

## A INSTRUMENTALIDADE TÉCNICA DO PROCESSO

**Welington Luzia Teixeira**

Advogado

Mestre em Direito Processual – PUCMINAS

Doutorando (DI) em Processo - PUCMINAS

Professor Universitário

Diretor Tesoureiro do Instituto dos Advogados de MG

Assessor Técnico da Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Sumário: Introdução; 1- Processo x Procedimento; 2- Efetividade x Processualidade; 3- Princípios Institutivos do processo democrático; 3.1 Contraditório; 3.2- Ampla Defesa; 3.3- Isonomia; Conclusão; Referências Bibliográficas

### **Introdução**

Muito em voga nos dias de hoje, pela maioria dos nossos processualistas, capitaneados por Dinamarco, Cintra e Grinover, a busca pela efetividade processual que, para aqueles estudiosos, seria alcançada dentro de um ‘processo’ que fosse instrumento da jurisdição objetivando, através do provimento jurisdicional, a paz social.

Para tanto, tais processualistas não distinguem processo de procedimento e ao conceituar este mais confunde do que explica, eis que entendem que ele (o procedimento) não passa de uma seqüência de atos onde, um após o outro, atinge-se o ato estatal.

De acordo com esses pesquisadores, o que se deve buscar no processo é a certeza de que a decisão judicial será efetivada importando muito pouco a qualidade daquilo que foi decidido, e sim, o que foi obtido através dela.

Sob esse prisma, uma das principais características do processo democrático, a dialética, é relegada a segundo plano, já que a instrumentalidade das formas e a tão sonhada efetividade processual, não permitem, ou inibem, que os princípios institutivos do processo democrático (contraditório, ampla defesa e isonomia) sejam respeitados, fazendo com que os sujeitos do processo, os destinatários do provimento estatal, sejam meros espectadores de uma jurisdição autocrática.

Será sobre a instrumentalidade técnica do processo, as diferenças existentes e ignoradas pelos instrumentalistas entre processo e procedimento e os princípios institutivos do processo democrático que debruçaremos neste despretensioso artigo.

## 1 - PROCESSO X PROCEDIMENTO

No presente tópico, o objetivo é demonstrar por que a doutrina do jurista italiano Elio Fazzalari contribuiu, e muito, para a evolução dos estudos do direito processual e, principalmente, para enfatizar que tal doutrina avançou democraticamente em relação às demais, até então existentes, na sua visão de como o provimento jurisdicional (em sentido amplo, ato estatal) deve ser elaborado, em um Estado Democrático de Direito.

A doutrina de Bülow, de 1868, (seguida, até hoje, pela maioria dos processualistas brasileiros) conceitua processo como uma relação jurídica entre pessoas (autor, juiz e réu). Os seus seguidores (entre nós, os mais renomados Dinamarco, Cintra e Grinover) não conseguem distinguir processo de procedimento e, não raro, colocam o processo a serviço da jurisdição. Essa é, inclusive, a corrente dominante no Direito Processual brasileiro cujo maior expoente é Cândido Rangel Dinamarco, da chamada Escola Paulista de Processo ou, simplesmente, os instrumentalistas.

O maior avanço trazido pelos estudos de Fazzalari foi, exatamente, distinguir, o que os instrumentalistas não conseguem, processo de procedimento e de provimento, além de dar uma visão democrática à jurisdição colocando-a a serviço do processo e não esse daquela, como acreditam os instrumentalistas.

Para Fazzalari, regra geral, o processo é uma espécie do gênero procedimento, e esse, uma seqüência de atos que antecede o provimento que é o ato final da relação procedimental. Daí porque “*o processo é uma estrutura de fases lógicas, correspondentes às operações racionais da jurisdição. O procedimento, uma estrutura seqüencial, variável, de atos típicos daquelas operações*”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> RODRIGUES VIEIRA, José Marcos, *In Da Ação Cível*, Ed. DelRey, BH, 2002, pág. 80.

Mas não é qualquer procedimento que pode ser considerado processo. Aí reside, talvez, uma das maiores contribuições dos estudos daquele jurista. Somente o procedimento realizado em contraditório é que pode ser considerado processo. Donde se pode concluir, em Fazzalari, que não existe processo sem contraditório, contrapondo-se, via de consequência, à doutrina de Bülow, seguida pelos instrumentalistas brasileiros, que o processo é uma relação jurídica entre pessoas.

E os estudos e conclusões daquele jurista não param por aí. Para ele, não existe apenas o processo judicial. Em qualquer atividade estatal (legislativa e executiva) de onde pode ou deve emanar um ato estatal aquele procedimento, que irá redundar em ato final do Estado, deve ser realizado em contraditório, para nascer o processo.

É que, para Fazzalari, o ato estatal, ou provimento, surge da própria estrutura orgânica do Estado, pouco importado se do legislativo, executivo ou judiciário.

[...] se, in prima approssimazione, indichiamo come provvedimenti gli atti con cui gli organi dello Stato (gli organi Che legiferano, quelli Che governano in senso lato, quelli Che rendono giustizia, e così via) emanano, ciascuno nell'ambito della propria competenza, disposizioni imperative.<sup>2</sup>

Nessa teoria, o provimento estatal só se legitima se é precedido do procedimento, por que ele, o provimento, só terá aquele *status* se for antecipado, necessariamente, por uma série de atos previstos em lei.

Entretanto, não basta o procedimento sobre o império da lei para legitimar o provimento estatal. É imprescindível, sob pena de descaracterização completa daquele, da presença do interessado no ato final e que a sua presença, naquele procedimento, seja realizada em contraditório, marca umbilical dessa teoria, para alçá-lo à categoria de processo, conforme já dito.

Os atos praticados dentro de um procedimento devem estar ligados uns aos outros em uma relação de causa e efeito, sendo o ato anterior pressuposto daquele que o segue e assim, sucessivamente, até o ato final: o provimento estatal. Assim é que

Il procedimento si presenta, poi, come una sequenza de tai quali previsti e valutati dalle norme. Il procedimento va, infine, riguardado come una serie di facoltà, poteri, doveri, : quante e quali sono le posizioni soggettive.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> FAZZALARI, Elio, *Instituzioni di diritto processuale*, 8ª. Ed. Padova, Cedam, 1996. pág.7

<sup>3</sup> Obra citada, pág. 79.

Destarte, o provimento final, para não ser maculado, deve guardar estreita sintonia e conexão entre os atos que compõem o procedimento, haja vista, conforme já informado, que deve haver uma conexão lógica/jurídica/temporal entre um e o outro. Assim é que, por exemplo, não se pode determinar uma prova pericial se o réu está no prazo para contestar a ação, já que o ato de contestar segue a inicial e precede aquela prova guardando, com isso, conexão lógica/jurídica/temporal entre eles.

