) Princípio do juiz e do promotor natural; (f) Princípio da proibição de prova ilícita; (g) Princípio da publicidade dos atos e decisões; (h) Princípio da fundamentação ou motivação dos atos e decisões (NERY JUNIOR, 2001, p. 39).

É esta mesma dogmática que adverte para o fato de que, se o Estado tem o dever de prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o direito material, todo e qualquer sujeito de direito precisa ter assegurada a adequada tutela jurisdicional, garantia que se desdobra ainda em outros tantos princípios de igual natureza e importância. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer, com Marinoni, *direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades de pretensão de direito material de que se diz titular*

aquele que busca a tutela jurisdicional (MARINONI, 2001, p. 244).

Nosso objetivo neste trabalho, pois, diz respeito ao tema das garantias constitucionais do processo a partir de uma perspectiva integral do sistema jurídico brasileiro e de sua função social e emancipadora, compromissada com os valores perseguidos pela Carta Política e pela República Federativa. Para tanto, optamos por delimitar o campo de abrangência da abordagem em face do que a doutrina e casuística tradicionais têm referido como garantias constitucionais do processo, dando especial atenção aos princípios informativos do sistema normativo, dentre as quais destacamos, a garantia do devido processo legal, da isonomia, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões, do duplo grau de jurisdição e da proibição da prova ilícita.

2 A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA

Na dicção acertada de José Delgado, a luta pelo direito não é hoje uma reivindicação individual, mas uma exigência a ser alcançada pelas massas, a fim de se plantar uma efetiva estabilidade nas relações jurídicas quando desarticuladas pelo conflito. Disto resulta que o processo civil deixou de ser assunto particular entre as partes para se transformar em uma das tarefas mais eminentes do Estado, obrigando o Juiz a dirigir ativamente o processo, tendo em vista alcançar os princípios impostos pelo direito público e que se dirigem a garantir proteção jurídica (DELGADO, 1987, p. 223)¹.

¹ É deste mesmo jurista, em voto proferido como relator na Primeira Turma, do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 240.712/SP, julgado em 15.02.2000), a assertiva de “não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada, filiando-se a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos

Importa referir, de pronto, que o debate nacional envolvendo o tema dos princípios jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais) viu-se ampliado a partir da Constituição de 1988, proliferando estudos voltados ao aprofundamento da abordagem dos seus significados semânticos e pragmáticos. Na dicção de Eros Grau, por exemplo, um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras, pois nele se encontram, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito. Assim, no Direito, enquanto ordem jurídica, os princípios jurídicos podem ser tomados, basicamente, em dois sentidos: no primeiro, como *princípios positivos do direito*, e, no segundo, como *princípios gerais do Direito* (GRAU, 2003, p. 82)².

princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado”.

- ² Na sequência deste raciocínio, temos a apropriada lembrança de Bonavides, (2003, p. 119) no sentido de que a juridicidade ou normatividade dos princípios passou por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A fase jusnaturalista posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica, inspirada num ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético valorativa do Direito; concebe os princípios gerais do direito em forma de axiomas jurídicos, ou normas estabelecidas pela reta razão. São assim, normas universais de bem obrar. São os princípios de justiça, constitutivos de um direito ideal; são, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana. Na fase juspositivista, os princípios entram nos códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. São válvulas de segurança que garantem o reinado absoluto da lei. Não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não podem prever (caso da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça. São fontes de integração do direito, quando ocorrerem vazios legais. Na fase pós-positivista, que se inaugura nas últimas décadas deste século, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que agora positivados nos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de estalão constitucional, os princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam o

Os princípios gerais do Direito são posições descritivas, e não normativas, através das quais os juristas referem de maneira sintética o conteúdo e as grandes tendências do direito positivo (BONAVIDES, 2003, p. 118)³.

É novamente a doutrina brasileira fundadora do pensamento jurídico nacional – ao menos nos seus primeiros passos –, que vai ratificar este conceito, asseverando que,

no direito privado, os princípios gerais do direito derivam, preferentemente, da lei escrita e não lhe constituem senão o prolongamento, culminando por apontá-los como prestações normativas, integrantes da lei ou do seu espírito e que ajudam a expressão lógica do direito; ressaltando que, pela posição jusnaturalista, nos princípios gerais do direito verificar-se-ia uma concretização de verdades filosóficas perenes (LIMA, 1988, p. 35).

Os tribunais brasileiros têm utilizado esta premissa dos princípios gerais do direito para o enfrentamento de algumas situações que envolvem interesses processuais e materiais de partes que se encontram periclitantes em face de algumas circunstâncias formais estabelecidas pelo sistema jurídico. Neste sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, “quando o autor não apresenta os documentos essenciais à compreensão da causa, mas o réu os apresenta, fica suprida a deficiência. A interpretação do artigo 485, inciso V, do CPC, deve ser ampla e abarca a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4º da LICC)”⁴.

dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito.

³ Trata-se destes aspectos no livro Leal (2001).

⁴ STJ – AR 822 – SP – 1ª S. – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 28.08.2000 – p.00050. Da mesma forma o TJRS: EMBARGOS DE DEVEDOR – CÉDULA

Pode-se afirmar, de um certo modo, que no pensamento jurídico contemporâneo existem alguns pontos em comum no sentido de se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica, o que significa dar-lhes positividade, vinculatividade, pois, normas que obrigam, têm eficácia positiva e negativa.