A alegação, linhas atrás, de que os instrumentalistas, capitaneados por Dinamarco, Cintra e Grinover, não diferem processo de procedimento e, ao conceituar esse, mais confundem do que explica, foi feita sob o fato de que aqueles ilustres processualistas assim se expressam:

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, a jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo.<sup>4</sup>

A diferença salta aos olhos. Enquanto os processualistas brasileiros, acima citados, enxergam o procedimento a partir da visão de processo, Fazzalari desenvolve, primeiro, a noção de procedimento para, só depois e com visão democrática, conceituar processo, como uma espécie de procedimento realizado em contraditório. O processo é fruto do procedimento; e não este daquele, para Fazzalari.

Daí porque pode-se concluir que é através do procedimento realizado em contraditório (processo), com a real participação dos interessados, em simétrica paridade, que o ato estatal irá ganhar legitimidade dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Inegável reconhecer que a teoria fazzalariana de processo e procedimento trouxe um avanço para a compreensão daqueles institutos, superando, assim, a doutrina de Bülow, criada em 1868, e acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, inclusive nas suas mais recentes reformas.

Acrescenta-se, ainda, que foi através de Fazzalari, e da sua teoria, que introduziu-se, pela primeira vez, a concepção democrática daqueles institutos, embalados pela noção de

igualdade e simétrica paridade entre as partes. Demais disso, não restringiu a figura do processo apenas ao âmbito judicial, estendendo-o ao legislativo e ao executivo.

Na visão de Fazzalari, e de todos os estudiosos modernos, o processo é indispensável ao Estado Democrático de Direito, porque é através dele que a cidadania poderá ser exercitada sem limitações, uma vez que a lei e o ato estatal estarão submissos a fatores de correição. Só através dele, do processo, poderemos chegar a uma sociedade livre, igualitária e aberta.

Gonçalves, na mesma linha acima, adverte que *no Direito Processual atual, concebido como sistema normativo, o processo já não pode ser reduzido a uma mera legitimação pelo procedimento, não porque se deva dispensar as formas, mas porque o processo já não é mais apenas um rito para justificar uma sentença.*<sup>5</sup>

Donde se conclui, sem margem para erro, que em Fazzalari, e em um Estado Democrático de Direito, o processo não está a serviço da jurisdição, e sim, essa daquele, e o ato de decidir não é um poder do Estado/Juiz, e sim, uma função estatal ligada aos seus Órgãos (judiciário, legislativo e executivo) e não a poderes judiciário, legislativo ou executivo.<sup>6</sup>

## 2-. EFETIVIDADE X PROCESSUALIDADE

Para a maioria dos processualistas brasileiros, a efetividade processual está diretamente ligada ao fiel cumprimento das sentenças judiciais, e na obtenção de um resultado prático no menor custo (dinheiro e tempo) possível. Com esse propósito mercantilista, aumentam os poderes do Juiz para se atingir a tão sonhada justiça social. Assim, acreditam eles que

O processo que lega ao novo milênio é o da efetividade, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 16ª. Ed. Malheiros, 2000, pág. 275.

<sup>5</sup> Gonçalves, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e Teoria do Processo, Aide*, 2001, pág. 181.

<sup>6</sup> Para aprofundamento sobre a doutrina de Fazzalari, remete-se o leitor ao brilhante trabalho de Leão Lara, Leonardo Augusto, Carvalho, Newton Teixeira de, Penna, Saulo Versiani, sobre *Processo, Ação e Jurisdição em Fazzalari*, in *Estudos Continuados de Teoria do Processo, Vol. V*, Síntese, 2004, pág. 243 a 346, Coordenação de Rosemiro Pereira Leal, de onde foram colhidas lições para a feitura deste tópico.

<sup>7</sup> Junior, Humberto Theodoro, A reforma do código de processo civil brasileiro. Revista do curso de direito da Faculdade de ciências humanas, UFMG, 2000.

Esse entendimento, de efetividade processual, está alicerçado sob uma visão estratégica, pois absorve a processualidade e a sua inerente dialética, colocando os sujeitos do processo como meros espectadores da ordem jurídica-política e o direito como fomentador do progresso econômico, técnico ou político.

Sem embargo do seu evidente equívoco, tais doutrinadores têm conseguido relevantes êxitos nas suas teses, eis que são elas que estão predominando no nosso direito processual, através dos procedimentos sumaríssimos, antecipações de tutela, sem ouvir a parte contrária, a passagem da cognição para a execução, juizados especiais como forma não de resolver conflitos, mas de acabar com o serviço do judiciário, da maneira mais rápida possível, sem a interposição de recursos: eis aí a efetividade processual dos instrumentalistas!

A busca por esta efetividade, a qualquer custo, está chegando às raias do absurdo, já que o judiciário, representado pela sua mais alta Corte, de maneira despudorada, já decidiu que:

*“Com efeito, não se negou, à parte recorrente, o direito à prestação jurisdicional do Estado. Este, bem ou mal, apreciou, por intermédio de órgãos judiciários competentes, o litígio que lhe foi submetido”.*

*“É preciso ter presente que a prestação jurisdicional, ainda que errônea, incompleta ou insatisfatória, não deixa de configurar-se como resposta efetiva do Estado-Juiz à invocação, pela parte interessada, da tutela jurisdicional do Poder Público, circunstância que afasta a alegada ofensa a quanto prescreve o art. 5º., XXXV, da Carta Política, consoante tem enfatizado o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal”<sup>8</sup>*

Este tipo de descalabro com o cidadão brasileiro só acontece porque o juiz não responde pelos seus atos, a não ser quando agir de forma dolosa. Ou seja, qualquer outro profissional, em caso de erro (negligência, imperícia ou imprudência), responde pelos seus atos, exceto o magistrado que ganhou liberdade total para errar ou negligenciar, conforme decisão acima citada.

Na verdade, o que os instrumentalistas não percebem, ou não querem perceber, é que o processo não está a serviço da jurisdição, ainda que essa possa ter escopos metajurídicos. No Estado Democrático Direito, o processo é conquista teórica do cidadão. Ele é um direito

---

<sup>8</sup> Agravo de Instrumento 660657/MG, Relator Min.Celso de Mello, em 30.05.2007, ainda não publicado.

fundamental. Destarte, não se pode dar mais importância *ao concretamente obtido* do que aquilo que foi *decidido*. Assim é que:

[...] ao predicarmos a efetividade como valiosa por si mesma, deixando de nos preocupar com a qualidade ou valor do decidido, dando prevalência à concreção do que foi decidido, pouco importando sua vontade ou valia. Desse prisma, mencionar-se efetividade da tutela e efetividade do processo é um modo de falar apenas sobre a necessidade (política) de se tornar incontrastável o ato de poder do magistrado.<sup>9</sup>

Na busca de segurança jurídica (previsibilidade) ou na tentativa de se emprestar uma abordagem positivista à decisão, não entendem eles que, para a legitimidade da decisão no Estado Democrático de Direito, o que se faz necessário é o constante retorno da normatividade legislada à processualidade, por meio do devido processo legal.

[...] exato será também se afirmar a absoluta inocuidade, para não dizer grave erro, de falar-se em efetividade do processo. A efetividade por que se deve propugnar, enquanto cidadão, é a da ordem jurídica positivada, único modo pelo qual o direito nas sociedades modernas é pactuado com segurança e pode ser identificado para decidibilidade dos conflitos. Preestabelecendo esquemas e modelos, definindo previamente diretivas e limites para erradicação do arbítrio na decisão dos conflitos, institucionaliza expectativas socialmente compartilháveis que emprestam previsibilidade e segurança à convivência social civilizada. Destarte, não é o processo que reclama, enquanto tal, efetividade, mas sim a tutela prometida, o ordenamento como um todo sistemático, para cuja efetividade torna-se indispensável o processo de produção do direito, não qualquer processo, e sim o devido processo constitucional.<sup>10</sup>

A democracia não é um sistema fechado e acabado. Ao revés, exige a participação de todos. O exercício do voto, por si só, não legitima um sistema que deve ser aberto. Assim sendo, uma decisão judicial só será legítima se os sujeitos do processo, os destinatários do provimento, tiverem participado da sua criação. A legalidade, unicamente, não é suficiente para validar a legitimidade que depende da discursividade, que só será encontrada no espaço da processualidade.

O paradigma democrático admite a falibilidade do sistema, que deve ser legitimado incessantemente, continuamente, por meio do devido processo legislativo e do devido processo legal regidos pelos princípios institutivos do devido processo constitucional. É o retorno da lei à processualidade jurídica, que garante a sua legitimidade normativa<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Passos, JJ Calmon de, *Cidadania e efetividade do processo*. Revista *Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, Síntese, ano 1, v.i, n 1, set.out. 1999, pág. 32.

<sup>10</sup> Passos, JJ Calmon de, *Cidadania e efetividade do processo*. Revista *Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, Síntese, ano 1, v 1, set/out. 1999, p. 34.

<sup>11</sup> Almeida, Andréa Alves de, *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*, in *Dissertação de mestrado apresentada na PUC/MG*, pág. 84.

Destarte, a busca incessante pela efetividade processual está acabando (ou inibindo) com a discursividade, que é inerente ao processo. Mais que isto, a instrumentalização do processo, nos moldes apregoados pelos instrumentalistas, está dilacerando com os princípios institutivos do processo democrático (contraditório, ampla defesa e isonomia), uma vez que tais garantias fundamentais têm sido relegadas para um segundo plano, em prol da famigerada efetividade processual, o que tem levado os próprios instrumentalistas a repensarem os seus pontos de vistas ou, ao menos, pensar no que já fizeram ou para aonde estão nos levando.

*“Gostamos de muitas das inovações que vêm sendo implantadas, como a tutela coletiva, a abertura para as causas de menor expressão econômica, as tentativas de simplificação e agilização implantadas pelas Reformas – mas isso é muito pouco porque ainda não definimos os caminhos a seguir nem o preciso modelo processual-judiciário de que precisamos. Não sabemos bem aonde vamos ou o que queremos. Envolvemo-nos em movimentos reformadores que vão das técnicas processuais mais corriqueiras aos grandes fundamentos do sistema, mas nos falta o rumo”.*<sup>12</sup>

O rumo é e sempre será o do devido processo legal, onde os princípios institutivos do processo democrático sejam respeitados e a legitimidade das leis e das decisões judiciais possam ser forjadas pelos destinatários do provimento jurisdicional, em conjunto com o juiz, levando-se em consideração a qualidade do decidido e não apenas o que foi decidido, no menor tempo possível, o que será abordado com mais vagar, a seguir.

### **3. PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO DEMOCRÁTICO**

Já se ressaltou no presente artigo que a teoria que vigora no Brasil sobre o processo é a da Escola Paulista de Processo – instrumentalista – baseada na doutrina de Bülow que conceituou o processo como relação jurídica entre pessoas (caráter de subordinação entre juiz, autor e réu) encampada por Enrico Tullio Liebman que a trouxe para o Brasil, fugindo da guerra na Europa, e que foi amplamente aceita por Alfredo Buzaid quando da elaboração do Código de Processo Civil em vigor no Brasil, com as alterações que lhe sucederam.

É bom lembrar, antes de se adentrar no estudo específico dos princípios institutivos

---

<sup>12</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *In Nova Era do Processo Civil*, Ed. Malheiros, 2ª. Ed. 2007, pág. 19.



do processo<sup>13</sup>, que por tal escola não há diferença entre processo e procedimento e os adeptos dessa teoria (Dinamarco, Grinover e Cintra, entre outros) *falam em princípios gerais do direito processual, numa mistura em que se agrupam num amontoado de conceitos, as características do processo, do procedimento e da jurisdição.*<sup>14</sup>

Como o processo alcançou, em todo o mundo civilizado e, por isso, democrático, contornos de garantia constitucional atingindo, assim, *status* de direito fundamental, o direito ao contraditório, ampla defesa e isonomia ganharam, por serem pressupostos desse mesmo processo, aquela mesma garantia. Daí porque, poder-se-ia dizer que

[...] como elementos jurídico-existenciais do PROCESSO, em sua base institutiva, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o PROCESSO em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. Como princípios jurídico-institutivos do PROCESSO, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, merecem estudo particularizado.<sup>15</sup>

### 3.1 - DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório, desde o direito comum, era considerado um símbolo dos direitos naturais, baseado, desde aquele tempo, em um *princípio de razão natural*, sendo, por isso, inerente ao processo.<sup>16</sup>

Com o passar do tempo, principalmente durante a vigência na Europa de Estados totalitários, o contraditório foi perdendo a sua força para o juiz que passou a ter amplos poderes na condução do processo e na elaboração do provimento.<sup>17</sup>

Essa fase de desprestígio do contraditório só começou a ser superada no pós-guerra para que a sua releitura pudesse vir a privilegiar a oralidade permitindo uma melhora da relação juiz/partes, objetivando a garantia de um efetivo diálogo dos sujeitos processuais, em todo o desenrolar do procedimento.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Sobre os princípios informativos do processo, ver Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo*, 4ª. ed. Síntese, 2001.

<sup>14</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo*, 4ª. ed. Síntese, 2001, pág. 102.

<sup>15</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo*, 4ª. ed. Síntese, pág. 103.

<sup>16</sup> Nunes, Dierle José Coelho, *O princípio do contraditório*, *Boletim Técnico da ESA/MG*, Vol.1, jan/jul.2004. pág.41.

<sup>17</sup> Nunes, Dierle José Coelho, obra citada, pág. 41.

<sup>18</sup> Nunes, Dierle José Coelho, obra citada, pág.41.