Já na dicção de Canotilho, vamos encontrar alguns critérios para que o operador do direito estabeleça a distinção entre os princípios e regras jurídicas, tendo em vista justamente a dimensão eficaz destes institutos, a saber: (a) o grau de abstração, pois considera que os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; ao contrário, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; (b) o grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, eis que os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; (c) o carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, uma vez que os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; (d) a proximidade da ideia de direito, pois os princípios são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito; de outro lado, as regras podem ser normas vincu-

DE CRÉDITO RURAL – Juros limitados a 12% ao ano, por força de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, aplicação de analogia e princípios gerais do direito. Juros moratórios limitados a 1% ao ano (art. 5 para. Único do dec. Lei nº 167/67). Inacumulabilidade de comissão de permanência e correção monetária e nulidade da cláusula que estipula a primeira, por infração ao art. 115 do CC e 51 do CDC. Indexador aplicável aos contratos financeiros, após o advento da lei nº 8177/91, segundo posição da câmara, por motivo de avaliação prática das taxas cumulativas incidentes, não desbordando de outros índices no cômputo final. Apelação do banco meridional parcialmente provida. Apelação de Hélio Vanderla Leal integralmente provida. (TARS – AC 197129422 – 6ª C.Cív. – Relª Juíza Rejane Maria dias de Castro Bins – J. 02.04.1998).

lantes com um conteúdo meramente formal; por fim, (e) a natureza normogênética dos princípios os destaca no sistema, pois se apresentam como verdadeiros fundamentos de regras jurídicas (CANOTILHO, 2002, p. 118).

Em razão de tudo isto, tem-se sustentado a ideia da força normativa dos princípios jurídicos, notadamente dos princípios constitucionais. Equivale a dizer, em outras palavras, que: (a) todas as normas do sistema jurídico devem ser interpretadas no sentido mais concordante com os princípios constitucionais; (b) as normas de direito ordinárias desconformes à constituição e seus princípios fundacionais, bem como contra os princípios infraconstitucionais, não são válidas; (c) salvo quando não exequíveis por si mesmos, os princípios aplicam-se diretamente, sem lei intermediária⁵.

Em tal quadro de reflexão é que tomam relevo os princípios constitucionais processuais no país, eis que normas definitivamente válidas e autoaplicáveis em qualquer relação em que se discutem direitos e garantias protegidas pelo sistema jurídico vigente.

José Augusto Delgado, após identificar o fenômeno da complexidade das relações sociais, econômicas, políticas, familiares, educacionais e patrimoniais e dos desafios vividos pelo ordenamento jurídico para observá-las, preleciona que:

A identificação da complexidade assinalada revela, conseqüentemente, não ser possível o estudo das regras jurídicas processuais que garantem os direitos dos cidadãos, apenas à luz singela da norma positiva posta para execução, por exigir concepção muito mais alargada, que passa, necessariamente, por uma visualização dos princípios informativos do direito processual, por eles serem transmissores, de modo explícito ou implícito, das dificuldades já

⁵ Neste sentido ver o texto de Hesse (1991, p. 39).

comprovadas de se tornarem eficazes as normas expressivas de tais prerrogativas (DELGADO, 1993, p. 63).

Vejamos de que forma têm sido tratados estes princípios na doutrina e casuística especializadas brasileiras.

3 A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Recepcionado pelo sistema jurídico norte-americano desde o início do século XIX, somente a partir de 1856 é que o seu Judiciário (Wynehamer v. People, New York, 1856⁶) passou a entender que o devido processo não deveria se restringir ao modo do procedimento, mas também atingir o conteúdo substantivo da legislação, passando a cunhar a concepção em seu caráter substantivo, entendendo-o como ferramenta viável e indispensável à proteção das garantias individuais básicas em face da jurisdicionalização constitucional⁷.

Da experiência americana envolvendo este princípio, podemos destacar – a título exemplificativo – as seguintes garantias a ele consecutórias: (a) o direito do povo de estar seguro nas suas pessoas, casas, papéis e efeitos contra desarrazoada busca e apreensão (Emenda nº 4); (b) emissão de mandado de busca ou de prisão somente baseado em causa provável, sustentada por juramento ou afirmação, descrevendo

⁶ Neste sentido, pode-se dividir em três fases distintas, nos EUA, a adoção do devido processo legal, na sua concepção substantiva, a saber: a) sua ascensão e consolidação, do final do Século XIX até a década de 30; b) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista promovida pela Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren. Para o mesmo autor, atualmente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o uso daquele vive um momento de refluxo. Neste sentido ver o texto de Tribe (1985, p. 118).

⁷ Ver também o texto de Silveira (1996, p. 66). No mesmo sentido, Oliveira (2003, p. 85).

especificamente o lugar onde ocorrerá a busca, e a pessoa ou coisa a ser apreendida (Emenda nº 4); (c) indiciamento por grande júri para os crimes hediondo ou capital (Emenda nº 5); (d) não ser julgado duas vezes pela mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo (Emenda nº 5); (e) imunidade contra compulsória auto-incriminação (Emenda nº 5); (f) direito a um rápido e público julgamento, por um júri imparcial, no Estado e distrito onde o crime foi cometido (Emenda nº 6); (g) direito de ser informado da natureza e causa da acusação (Emenda nº 6); (h) direito do acusado de ser confrontado com as testemunhas favoráveis ou adversas (Emenda nº 6); (i) direito a um processo compulsório para obter testemunhas em favor do acusado (Emenda nº 6); (j) direito a advogado nos casos criminais (Emenda nº 6); (l) defesa contra excessivos valores de fianças, multas e punições cruéis e não usuais (Emenda nº 8).

Já desde uma demarcação normativa brasileira, a garantia do devido processo legal encontra guarida disposta no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, assegurando que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. A grande e primeira questão que exsurge de tal garantia diz com sua natureza processual e material, sendo que para alguns doutrinadores, como Tucci e Cruz e Tucci (2003) e Nelson Nery Jr. (2001), dela derivam todas as demais garantias, com o que não concordamos.

Veja-se que o constitucionalismo contemporâneo e mesmo a Carta Política brasileira vigente se notabilizam por assegurar à cidadania prerrogativas e direitos constitucionais fundamentais, dentre eles, à espécie, podemos destacar os direitos processuais constitucionais, conhecidos historicamente como o *due process of law*⁸, que pressupõe que ninguém pode ser afetado em sua esfera jurídica sem ter sido ouvido e vencido em juízo, em procedimento que, ainda, respeite sua dignidade pessoal⁹.

⁸ Neste sentido ver o trabalho de Gonçalves (1992).