Apesar dos avanços obtidos, e a legislação a respeito ter acompanhado tal evolução, inclusive a do Brasil, o *princípio do contraditório é entendido tão-somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação.*<sup>19</sup>

O contraditório, como princípio lógico-jurídico de exercício de direitos e garantias fundamentais do homem, está assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Magna Carta, determinando que 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 elas inerentes.

Observa-se, portanto, que o princípio do contraditório é garantia constitucional, direito fundamental de qualquer cidadão. De observar, antemão, que trata-se de uma garantia e não de um ônus. *O contraditório é a oportunidade de participação paritária, e não de participação coativa.*<sup>20</sup> Sendo assim, o juiz deve disponibilizar tal direito ao demandante para que ele, querendo, faça uso. Prova de que é garantia, e não ônus o seu exercício, é o fato de que, quando um cidadão é citado para contestar determinada ação, o mandado judicial é expresso em adverti-lo que tal só se dará caso ele queira fazê-lo, no prazo legal, justamente por ser uma faculdade o comparecimento em juízo, e não uma obrigação. O contraditório torna-se obrigatório apenas nas ações que versarem sobre direitos indisponíveis.<sup>21</sup> No entanto, nas ações que não versarem sobre direitos indisponíveis, o não comparecimento redundará em ônus processual.

Carreira Alvim destaca que através do contraditório deve ser assegurada a defesa, não podendo ninguém ser condenado sem ela. O mesmo autor adverte, entretanto, que o contraditório é garantia de todas as partes e sempre que a uma for dada a oportunidade de

---

<sup>19</sup> Nunes, Dierle José Coelho, obra citada, pág.42.

<sup>20</sup> Gonçalves, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e Teoria do Processo*, aide, 1ª.ed.2001, pág.159.

<sup>21</sup> Trata-se dos chamados direitos da personalidade (vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, estado, etc) Quando a causa versar sobre interesses dessa ordem, diz-se que as partes não têm disponibilidade de seus próprios interesses (matéria penal, direito de família, etc). Mas, além dessas hipóteses de indisponibilidade objetiva, encontramos aqueles casos em que é uma especial condição da pessoa que impede a disposição de seus direitos e interesses (indisponibilidade subjetiva); é o que se dá com os incapazes e com as pessoas jurídicas de direito público. [...]As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesses regidos por normas de extrema indisponibilidade, como as penais e aquelas não-penais trazidas como exemplo (especialmente direito de família). Grinover, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. p. 30.

manifestar-se no procedimento idêntico direito deve ser concedido à outra, sob pena de ferimento daquele princípio.<sup>22</sup>

Entretanto, pode-se afirmar que não é suficiente a garantia da *realização da igualdade formal das partes*, é necessário que a todos os litigantes seja resguardada as condições de participar ativamente de todas as fases e atos do procedimento, até o provimento final, eis que são eles, juntamente com o juiz, que irão elaborar o provimento jurisdicional, uma vez que serão os destinatários dos *efeitos da sentença*.<sup>23</sup>

Sendo assim, pode-se dizer que o contraditório é *uma moeda de duas faces*: de um lado, o autor que, investido no seu direito subjetivo de acionar o Estado para as garantias do seu direito, requer um pronunciamento favorável às suas pretensões. Do outro lado da moeda, está o réu que, através do mesmo direito ao princípio do contraditório, irá, através dos seus argumentos e das provas carreadas aos autos, interferir no convencimento do juiz para impedir a pretensão do autor.

Pelo pouco que até agora foi falado sobre o princípio do contraditório neste trabalho, já se pode concluir que o juiz não é um contraditor. A sua função é de conduzir o procedimento, garantir o contraditório entre as partes e prolatar a decisão, uma vez que ele não é parte interessada no provimento. Entre ele e as partes não há interesse em disputa. O contraditório se passa entre as partes, porque é entre elas que há interesses em direções antagônicas.<sup>24</sup> Sem embargo, deve o juiz participar atentamente do processo, eis que sendo o contraditório um princípio jurídico é obrigatória a submissão do juiz a ele, devendo ele *adotar as providências necessárias para garanti-lo, determinar as medidas necessárias para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo*.<sup>25</sup>

Entretanto, e ao contrário do que muitos pensam, o contraditório evoluiu e hoje ele não pode ser visto como a mera garantia de dizer e contra-dizer. A efetivação do contraditório depende da simétrica paridade nas oportunidades de participação das partes na construção do provimento jurisdicional. Em outras palavras: o provimento jurisdicional é um trabalho de várias mãos e mentes: juiz, autor, réu e intervenientes, quando fôr o caso.

Assim é que

---

<sup>22</sup> Alvim, José Eduardo Carreira, *Elementos de teoria geral do processo*, RJ, Forense, 1998, p.180

<sup>23</sup> Gonçalves, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e teoria do processo*, RJ, Aide, 1992, p. 108.

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.<sup>26</sup>

Destarte, o contraditório não se exaure na contestação, estendendo-se, via de consequência, a outros atos processuais. Sendo assim, não se pode, sob o sempre alegado argumento de que o procedimento já está *maduro* para receber a decisão, negar a uma parte a tomada de uma providência se essa se mostrar necessária para que o seu requerente possa interferir no convencimento do julgador, em seu favor.

Como foi dito inicialmente, a idéia do contraditório não é recente. RUDOLF VON JHERING deixou páginas memoráveis sobre a administração da justiça, na qual a primeira exigência era a da “justiça do processo”. Para ela, para essa justiça interna e intrínseca, a organização do processo deveria estar voltada, pois, no processo, era ela a primeira e também a única exigência essencial, perante a qual todas as demais, no processo, seriam secundárias. Essa justiça no processo é bem explicitada por VON JHERIN, quando fala das relações das partes no processo, que, com o juiz, terceiro e não parte, era, segundo entendia, de subordinação jurídica. Mas a relação entre as partes deveria ser caracterizada pela igualdade jurídica: devem combater-se com armas iguais e devem-lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz”.<sup>27</sup>

Esse contraditório, amplamente entendido, há de ser pleno e efetivo, indicando a real participação das partes (e intervenientes, se fôr a hipótese) na relação jurídica processual. A quem age e a quem reage em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de se obter a tutela jurisdicional, em paridade de igualdade e de condições.

André Cordeiro Leal, citando Aroldo Plínio Gonçalves, sobre a amplitude do contraditório ensina que:

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo possível.

---

<sup>24</sup> Gonçalves, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e teoria do processo*, RJ. Aide. 1992. p. 121

<sup>25</sup> Araújo, Marcelo Cunha, *O Novo Processo Constitucional*, Mandamentos, 2003, pág. 119, citando Aroldo Plínio Gonçalves.

<sup>26</sup> Júnior, Nelson Ney, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 6.ed. SP, 2000. p. 130.

<sup>27</sup> Gonçalves, Aroldo Plínio. obra citada, pág. 119.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.<sup>28</sup>

O princípio do contraditório, portanto, não se resume apenas a uma garantia de acesso ao debate jurídico inerente às partes litigantes - autor, réu, intervenientes e Ministério Público - e tampouco- é mera garantia de acesso ao processo para dizer ou contra-dizer, ou para, simplesmente, ter o direito de produzir esta ou aquela prova. Não. Como princípio do contraditório deve-se entender, também, a garantia de participação, em simétrica paridade das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os interessados, ou seja, daqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.

Nessa perspectiva, o princípio do contraditório manifesta uma série de implicações entre as quais assumem particular relevo na aquisição e na valoração da prova em vista da decisão sobre o fato.

O contraditório, assim, atua como garantia da parte de que tudo aquilo que ela provou ou alegou deverá ser levado em consideração pelo juiz, no momento do provimento jurisdicional. Vale dizer, o juiz não poderá desprezar aquilo que foi levado para o caderno probatório pelas partes, através do contraditório (alegações, contra-alegações, provas, etc), ao aplicar o direito, através, apenas, do seu livre convencimento, mas, conforme já dito, deverá se fazer valer de uma persuasão racional que implica, necessariamente e obrigatoriamente, sobejar os elementos constantes dos autos levando-os em consideração e decidir de maneira fundamentada, calcado na razão e não mais ancorado na certeza legal.

O iluminismo traz uma nova concepção do Estado e do próprio homem. Nesse ambiente histórico, seria mesmo inaceitável a manutenção do sistema da certeza legal. O instrumento utilizado pelo homem à investigação das coisas deixa de ser a vontade supostamente divina e passa a ser a razão, a qual passa a ser abordada como único meio de resgatar o homem daquilo que Kant chamava de minoridade.<sup>29</sup>

De nada adiantaria assegurar às partes o direito à prova se o juiz pudesse deixar de apreciá-la e valorá-la, no momento do julgamento. Donde se conclui que todas as provas e alegações das partes devem ser objeto de acurada análise e avaliação por parte do magistrado,

<sup>28</sup> Leal, André Cordeiro. Obra citada, pág. 85.

<sup>29</sup> Leal, André Cordeiro, obra citada, pág. 95, citando ABAGNANO, Nicola, in Dicionário de Filosofia.

sob pena de contrariedade ao princípio do contraditório e, porque não dizer, da nulidade do próprio ato sentencial.

Sobre a necessidade do juiz ter que levar em consideração as alegações e as provas trazidas aos autos pelas partes nele envolvidas, colhemos a lapidar doutrina que afirma:

Numa sociedade lingüisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade.

Assim, como se trata de um processo argumentativo, a construção da decisão jurisdicional, que importa na determinação da norma adequada a um do caso, assegurada num nível institucional, depende do entrelaçamento de argumentos e de perspectivas de interpretação acerca do caso concreto que não pode, por um lado, deixar de considerar os pontos de vista dos diretamente implicados, nem, por outro, se deixar reduzir à sua mera consideração.<sup>30</sup>

Sendo assim, o provimento jurisdicional deixou de ser, no Estado Democrático de Direito, um ato isolado do magistrado, um ato discricionário da sua parte levando-se em consideração, tão-somente, aquilo que ele vislumbrou dos autos, posições essas, não raras, calcadas em escopos metajurídicos e em posições pessoais ou discriminatórias. Ao revés, no paradigma do Estado Democrático de Direito,

que visualizamos como princípio, a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo e a declaração final do Estado, decorrente do poder de cumprir o dever de prestá-la, quando e se provocado por qualquer um do povo ou mesmo por qualquer órgão estatal, inserida na decisão, sentença ou provimento ali prolatados, jamais será um ato isolado ou onipotente do órgão jurisdicional, ditando ou criando direitos a seu talento, máxime se fundados na fórmula ilógica, inconstitucional e antidemocrática do “livre (ou prudente) arbítrio” do juiz, mas resultado lógico de uma atividade jurídica realizada com a obrigatória participação em contraditório daqueles interessados que suportarão seus efeitos<sup>31</sup>.

Daí porque não se pode conceber que ao juiz foi conferido poderes discricionários e que ele possa, através de interpretação unilateral, sem a participação constante das partes, tomar qualquer tipo de decisão, principalmente ancorado em cláusulas gerais que são passaportes para o arbítrio, para a jurisdição autoritária. Sendo assim, nos parece completamente desarrazoado o seguinte pensamento:

<sup>30</sup> Cattoni, Marcelo, Teoria discursiva da argumentação jurídica e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, texto inédito.

<sup>31</sup> Carvalho Dias, Ronaldo Brêtas de, *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*, ed. DelRey, pág.87/88.

*“Justamente para que o novo Código Civil seja duradouro e útil para cada um e a todos os destinatários, o juiz recebe poderes discricionários muito ampliados por meio da técnica de cláusulas gerais e conceitos indeterminados. O julgador não fica mais preso a esquemas formais predeterminados. Irá interpretar e reconstruir as cláusulas gerais quanto os conceitos indeterminados ao longo do tempo, atento às expectativas da sociedade da sua época, sem necessidade de o legislador ter de alterar o texto legislativo”*<sup>32</sup>

Sempre com o devido respeito, não se pode concordar com este posicionamento. É que, a estrutura procedimental do processo no Estado Democrático de Direito só se desenvolve, validamente, se observados os princípios institutivos do processo. É através do pleno exercício do contraditório, da ampla defesa e da isonomia que os sujeitos do processo podem contribuir para a construção do provimento jurisdicional, no Estado Democrático de Direito provimento esse que, como já foi visto, não é obra isolada do juiz e sim decisão compartilhada entre as partes, através do efetivo exercício dos princípios acima elencados. Desta forma, pode-se afirmar que

O contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em *solitária onipotência* aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes.<sup>33</sup>

Assim é que, tanto na legislação francesa quanto na alemã, é defeso ao juiz fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele tenha levantado de ofício sem ter, antes, submetido-o às partes para as suas providências. Assim, impõe-se, também no Brasil, uma releitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo.<sup>34</sup>

Destarte, o contraditório explicita-se na efetiva oportunidade de manifestação da parte no procedimento. O conteúdo do contraditório é efetiva oportunidade de participação em iguais condições, em paridade de “armas”. Entretanto, numa visão mais moderna e democrática do processo, esse não pode mais ser visto como se fosse, apenas, o procedimento realizado em contraditório, como conceituou Fazzalari, uma vez que o contraditório há de ser princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento e não atributo consentido por leis ordinárias processuais, codificadas ou não.<sup>35</sup>

### 3.2 - DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

<sup>32</sup> LOPES, Caetano Levi, *in Os princípios Fundamentais do Código Civil de 2002 e seus Reflexos na Reforma do Processo Civil, In Execução Civil, Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*, Ed. RT. 2007, pág. 715. Coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr.

<sup>33</sup> Nunes, Dierle José Coelho, *obra citada*, pág. 51.