⁹ É nominal a previsão, nos termos do art. 5º, e seguintes incisos:

Em face disto é que o devido processo legal se afigura como uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos, garantindo de igual forma o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário e o desenvolvimento processual nos termos das regras previamente estabelecidas. Ele também diz respeito à maneira pela qual a dicção normativa em geral (independente de sua espécie) é executada, aferindo-se se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação daquela norma viola o devido processo legal, sem se perquirir sobre a substância do ato (ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 112)¹⁰.

Na dicção de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 10), o princípio é em suma uma garantia fundamental de que, onde houver um processo para solucionar um litígio, seja perante a Justiça, seja perante a administração, presente estará a garantia do *due process of law*, em toda sua extensão¹¹.

Aliado a este princípio, uma série de outros se desdobram, dentre eles o da isonomia processual.

-
- (a) ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II);
 - (b) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV);
 - (c) ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV);
 - (d) 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 (inciso LV).

¹⁰ Na mesma direção, ver o texto de Andolina; Vignera (1999, p. 68 e ss.).

¹¹ Da mesma forma ver o texto do mesmo autor denominado de A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. (THEODORO JÚNIOR, 1991, p. 11).

4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia decorre diretamente da prerrogativa constitucional atinente à igualdade de tratamento de todas as pessoas em face da lei, nos termos explícitos do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Ele implica a observância do equilíbrio, garantia de tratamento paritário entre as partes da lide, tanto do ponto de vista material quanto processual.

Na dicção de Canotilho (2002, p. 398), as implicações do princípio constitucional da isonomia devem ser distinguidas entre a igualdade na aplicação do direito e a igualdade na criação do direito, uma vez que todos os cidadãos são iguais perante a lei significa tradicionalmente a exigência de igualdade na aplicação do direito¹².

Todavia, ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei, pois a própria lei deve tratar por igual todos os cidadãos. Assim, o princípio da isonomia é um *postulado de racionalidade prática*, ou seja, para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos.

Em termos históricos no Brasil este tema é recorrente da mesma forma, eis que já Rui Barbosa (1960, p. 685) se referia a ele com veemência, ao asseverar que:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

¹² Ver também o trabalho de Couture (2000, p. 39).

Por tais razões é que o princípio da isonomia processual desde sempre esteve ligado à ideia de relação processual e gestão da lide, condizente à garantia jurisdicional de que as partes possam desfrutar, na relação processual, de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres (ver o trabalho de TUCCI; TUCCI, 1989), tema que já vem regulado pelos termos do art.125, inciso I, do Código de Processo Civil, configurando tal prerrogativa como uma efetiva obrigação do Estado-Juiz (pois gestor institucional da lide), inclusive como condição de possibilidade do exercício dos demais direitos e garantias processuais (e mesmo materiais) garantidas pelo sistema brasileiro.

Novamente aqui opera o juízo valorativo do magistrado, no sentido de estabelecer, com critérios públicos e claros de fundamentação, as razões de justificação do tratamento dado ao caso concreto. Isto porque

o que se exige para a satisfação do devido processo legal não é apenas um procedimento ou um conjunto seqüencial de atos judiciais conducentes a uma decisão final, mas sim um autêntico processo, com todas as garantias de distribuição equânime de meios e possibilidades processuais, que colocam ambas as partes em condição de igualdade formal¹³.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco, é pelo fato da igualdade jurídica não poder eliminar a desigualdade econômica, cultural, política e de discernimento, materialmente existente entre quaisquer partes, em qualquer relação jurídica (umas mais outras menos), é que, na conceituação realista de isonomia, busca-se a igualdade proporcional. Em síntese

¹³ Pelos termos da decisão do TST – ROMS 132 – SBDI 2 – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 21.03.2003.

se, essa igualdade proporcional é o tratamento igual aos substancialmente iguais¹⁴.

Veja-se, neste sentido, que o Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento da ADI n° 3.522/RS, tendo como relator o Min. Marco Aurélio (julgado em 24.11.2005), o Tribunal entendeu que existia ofensa aos princípios do concurso público (CF, art. 37, II) e da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), e julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos incisos I, II, III e X, do art. 16, e do inciso I, do art. 22, ambos da Lei 11.183/98, do Estado do Rio Grande do Sul, que estabeleciam, como títulos de concurso público, atividades relacionadas a serviços notariais e de registro, e, como critério de desempate entre candidatos, a preferência para o mais antigo na titularidade desses serviços¹⁵.

¹⁴ Nas obras citadas anteriormente. Vale citar aqui Moreira (1985, p. 71), quando lembra que existem diversos institutos no Código de Processo Civil que visam garantir a isonomia das partes. Um dos exemplos são as regras atinentes à exceção de suspeição e incompetência do juiz, a fim de evitar que um dos litigantes tenha, em tese, favorecimento por parte do órgão jurisdicional.

¹⁵ O Tribunal considerou que os dispositivos impugnados estabeleciam tratamento diferenciado que se afastava dos objetivos da exigência do concurso público, visto que fixavam critérios arbitrários de sobrevalorização dos títulos da atividade cartorária, conferindo privilégio a um determinado grupo de candidatos em detrimento dos demais (Vide: Informativos STF n°s 407 e 410). Em outro recente julgamento (ADIn n° 3.443-0/MA, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 8.9.2005), o Tribunal considerou como atentatória ao princípio constitucional da isonomia a norma que estabelece como título o mero exercício de função pública. No mesmo sentido, o julgamento da ADIn n° 2.210-5/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 24.5.2002), no qual o Tribunal entendeu ser plausível a invocação do princípio constitucional da isonomia, que há de reger toda a disciplina das competições públicas, contra a validade de normas que considerem como título o mero exercício de cargos públicos, efetivos ou comissionados, privativos ou não de graduados em Direito. No mesmo sentido, ver a decisão do Tribunal Pleno do STF, nos autos da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n°3.580-1, pro-

É óbvio que este princípio não opera em face das desigualdades reconhecidas pelo próprio sistema normativo, exatamente para garantir o tratamento diferenciado para partes diferenciadas (mesmo que presumidamente), como é o caso do código consumerista (considerando a hipossuficiência do consumidor), ou a legislação trabalhista (em relação ao empregado); o tratamento tributário dado às pequenas empresas ou microempresas¹⁶; podem ser trazidas à baila ainda as prerrogativas do Ministério Público e da Fazenda Pública no que tange aos prazos, conforme disposto no artigo 188, do Estatuto Processo Civil¹⁷.

Já no campo da aplicação deste princípio constitucional, ele se estende – como não poderia deixar de ser – a todos os Poderes de Estado, pessoas físicas e jurídicas, e relações privadas e públicas, exatamente por ser expressão de verdadeiro valor normativo cogente e informativo de todo o sistema jurídico. Vale dizer que ele opera tanto no âmbito do processo legislativo formal (Poder Legislativo), no da execução deste plexo normativo (Poder Executivo), como na fiscalização e aplica-

veniente de Minas Gerais e julgada em 08/02/2006, tendo como relator o Min. Gilmar F. Mendes.

¹⁶ CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SISTEMA “SIMPLES”. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA. ART. 9º, DA LEI 9.317/96. I. - Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta. ADI 1.643, Plenário. “DJ” de 14.3.2003. Precedentes. II. - Agravo não provido. AI-AgR nº 452642 / MG, tendo como relator o Min. Carlos Velloso, julgado em 13/12/2005, na Segunda Turma, com publicação em 24-02-2006 PP-00033, do Diário de Justiça.

¹⁷ Podemos citar ainda os casos de: (a) dispensa de preparo aos carentes, desde que beneficiário de justiça gratuita, concedida pelo juiz; (b) isenção de caução e a variedade de percentual (de 10 a 20%), inclusive sem esses índices, quando vencida a Fazenda, que para muitos tem sido julgado inconstitucional; (c) dispensa do caucionamento da execução, através de depósito, na forma do art. 602, de valor que renda aquele outro necessário ao enfrentamento.

ção impositiva da norma (Poder Judiciário), alcançando a todos sem qualquer discriminação, como quer San Tiago Dantas (1959, p. 61).

Em termos processuais, podemos, talvez, vislumbrar uma explícita violação normativa à igualdade das partes, absolutamente não justificada de forma racional, no âmbito do § 3º, do art. 523, do CPC, em sua nova redação em face da Lei nº 11.187/2005, uma vez que impõe naquela situação a interposição do agravo pela forma oral e imediatamente, sem prever prazo e forma igual ao agravado para que ele deduza sua resposta, ao que tudo indica liberando-o para apresentá-la por escrito e no prazo de 10 dias¹⁸.

5 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Os princípios do contraditório e da ampla defesa vêm esculpidos nos termos artigo 5º, inciso LV, do Texto Político, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Na verdade, o princípio do contraditório, sem o que não se pode admitir o processo como democrático, não é senão um simples aspecto do direito fundamental e genérico da igualdade de todos perante a lei, que, no campo da justiça, se traduz na igualdade das partes no processo¹⁹.

¹⁸ Ver as críticas que se faz ao novel instituto no trabalho de Nascimento (2006, p. 59).

¹⁹ Neste sentido a decisão judicial: SUPRESSÃO DE VENCIMENTO – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL (LEI Nº 9.784/99) – AUSÊNCIA DE DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – 1. O art. 54, da Lei nº 9.784/99, traduz-se em regra assecuratória do princípio da segurança jurídica, impedindo que a Administração Pública, a qualquer tempo, proceda à anulação de atos com aparência de ilegalidade concernente a direitos dos administrados e servidores. 2. Tendo os servidores recebido parcela remuneratória, por extensão administrativa, desde fevereiro de 1995, não pode a Administração sustar a percepção mais de seis

Não se pode, então, pensar em garantia do devido processo legal sem imaginar um contraditório entre os litigantes, que tenha como escopo maior a busca da verdade real, por meio de debate amplo e irrestrita liberdade de alegações e provas. “As alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu”²⁰.

Neste sentido é que sustento que o contraditório se confunde com a ampla defesa; é mesmo a sua densificação objetiva no mundo dos autos e da vida, constituindo os dois um dos alicerces do devido processo legal, que, por sua vez, exige a estrutura dialética como o meio necessário para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente (THEODORO JR., 2001, p. 218).

Sem sombra de dúvida, exige o Estado Democrático de Direito que o contraditório, sobre que assenta a garantia do devido processo legal, se revele como pleno e efetivo, e não apenas nominal ou formal. E isto só ocorrerá quando a estrutura do procedimento e o critério do Juiz que dirige o processo não criarem barreiras ou entraves injustificáveis ao trabalho da parte em prol da demonstração de seu possível direito subjetivo violado ou posto em perigo pela conduta do adversário²¹.

anos depois. Direito de revisão decaído. Direito adquirido dos servidores. 3. Ademais, para operar a supressão de parcelas dos vencimentos que vêm sendo percebidos pelos servidores, a Administração deve respeitar o devido processo administrativo, garantindo o contraditório e a ampla defesa, previstos no art. 5, inciso LV, da CR/88 e na Lei nº 9.784/99. 4. A mera cientificação pela Administração, mormente extemporânea, não supre as necessidades processuais. O respeito às garantias constitucionais exige que seja franqueado aos interessados contestar e apresentar novos argumentos. (TRF 4ª R. – AC 2002.72.00.010011-3 – SC – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Valde-
mar Capeletti – DJU 21.01.2004 – p. 659) .

²⁰ Conforme Theodoro Jr. (2001, p. 216). Ver também o texto de Leal (1999).

²¹ O Supremo Tribunal Federal, de forma originária, tem estendido tal compreensão aos casos envolvendo direito internacional público, especificamente em questões que tratam de extradição, sustentando que: “O Supremo Tri-

Assim é que todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro, no rumo do êxito processual. Somente quando as forças do processo, de busca e revelação da verdade contingencial dos fatos, são efetivamente distribuídos com irrestrita igualdade, é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa.