<sup>34</sup> Nunes, Dierle José Coelho, *obra citada*, pág. 44/45.

<sup>35</sup> Leal, André Cordeiro, *O contraditório e a Fundamentação das Decisões, No Direito Processual Democrático, Mandamentos*.2002. pág. 89.

O princípio da ampla defesa deve ser entendido como uma coextensão aos do contraditório e da isonomia. Isto porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório.<sup>36</sup>

Como ampla defesa não se pode entender a infinitude da sua produção, isto porque a defesa deve ser ampla, mas dentro dos limites da necessidade-viabilidade e, evidentemente, dentro do tempo legal exigido para a sua produção. Assim, não se pode confundir ampla defesa com dilação probatória indevida, sob pena de responsabilização das partes ou do Estado-juiz.

O que não pode haver é o encurtamento da defesa em busca da tão sonhada celeridade processual, uma vez que ela *deve ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimada) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente.*<sup>37</sup> Destarte, não é encurtando ou, em alguns casos, eliminando o tempo para que se possa produzir uma defesa ampla que se chegará a um processo célere. O tempo de duração de um processo em nada será afetado se uma defesa oral puder ser produzida em 15 (quinze) minutos. Ao revés, a defesa será altamente prejudicada se esse tempo for reduzido para 5 (cinco) minutos.

Assim, afigura-se completamente inconstitucional a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quando esta só autoriza a sustentação oral do Advogado pelo *tempo* de 5 (cinco) minutos. Não pode ser ampla, muito menos cômoda, a defesa se o tempo para exercê-la é dimuto. Inconstitucional, ainda, se afigura aquele texto legal quando faculta a participação do Advogado em determinados tipos de ação, quando deveria ser obrigatória a sua presença,<sup>38</sup> eis que a ampla defesa só se efetiva com a participação dos Advogados das partes na estruturação e elaboração do provimento jurisdicional. Demais disso, *a lei dos Juizados Especiais é pródiga não em eliminar formalidades, sim em descartar garantias das partes em benefício do arbítrio do magistrado, dando prioridade às urgências do Poder Judiciário, pressionado pela sobrecarga de trabalho que sua defeituosa institucionalização constitucional determina.*<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo, Primeiros Estudos, 5ª.ed. Síntese, pág.104.*

<sup>37</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo, Primeiros Estudos, 5ª.ed. Síntese, pág.104.*

<sup>38</sup> CF. Art. 133. O Advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

<sup>39</sup> Calmon de Passos, J.J. *A crise de Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos, Ed. Landy, pág. 12.*



A busca pela efetividade processual está tão obcecada que determinados juristas, acreditando que o autor, pelo simples fato de ter instaurado o procedimento, tem sempre razão, chegam a afirmar que ele é sempre prejudicado com a demora processual e que não se deve preocupar com o direito de defesa e que, nesses termos, o princípio da igualdade pode ser [...] *uma abstração irritante*.<sup>40</sup>

Evidentemente que uma afirmação dessas não pode ser levada a sério, principalmente quando sabemos que estamos vivendo, pelo menos em tese, em um Estado Democrático de Direito. Proibir a defesa ou, como querem, encurtá-la, é mecanismo próprio de Estados autoritários onde prevalece o procedimento inquisitório. Na verdade, tais doutrinadores não conseguem enxergar o processo como garantia democrática do povo. Ao revés, pensam que ele está a serviço (instrumento) da jurisdição e que, portanto, deve ser visto e praticado com um determinado fim para se alcançar determinado resultado (efetivo).

Acreditam, via de conseqüência, que

[...] todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim, é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual. Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade.<sup>41</sup>

A busca por essa efetividade, em um Estado Democrático de Direito, não pode induzir, ou abranger, a eliminação ou a redução das atividades processuais em flagrante violação ao direito fundamental da ampla defesa que, como já afirmamos, deve ser cômoda.

J.J. Calmon de Passos, preocupado com as constantes reformas processuais que visam, unicamente, a busca incessante pela tal efetividade e instrumentalidade processual, nos deu a lapidar lição que, pelo seu brilhantismo e alto grau de acerto, merece ser citada na íntegra:

Porque exacerbaram a litigiosidade e favoreceram o arbítrio. Essas duas coisas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a opinarem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido

---

<sup>40</sup> Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil*, SP, Malheiros, 1996, p.69

<sup>41</sup> Dinamarco, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, SP, Malheiros, 1998.pág.149.

pensado com boas intenções, na prática, justamente pela viscosidade da decantada instrumentalidade, transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar a expressão de um ilustre advogado paulista – faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elocubração para o nada. Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocrático modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica *instrumentalidade*, a que se casaram outras palavras mágicas – *celeridade, efetividade, desformalização, etc.* E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento.<sup>42</sup>

Como se não bastasse, a tão sonhada celeridade processual não tem o poder de extirpar do íntimo de qualquer das partes o sofrimento próprio da demora processual. Assim sendo, não é encurtando a processualidade e, via de consequência, a discursividade, que é a legitimadora da atividade jurisdicional, que o problema será resolvido.

Antes de pretenderem diminuir ou eliminar o tempo para uma defesa ampla, ou o tempo de um processo, em busca da sua efetividade ou celeridade, deveriam tais doutrinadores estarem pregando, pura e simplesmente, uma nova ordem processual para obrigar o juiz a dar celeridade ao processo, uma vez que, no vigente Código, os seus atos são *voluntariosos ou aleatórios, eis que não são preclusivos, já que não sofrem sanção automática ou endoprocessual pelo descumprimento do prazo legal.*<sup>43</sup>

Como se não bastasse a morosidade ao decidir, os privilégios concedidos ao poder público na concessão de prazos mais elásticos para a realização de um ato processual, vai de encontro à celeridade processual, o que deveria sofrer uma atenção maior por parte da doutrina e do legislador, eis que, tais regalias, atentam contra o princípio da isonomia que é, exatamente, o próximo assunto a ser aqui tratado.

### 3 3- DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

<sup>42</sup> Calmon de Passos, J.J., *A Crise do Poder Judiciário e as Reformas Instrumentais: Avanços e retrocessos*, in *Direito e Legitimidade*, Organizadores Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira, Ed. Landy, pág. 9.

<sup>43</sup> Almeida, Andréa Alves de, *A efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático*, in *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, Vol. IV, pág. 95, Coord. Leal, Rosemiro Pereira.

O princípio da igualdade apresenta origem na Revolução Francesa (Estado Liberal), com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que procurou abolir os privilégios que cercavam duas classes sociais: a nobreza e o clero.

Trata-se tal princípio de uma reafirmação do direito fundamental à igualdade e deveria nortear as relações jurídicas, devendo-se fazer presente para que as partes recebam tratamento igualitário e obtenham as mesmas oportunidades – simétrica paridade – no procedimento. O alcance do referido princípio não é apenas nivelar os cidadãos diante da norma legal posta. A própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.<sup>44</sup>

O princípio da isonomia é garantidor de igualdade procedimental, de igual tratamento. Sendo assim, não se pode falar que *dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida exata de suas desigualdades*.<sup>45</sup>

Tal assertiva parte de uma premissa equivocada, uma vez que no Estado Democrático de Direito busca-se a incessante igualdade procedimental para evitar, exatamente, o que está sendo apregoado pela doutrina acima citada, vale dizer: o privilégio de uma parte em detrimento da outra baseado, muitas das vezes, em critérios subjetivos ou, simplesmente, em favor legal que não encontra respaldo em um processo democrático que visa a igualdade procedimental dos litigantes.

Não é por outra razão que

a asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desiguais a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se opera pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual.<sup>46</sup>

Destarte, deve ser vetada distinção legislativa que, por diversas vezes, configura tratamento jurídico desigual. Não só perante a norma posta que se nivelam os indivíduos, mas a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas e, se por um lado, objetiva propiciar garantia individual, por outro tolhe favoritismos.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. SP. Malheiros.2001.

<sup>45</sup> Júnior, Nelson Nery, *Princípios do Processo Civil na CF, SP. Revista dos Tribunais*, 1992. p. 40.

<sup>46</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo, primeiros estudos*, 4ª.ed. Porto Alegre, Síntese, 2001, pág.104.

<sup>47</sup> Mello, Celso Antonio Bandeira, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª.ed. SP. Malheiros. 2001.

Tal dimensão da isonomia, respaldada pelo Estado Democrático de Direito, não pode ser compreendida conforme concepção aristotélica – tratar igualmente os desiguais e desigualmente os desiguais – na medida de suas desigualdades.

Esse pensamento, conforme acentua GALUPPO, foi desenvolvido por Aristóteles e refere-se à igualdade geométrica. Para a compreensão de igualdade geométrica, é importante entender o conceito de justiça distributiva, compreendida em dar a cada um conforme seu valor. Sobre justiça distributiva, destaca-se que:

Ela se baseia num princípio da igualdade geométrica, em que  $5/10$  equivale a  $4/8$ , que por sua vez equivale a  $1/2$ . Isso significa que os bens comunitários devem ser distribuídos de forma que quem valha para a comunidade 8, deva receber 4, enquanto quem valha 2, deva receber 1, afim de que tais indivíduos sejam igualados através desta espécie de justiça.<sup>48</sup>

Assim, cada um receberia de acordo com a sua virtude. A justiça distributiva aborda a questão de tratamento comparativo de indivíduos, assim compreendida em *dar a cada um conforme o seu valor (arethé), ou seja, proporcionalmente àquilo que cada um agregou à comunidade política*.<sup>49</sup>

Dessa concepção resultaria a idéia de que injustiça existiria num caso em que, havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior, ou melhor, do que dado ao outro.

Se assim pudesse ser concebido, o processo, direito-garantia, legitimador da atividade jurisdicional, poderia ser entendido como forma de pacificação social, com escopos políticos e metajurídicos,<sup>50</sup> realizados pelo juiz, desvirtuando sua função de possibilitar a formação dos provimentos pelas partes em contraditório.

Além disso, permitir o tratamento desigual a uma das partes, sob o fundamento de alcance de igualdade substancial, é tão-somente submeter o processo à jurisdição, esta entendida como o monopólio estatal na aplicação da lei. A simétrica paridade, é bom que se entenda, refere-se à igualdade processual, igual oportunidade de dizer e contradizer no processo, sem correlação com igualdade substancial. A simples discriminação sofrida por tais indivíduos já viola a Carta Política, cuja restauração exige propositura urgente de

---

<sup>48</sup> Gallupo, Marcelo Campos, *Igualdade e diferença – Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. BH. Mandamentos, 2002, pág. 40.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Dinamarco, Cândido Rangel, *A instrumentabilidade do processo*, SP. Malheiros, 1999.

procedimentos executivos por parte do Ministério Público para que todos possam fruir de direitos fundamentais, já elencados na CF a exigir, tão-somente, a sua execução (art. 5, inciso 1º, da CR/88)<sup>51</sup>

Ademais, conforme ensina LEAL, *é oportuno distinguir isonomia e simétrica paridade, porque esta significa a condição já constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados ao processo quanto à vida digna, liberdade e igualdade (direitos líquidos e certos) no plano constituinte do Estado Democrático de Direito.*<sup>52</sup>

A isonomia processual, pressuposto da democracia, afasta qualquer tipo de privilégio e proíbe quaisquer distinções não autorizadas pelo texto constitucional. Conforme já ressaltado, a Constituição da República de 1988 elencou a isonomia processual como princípio norteador de todo ordenamento jurídico. A partir do momento que uma lei, sob a justificativa de equiparar os sujeitos processuais, estabelece privilégios, passa a desrespeitar a isonomia processual, já que os efeitos produzidos pela situação fática são incompatíveis com o preceito determinado pela norma constitucional – igualdade de tratamento às partes no procedimento em contraditório.

Não se pode, portanto, deturpar o princípio da isonomia como querem alguns, uma vez que ele *não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do Procedimento.*<sup>53</sup>

Destarte, não se pode compreender o princípio da isonomia como garantidor de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais e sim que, através dele, princípio processual de primeira geração, poder-se-á atingir a igualdade (simétrica paridade) entre os economicamente desiguais, entre os física e psiquicamente diferentes e entre a maioria e minoria política, etc, eis que, processualmente falando, na democracia,

é inconcebível uma desigualdade jurídica fundamental, porque, se tal ocorresse, romper-se-ia com as garantias constitucionais do processo em seus princípios enunciativos do contraditório, isonomia e ampla defesa na produção, correição e aplicação do direito, inclusive do próprio direito processual. Daí, também, a inconstitucionalidade de diversos trechos do ordenamento

---

<sup>51</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*, Revista *Unijus*, pág. 44.

<sup>52</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo, primeiros estudos*, 5ª.ed. Porto Alegre, Síntese, 2004, pág.104.