Neste sentido tem se posicionado boa parte da jurisprudência nacional:

A atual Carta optou por manter um sistema que vem criando certas dificuldades ao parquet, que se vê freqüentemente levado a instaurar procedimentos, como o fez nesse caso, para, por conta e responsabilidade próprias, levantar elementos que possam servir de lastro para uma opinio delicti, o que se de um lado pode significar uma ampliação do seu espaço de atuação, de outro lado o coloca em uma posição intermediária entre o Juiz e a autoridade policial. – Apesar de o Inquérito Policial seguir seus trâmites normais perante a autoridade policial, o Ministério Público requer uma Medida Cautelar Criminal, que na feição tradicional do Código de Processo Penal tem objetivos bem definidos, mas que agora toma outro rumo para se transformar num processo virtualmente autônomo e se-

bunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao fair trial atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição”. STF – EXT 633 – TP – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 06.04.2001 – p. 00067.

Este tema também foi trabalhado no livro de Leal (2001).

creto, colidindo com as garantias processuais e da cidadania, notadamente com a do devido processo legal (Constituição Federal de 1988, art. 5º, LIV e LV). – A reserva legal é exatamente para proteger o cidadão, não deixá-lo exposto, não podendo o mesmo, assim, ser considerado um objeto apenas pela circunstância de pesar sobre ele uma suspeita ou um indício. – Qualquer pessoa, em tese, potencialmente, pode estar envolvida com uma atividade lícita ou ilícita. Mas, para que isso reproduza um resultado processual, a Constituição exige que a decisão seja fundamentada. Não basta ser fundamentada no processo. – Nos presentes autos, sequer existe um processo criminal. Ao contrário, nem o inquérito avança, o que passa a avançar é a ação cautelar, que tomou o lugar do inquérito, o que é de uma absurdez absoluta. – A função do Magistrado não é reprimir a criminalidade, mas, sim, aplicar o direito. – Ordem concedida, em parte, não nulificando as provas, nem trancando o Inquérito, mas anulando a Ação Cautelar, com a ressalva de que outra possa ser intentada, porém dentro dos parâmetros das garantias constitucionais²².

²² Decisão, por maioria. TRF 2ª R. – HC 2002.02.01.037457-0 – 5ª T. – Rel. p/o Ac. Des. Fed. Alberto Nogueira – DJU 10.03.2004 – p. 102. Da mesma forma já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, quando asseverou que é incabível pretender subverter a ordem do rito ordinário, no que tange ao interrogatório preceder à oitiva das testemunhas, uma vez que tal comando decorre da lei, implicando tal comportamento na violação explícita dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Conforme autos do Habeas Corpus nº 46627, de Santa Catarina, julgado em 13/12/2005, pela Quinta Turma do STJ.

Ainda em termos doutrinários, Marinoni tem asseverado que 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 (MARINONI, 1996, p. 39). Significa dizer que, muitas vezes, para que se possa garantir o direito do contraditório, se faz necessário viabilizar o acesso mais amplo possível à jurisdição, sob pena dele se revestir de mera dicção formal. Por tais razões é que se atribuem às possibilidades materiais do contraditório, no mínimo, três condições substanciais: o direito das partes serem devida e suficientemente informadas do que e no que estão envolvidas; o direito de serem, igualmente, suficiente e devidamente ouvidas; o direito de produzirem provas necessárias ao deslinde da lide²³.

Por sua vez, a ampla defesa, aqui, precisa ser entendida em sentido ampliativo, inclusive para ir ao encontro do que se disse sobre o contraditório, corroborado por Pontes de Miranda, ao afirmar que *não existe um conceito para a ampla defesa, mas existe algo mínimo, aquém do qual não existe a defesa* (PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 220-221).

Esse teor mínimo irredutível do direito à defesa vem expressado na publicidade e na dilação probatória, oportunidade das partes de serem informadas sobre a existência e conteúdo da imputação e do processo, bem como de se fazerem ouvir²⁴.

²³ Vai nesta direção a advertência de Silveira (1996), no sentido de que o contraditório significa poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e fazer-se ouvir.

²⁴ Ver o trabalho de Torres Pereira Junior (2001, p. 29).

Da mesma forma o Supremo Tribunal Federal tem assentado que “o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido tam-

Vai nesta direção, por exemplo, decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, ao dizer que:

A este respecto, debe recordarse que es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11) y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 64/2008, de 26 de mayo, y 28/2008, de 11 de febrero), que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (STC 115/2008, de 29/09/2008)

Assim é que tanto o contraditório como a ampla defesa precisam ser tomados para além de instâncias colaboradoras do exercício da função jurisdicional, visando sua melhoria de qualidade²⁵, mas como garantias substanciais da cidadania nacional e do procedimento jurisdicional democrático de direito, estes sim, capazes de imprimir maior identidade, legitimidade e eficácia à tutela jurisdicional do Estado.

bém em matéria jurídica.” Recurso Extraordinário nº 452.721-9, Mato Grosso, julgado em 22/11/2005, pela Segunda Turma do STF, na relatoria do Min. Gilmar Mendes.

²⁵ Como quer Oliveira (1999, p. 65). Não estou deixando de reconhecer, aqui, a importância do magistrado no que tange à efetividade dos princípios sob comento, todavia, tenho que é relevante ressaltar tratem-se mais de prerrogativas constitucionais voltadas à Sociedade como um todo e, por isto, jamais reduzida à cognição e operacionalização fundamentalmente do Estado.

6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Podemos referir que o *princípio do juiz natural* vem expresso na ordem constitucional vigente na medida em que ela prevê as garantias, no art. 5º, inciso XXXVII e LIII, de que “não haverá juízo ou tribunal de exceção, bem como ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Ocorre que, quando a Constituição fala de tribunais de exceção, refere-se pontualmente à vedação de criação de tribunais extraordinários após a ocorrência de fato objeto de julgamento, como a consagração constitucional de que só é juiz o órgão investido de jurisdição, reconhecida pela própria norma constitucional, para proceder – na forma da lei – a atividade jurisdicional.

Por tal regra, não se pode constituir magistrados de ocasião para julgar casos específicos, pois, à toda evidência, como quer Frederico Marques, “será inconstitucional o órgão criado por lei infraconstitucional, ao qual se venha atribuir competência, subtraindo-a do órgão constitucionalmente previsto” (MARQUES, 1979, p. 39).