<sup>53</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo, primeiros estudos*, 5ª.ed. Porto Alegre, Síntese, 2004, pág.103.

jurídico brasileiro que estabelecem prazos diferentes, foros diferentes, tratamentos pessoais e funcionais diferentes, para os sujeitos do processo.<sup>54</sup>

Sendo assim, é de todo inconcebível, na democracia, coexistir, no espaço procedimental, desigualdade jurídica entre as partes calcadas nas ações afirmativas ou no pseudo direito à diferença, eis que o princípio constitucional da isonomia é pressuposto processual da igualdade jurídica, que a todos iguala. Demais disso

a se considerar uma igualdade ou desigualdade extra-sistemático-processual, esta seria psíquica, física, cultural, estética, ideológica ou econômica, não isonomicamente juridificada e não acolhível no arcabouço da teoria processual do direito democrático (processo instituinte, constituinte e constitucional de direito).<sup>55</sup>

Pode-se concluir, portanto, que está intrínseco na isonomia a igualdade procedimental não ensejando, via de consequência, o tratamento diferenciado de quem quer que seja intra-autos, através das políticas públicas ou por meio de favores legais. O direito-garantia do processo deve ter, então, não somente a previsão do contraditório e da ampla defesa a fim de manter o espaço político assegurado. Devem o contraditório e a ampla defesa se desenvolverem de forma isonômica entre os participantes do processo, sob pena de ineficiência do espaço assegurado.<sup>56</sup>

Daí porque ser desarrazoada a idéia, vigente no nosso direito, de que o autor tem preferência intra-autos, pelo simples fato de ter sido o pai da demanda, vale dizer, a prática forense é repleta de exemplos de deferimentos de tutela antecipadas ao autor, sem a oitiva do réu, baseada na presunção de que ele, por ser o autor, possui o direito pleiteado.

Já foi dito, com a autoridade de sempre que:

“ Aliás, o texto da reforma esconde um resquício de quebra da isonomia (art. 5, CF), uma certa preferência pelo autor, em desrespeito à igualdade de tratamento das partes – por referir-se a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial,. Instituir-se-ia privilégio ao autor, como se sempre e indefectivelmente tivesse, por assim dizer, melhor direito. Se merece aplausos a técnica adotada do abuso do direito de defesa (porque litigante de má-fé não deve ser visto sempre o autor), no que a regra pode ter grande préstimo, todavia a alternativa de manifesto propósito protelatório do réu não pode ter o sentido de critério, por já apenado o

---

<sup>54</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Isonomia Processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas.*, Revista Jurídica UNIJUS, vol. 6. no.1. Ago.2003, pág.46.

<sup>55</sup> Leal, Rosemiro Pereira, *Obra citada.* pág. 47.

<sup>56</sup> Araújo, Marcelo Cunha de, *O Novo Processo Constitucional, Mandamentos*, 2003, pág. 141.

litigante de má-fé, em tal hipótese, além de que há situações em que o magistrado pode perfeitamente se iludir”.<sup>57</sup>

#### 4 – CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, pode-se concluir que a instrumentalidade técnica do processo, como ciência, é necessária para o bom andamento do procedimento. No entanto, essa instrumentalidade não guarda nenhuma relação com a efetividade desse mesmo processo, eis que o que requer eficiência (cumprimento) é o provimento jurisdicional e não o processo que é garantia fundamental do cidadão não guardando nenhuma conexão jurídica com o cumprimento ou não da decisão judicial.

Tal efetividade processual é cobrada, como foi visto, porque uma grande corrente de juristas pátrios confunde processo e procedimento, o que é inconcebível em um Estado Democrático de Direito, uma vez que processo é espécie de procedimento (gênero), realizado em contraditório entre as partes. Logo, não há falar em sua efetividade, e sim na garantia que todo e qualquer cidadão deverá ter de acesso a ele para, em contraditório, com direito a ampla defesa, em simétrica paridade e através de Advogado, construir o provimento jurisdicional com o juiz que, por sua vez, deverá decidir de acordo com a lei, com as provas e alegações produzidas nos autos, sem levar em consideração as suas convicções íntimas ou qualquer escopo metajurídico que a norma possa estampar.

No paradigma do Estado Democrático de Direito não tem espaço para a aplicação da norma com base, apenas, na sua validade. A legitimidade do direito moderno exige o seu constante e incessante retorno à processualidade jurídica para garantia da sua legitimidade normativa. É o povo, através do processo de criação e aplicação da norma, o seu único legitimador.

---

<sup>57</sup> RODRIGUES VIEIRA, José Marcos, obra citada, pág. 88.

## 5 – BIBLIOGRAFIA

Almeida, Andréa Alves de, *Processualidade jurídica e legitimidade normativa, Dissertação de mestrado apresentada na PUC/MG.*

Alvim, José Eduardo Carreira, *Elementos de teoria geral do processo, RJ.Forense,1998*

Araújo, Marcelo Cunha, *O novo processo constitucional, Mandamentos, 2003.*

Brêtas, Ronaldo, *Responsabilidade do Estado pela Função jurisdicional, Ed. Del Rey,2004.*

Cattoni, Marcelo, *Teoria discursiva da argumentação jurídica e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, texto inédito.*

Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo, 16<sup>a</sup>. Ed. Malheiros, 2000.*

Dinamarco, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo, SP. Malheiros, 1998.*

Dinamarco, Cândido Rangel, *Nova era do Processo civil, SP, Malheiros, 2007.*

Fazzalari, Elio, *Instituzioni di diritto processuale, 8<sup>a</sup>. Ed. Padova, Cedam, 1996*

Gallupo, Marcelo Campos, *Igualdade e diferença – Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. BH, Mandamentos, 2002, pág. 40.*

Gonçalves, Aroldo Plínio, *Técnica Processual e Teoria do Processo, Aide. 2001.*

Grinover, Ada Pellegrini, *O conteúdo da garantia do contraditório. As novas tendências do Direito Processual, Forense, Universitária, Rio de Janeiro, 1990.*

Júnior, Humberto Theodoro, *A reforma do código de processo civil brasileiro. Revista do curso de direito da Faculdade de Ciências Humanas da UFMG, 2000.*

Júnior, Nelson Nery, *Princípios do processo civil na constituição federal. 6ed. SP.2000*



Leal, André Cordeiro, *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões, No Direito Processual Democrático, Mandamentos, 2002.*

Leal, Rosemiro Pereira, *Teoria Geral do Processo. 4ª. ed. Síntese. 2001.*

Leal, Rosemiro Pereira, *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas, Revista Unijus.*

Leão, Lara, Leonardo Augusto, Carvalho, Newton Teixeira de, Penna, Saulo Versiani, *Processo, Ação e Jurisdição em Fazzalaria, in Estudos Continuados de Teoria do Processo, Vol. V, Síntese, 2004, Coord. Rosemiro Pereira Leal.*

Marinoni, Luiz Guilherme, *Novas linhas do processo civil, SP. Malheiros, 1996.*

Mello, Celso Antônio Bandeira, *Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade 3.ed.SP. Malheiros, 2001.*

Nunes, Dierle José Coelho, *O princípio do contraditório, Boletim Técnico da ESA/MG. Vol.1, jan/jul. 2004.*

Passos, JJ Calmon de, *Cidadania e efetividade do processo. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil. Porto Alegre, ano 1, v.1, set/out. 1999.*

Rodrigues Vieira, José Marcos, *Da Ação Cível, Ed. DelRey, BH, 2002.*

Santos, Ernane Fidélis dos, Wambier, Luiz Rodrigues e Nery Jr, Nelson, *Execução Civil, Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodor Júnior, Ed. RT, BH, 2007.*