De certa forma, a casuística nacional tem sufragado este comando principiológico, quando assevera, por exemplo, que a imparcialidade do magistrado, um dos pilares do *princípio do juiz natural*, que reclama *juiz* investido na função, competente e equidistante dos interesses pessoais das partes, se inclui entre os pressupostos de validade da relação processual, e não pode ser ilidido por afirmação genérica e subjetiva, desprovida de prova de favorecimento do autor²⁶.

Aqui, o princípio do juiz natural protege a coletividade contra a criação de tribunais que não são investidos constitucionalmente para julgar, especialmente no que tange a fatos especiais ou pessoas determinadas, sob pena de julgamento sob aspecto político ou ideológico,

²⁶ Agravo Regimental no Agravo 592004, de Goiânia, julgado em 13/12/2005, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Min. Castro Filho, publicado no DJ 01.02.2006. p. 529.

sem nenhum controle democrático que a ordem normativa vigente demanda.

Da mesma forma podemos nos dirigir ao tema da garantia de julgamento por autoridade competente, o que assegura à Sociedade como um todo (jurisdicionados) que qualquer do povo só poderá ser processado e julgado por alguém legitimamente integrante do Poder Judiciário, o que implica dizer, serem tais tribunais e magistrados legitimamente ocupantes de cargo estatal estabelecido nos termos da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais complementares desta.

Talvez uma das mais explícitas violações deste princípio do juiz natural esteja se consolidando no Brasil em face da edição da Lei Federal nº 11.187, de 18/01/2006, que alterou a Lei 5.869/73 (Código de Processo Civil - CPC), conferindo nova disciplina ao cabimento dos agravos retidos e de instrumento no país, notadamente no âmbito do que disciplina o art.522, 523 e 527, do CPC. Por que afirmo isto?

Pelo simples fato de que, se o juiz natural no âmbito do segundo grau (*locus* privilegiado do conhecimento e de decisão do Agravo de Instrumento), é o colegiado, a regra inscrita notadamente no parágrafo único do art.527, do CPC, nega o juiz natural de segundo grau, esvaziando o caráter coletivo da jurisdição, ao mesmo tempo em que fortalece uma parcela desta jurisdição que é o relator, com sua decisão irrecorrível e aprioristicamente isenta do controle do órgão coletivo legitimamente competente nesta matéria.

7 O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Em termos de inafastabilidade da jurisdição, disciplina-lhe o regulamento o art. 5º, XXXV, da Carta Política de 1988, quando proclama que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. A partir desta assertiva, posso concluir, com Néri Jr., que, “em que pese o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não

pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão” (NERY JR., 2001, p. 118.).

Veja-se que, em termos históricos, a inafastabilidade da jurisdição possui profundas raízes e representa uma espécie de contrapartida estatal à proibição de que os indivíduos façam justiça pelas próprias mãos (o que já vem vedado explicitamente pelas disposições do art. 345, do Estatuto Penal).

Decorre daqui a ideia de inevitabilidade da jurisdição do Estado Democrático de Direito, que atua como afirmação do caráter público da função jurisdicional. É ela uma consequência da própria soberania estatal que não permite a ninguém evitar o *jus imperi* do Estado que monopoliza a Justiça e não libera para a composição privada como meio válido coativo de resolver interesses em conflito (DELGADO, 1993, p. 226)²⁷.

8 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Este princípio da publicidade, por sua vez, vem formatado em termos mais gerais pelo art. 5º, LX, da Constituição Federal, ao disciplinar que *a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*, e de forma mais específica pelos termos do art. 93, IX, do mesmo Diploma, quando aduz que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004).

Dos ensinamentos de Tucci e Cruz e Tucci (1989, p. 81) retira-se a assertiva de que

²⁷ Ver também o trabalho de Geraige Neto (2003).

a garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público e/ou dos meios de comunicação aos atos que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples potencialidade abstrata (como quando, por exemplo não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico).

Já Arruda Alvim (1994, p. 65) qualifica o princípio da publicidade como verdadeiro pressuposto de natureza ética no âmbito das relações processuais, já que para o autor a “publicidade é garantia para o povo de uma justiça justa, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria Magistratura diante do povo, pois, agindo publicamente, permite a verificação de seus atos”.

É preciso referir, neste particular, até em face de dicção normativa processual própria (art. 155, CPC), que, se a publicidade dos atos processuais vem catalogada como direito fundamental do cidadão, é o próprio texto constitucional que faz referência às situações em que o sistema jurídico autorizará o sigilo e a realização destes atos em segredo de justiça, ou mesmo restrito algumas partes e seus procuradores (conforme se viu acima). Diante da disposição do art. 155, do CPC, resta claro que pode o magistrado, em face do interesse público existente, conduzir o feito em segredo de justiça, justificando sempre a eleição da forma sigilosa para os atos praticados desta maneira, porque, não se esqueça, o ordenamento jurídico trata este tópico da não publicidade como exceção.

9 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

É igualmente constitucional o *princípio da motivação das decisões*, nos termos do mesmo art. 93, inciso IX, anteriormente referido, da Constituição Federal de 1988.

Sobre este princípio, Calamandrei (2000, p. 42) assevera que a fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

É de tal importância a exigência de observância deste princípio que a Carta Política tem como nula toda e qualquer decisão judicial que se ressente de fundamentação, o que se afigura como um elemento de ampliação da segurança jurídica notadamente social e da cidadania, garantindo-lhe estar consciente das razões pelas quais o Estado está decidindo algo que, direta ou indiretamente, possa lhe atingir. Daí a advertência de Radamés de Sá (1998, p. 59), ao dizer que “garante tal princípio a inviolabilidade dos direitos em face do arbítrio”.

Este princípio, todavia, traz um espinhoso tema a todo o momento tensionado pela doutrina, casuística e prática forense contemporânea, qual seja o de se saber o que significa motivar as decisões judiciais?

Já tive oportunidade de referir, alhures e fundado em Jürgen Habermas, que os intérpretes jurídicos, na verdade, – no exercício de seus misteres – renunciam à superioridade da posição privilegiada do observador, porque eles próprios se veem envolvidos nas negociações sobre o sentido e a validade dos proferimentos que são colocados à interlocução processual/jurisdicional (as pretensões deduzidas e resistidas) (LEAL, 2005, p. 285). Ao tomarem parte em ações comunicativas jurisdicionais, aceitam, por princípio, o mesmo *status* daqueles cujos proferimentos querem compreender²⁸ (sujeitos de direito). Eles não estão mais

²⁸ Proferimentos estes que estão dados, por exemplo, pelo sistema jurídico que contempla elementos valorativos eleitos pelo pacto social através de sua representação política, a qual cria instrumentos de vinculação obrigatória dos sujeitos de direito (princípios e regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais).

imunes às tomadas de posição por sim/não destes sujeitos de direito, mas empenham-se num processo de reflexão e crítica recíproca, na busca do melhor argumento para a tomada da decisão. Tal argumento, todavia, deve ser sempre resultado de uma compreensão e ação jurisdicional imparcial que vise a solução negociada do conflito, observando o que pode ser tomado como universal dentre não só os interesses litigantes, mas dentre os interesses e valores da própria comunidade em que estes ocorrem (constitucionalizados), envolvendo todos os sujeitos (não só de direito) atingidos potencial e efetivamente pela decisão judicial.

Em outras palavras, a formação imparcial do juízo e da decisão judicial, bem como suas motivações, exprimem-se, por conseguinte, em um princípio que força cada um, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação daqueles interesses, a perspectiva de todos os outros, tendo consciência do impacto supra-normativo da decisão do Estado Juiz junto ao tecido social em que ela vai operar, e o que isto representa no âmbito da preservação/transformação do mundo da vida cotidiana²⁹.

Estou a dizer, em verdade, que à validade dos argumentos e das decisões, mister é que, os primeiros, encontrem sustentação haurida do universo normativo que vige, notadamente o constitucional, haja vista o seu carácter vinculativo em termos de princípios e regras jurídicas conformadoras do tipo de sociedade que se deseja à república brasileira; já para as decisões tomadas em face daqueles argumentos, importa que elas ratifiquem os pressupostos matriciais do mesmo universo normativo vigente, detalhados, de um lado, pelos códigos linguísticos anteriormente referidos, e de outro, pelos objetivos para os quais o sistema fora criado: a efetivação de uma Sociedade Democrática de Direito (e seus pressupostos constitutivos, explicitados pelos Princípios Constitucionais – obje-

²⁹ O princípio da universalização deve forçar o que Mead chama de troca de papéis universal, ou ideal *role-taking* (adoção ideal de papéis). Conforme o texto de Mead (1990, p. 59).

tivos e finalidades da República –, bem como a ordem, a segurança jurídica, a estabilidade das relações, etc.).

10 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A despeito de alguns doutrinadores insistirem no fato de que o *duplo grau de jurisdição* seja efetivamente um princípio processual inserido na Constituição Federal, pelo fato de não estar explicitamente indicado no seu texto (como Manoel Antônio Teixeira Filho, Arruda Alvim, Tucci e Cruz e Tucci, nas obras citadas anteriormente), outros têm admitido tal condição ao princípio sob comento, pelo simples fato de haver a previsão constitucional em termos de competências recursais (Como querem Humberto Theodoro Jr. e Nelson Nery Jr., nas obras já citadas), seja nos termos do art. 5º, LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*), bem com em face do que dispõe o art. 102, 105, do Texto Político, que versam sobre as competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Justiça.

De alguma maneira este princípio opera com a lógica de que há ou pode haver falhas nas decisões judiciais, e que o sistema precisa contar com instrumentos e mecanismos que busquem minimizar ao máximo tais riscos, a ponto de garantir níveis de segurança jurídica às relações sociais e aos atos, fatos e negócios jurídicos que elas praticam.

11 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROVA ILÍCITA

Outro princípio importante que a Constituição Federal expressamente prevê é o que diz respeito à vedação da utilização de provas ilícitas no processo, seja o civil ou penal, nos termos do art. 5º inciso LVI (*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*).

Assim, se cabe às partes o ônus de produzir as provas, na exata medida dos interesses que estão defendendo e postulando na lide, devem fazê-lo a partir de comportamentos e com elementos aceitos pelo

sistema, sob pena de, violando-o, invalidar a prova pretendida. Neste sentido, é o art. 332, do Código de Processo Civil, que assevera que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa”³⁰.

Claro que a jurisprudência tem ampliado um pouco as feições da ilicitude da prova em determinadas circunstâncias, como é o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal quando entendeu que inexistente ilicitude no comportamento de alguém que grava uma conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa³¹.

12 CONCLUSÃO

Ao longo desta pequena exposição, tentei estabelecer como parâmetro do debate que envolve os princípios constitucionais do processo no Brasil a perspectiva de que, é no bojo do processo/procedimento que a jurisdição deve criar um efetivo espaço democrático e participativo de comunicação intersubjetiva, voltada ao entendimento e à pacificação do conflito. Para tanto, todavia, deve estar munida

³⁰ Ver neste sentido a reflexão que faz sobre este tema o trabalho de Streck (1997).

³¹ Supremo Tribunal Federal, em Plenário, no Inquérito nº 657/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso. Da mesma forma no No RE 402.035- AgR/SP, Relatora a Ministra Ellen Gracie, decidiu a 2ª Turma: “GRAVAÇÃO DE CONVERSA. INICIATIVA DE UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. PROVA CORROBORADA POR OUTRAS PRODUZIDAS EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. Gravação de conversa. A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa. Precedente: Inq 657, Carlos Velloso. Conteúdo da gravação confirmada em juízo. AGRRE improvido.” (“DJ” de 06.02.2004). De igual forma o RE 212.081/RO, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 27.3.98, HC 75.338/RJ, Relator Ministro Nelson Jobim, “DJ” de 25.9.98; HC 74.678/SP, Rel. Ministro Moreira Alves, “DJ” de 15.8.97; HC 75.261/MG, Rel. Ministro Octavio Gallotti.

e municiar a todos os envolvidos com razões de justificação e fundamentação das possibilidades de solução do caso concreto, o que se obtém através de todos os momentos da lide, avaliando-os em face do plexo axiológico que informa o sistema jurídico e a Sociedade Democrática de Direito que o constituiu, bem como através do que chamamos de prova judiciária.

Fix-Zamudio lembra que “avec ce droit constitutionnel d'action, les Constitutions d'Amerique consacrent, avec une certaine ampleur, le droit à la defense en justice, considéré comme un droit inhérent à la personne humaine et inviolable” (FIX-ZAMÚDIO, 1973, p. 65), dando conta, pois, que na própria América Latina o tema dos direitos processuais constitucionais já vem sendo considerados como fundamentais à condição de sujeito de direito contemporâneo, isto desde a década de 1960³².

Na jurisdição alienígena da mesma forma a orientação segue esta senda, na medida em que, a título de exemplificação, a experiência italiana dá conta de que a garantia constitucional por ela deferida em termos de direito à tutela jurisdicional não se limita a proteger o abstrato direito de ação, tal como o concebe o direito processual moderno. Todo e qualquer embaraço ao exercício dos direitos substanciais ou aos interesses legítimos, seja no plano formal seja no material, configura denegação da tutela jurídica devida pelo Estado aos indivíduos³³.

O processo devido ou o justo processo, assim, tem de se mostrar idôneo a uma adequada atuação da garantia constitucional de justiça, de sorte que, nesse aspecto, é inconstitucional a lei ou o comportamento processual cujo efeito prático seja criar uma situação que, mesmo não impedindo o exercício do direito de ação (direito de acesso ao tribunal), cria tal desequilíbrio jurídico entre as partes que, *in concreto*, pré-constitui, ainda que de fato, o êxito do processo, subordinando-o praticamente à atividade processual de uma só das partes³⁴.

³² Tais informações podem-se encontrar também em Miranda (1979, p. 379).

³³ Conforme demonstra Comoglio (1990, p. 39).

³⁴ Como quer Comoglio (1990, p. 155).

Daí a sempre importante função dos princípios jurídicos sob comento, pois, tendo em conta a ideia de sistema jurídico como ordem global, e de subsistemas, como ordens parciais, podemos dizer que os princípios, enquanto normas, desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa. Aqui se entende sistema como a totalidade do Direito Positivo, e subsistemas, como suas ramificações estrutural-normativas, dentre os quais o processo é uma de suas espécies.

Além destes fundamentos, os princípios espelham e se vinculam ao ideário político, social e jurídico predominante num determinado tempo e espaço, ao mesmo tempo em que, em face de sua característica de aderência, eles operam sobre os comportamentos estatais ou particulares, determinando controles de constitucionalidade e infraconstitucionalidade permanentes (concentrado ou difuso).

Por fim, são os operadores do direito em geral é que temos de nos culturalizar em face desta nova ordem de normas regulatórias das relações processuais, contribuindo à efetivação das garantias fundamentais da sociedade brasileira.

13 REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios Constitucionais do Processo. **Revista de Processo**, nº. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ALVIM, Angélica Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades da Sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giusepe. **I Fondamenti Costituzionali della Giustizia Civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1999.

No Brasil, ver o texto de Theodoro Jr. (2000, p. 37-54).

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, nº 37, 1985.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las Partes en el Proceso Civil. **Revista de Processo**. v. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: José Aguillar, 1960.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo: Clássica, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Luiz Airton. **Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: Cartilha Jurídica, 1994.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La Garanzia Costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1990.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesual Civil**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

DANTAS, F. C. de San Tiago. **Igualdade Perante a Lei e o Due Process of Law: problemas de Direito Positivo, estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: **As Garantias do Cidadão na Justiça**. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.

DELGADO, José Augusto. Sujeitos do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 8, nº 30, 1983.

DELGADO, José Augusto. **Princípios Processuais Constitucionais. Revista AJURIS**, vol. 39. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1987.

FIX-ZAMÚDIO Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le proces civil en Amérique Latine. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. **Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil**. Paris: Dalloz, 1973.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Garantia Constitucional do Direito de Ação e sua Relevância no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. **Revista de Processo**. Vol. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Possibilidades procedimentais de controle dos conteúdos morais das decisões judiciais. **Revista Ajuris**, vol. 98. Junho/2005. Porto Alegre: AJURIS, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. Porto Alegre: Síntese. 1999.

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988. Revista de **Processo**, vol. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 5, nº 17, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, vol. 633. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. **A Reforma do Poder Judiciário**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1979.

MEAD, Hary G. **The Language of Morals**. London: Oxford, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MIRANDA, Jorge. **Constituições de Diversos Países**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e Instrução do Processo. **Revista de Processo**, vol. 37. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. Londrina: Editora Uel, 1998.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. Inovações na regência do recurso de agravo trazidas pela lei 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER,

Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis**. Vol. 09. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade do Processo de Conhecimento. **Revista de Processo**, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários a Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional - Princípios Constitucionais de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria Geral do Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANSEVERINO, Milton. **Procedimento Sumaríssimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

STC 115/2008, de 29 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-115.html>>. Acesso em: 25 out. 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A Sentença no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

THEODORO JR., Humberto. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela, no Direito Processual Civil. **Revista dos Tribunais**, Vol XXX, março 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

THEODORO JR., Humberto. Princípios Gerais de Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, vol. 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

THEODORO JR., Humberto. As garantias constitucionais do processo civil. **Revista de Jurisprudência Brasileira – JB**, vol. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TORRES PEREIRA JUNIOR, Jessé. **O direito à defesa na Constituição de 1988: o processo administrativo e os acusados em geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBE, Laurence H. **Constitutional Choices**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. **Constituição de 1988 e processo. Regimentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, José Rogério; TUCCI, Rogério Lauria. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Recebido em: 01/07/2011

Aceito para a publicação em: 20/07/2011