

8

RECONSTRUÇÃO DOS FATOS PELAS PARTES, NO JUDICIÁRIO, POR MEIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – UM REFORÇO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E À RACIONALIDADE DAS DECISÕES, NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Newton Teixeira Carvalho¹

RESUMO

Neste trabalho restará demonstrado que é possível legitimar as decisões judiciais desde que observado o devido processual legal, princípio universal que, se desprezado, torna as decisões inconstitucionais, podendo ser revistas, a qualquer momento. Ocorrendo esta hipótese não há que se falar, por conseguinte, em coisa julgada, eis que tal instituto exige, antes de tudo, que as questões sejam debatidas, no Judiciário, em igualdade de condições e com a observância da ampla defesa.

ABSTRACT

In this work, it will be demonstrated that it is possible to legitimate the judicial decisions as long as it is observed the due legal procedures, universal principle which, if ignored, turn the decisions

¹ Especialista em Direito de Empresa pela Fundação Dom Cabral. Mestre em Direito Processual Civil. Doutorando pela PUC/RJ. Desembargador da 13ª Câmara Cível do TJMG.

unconstitutional, able of being revised at any time. In the occurrence of these hypothesis, thus, there is no place for considering it judged as such institute requires the issues to be debated, first of all, in the Judiciary on equal terms and observing the full defense.

1. INTRODUÇÃO

A cultura brasileira é demandista por excelência. Assim, a utilização dos meios alternativos de resolução dos conflitos é um desafio que, pouco a pouco, vem conquistando espaço no Direito brasileiro e permitindo uma maior conscientização das partes no sentido de que o litígio nem sempre é o melhor caminho a ser percorrido. Poderá demorar demais; a sentença nem sempre agradará a todos. E, depois, o monopólio da Justiça, pelo Estado, ainda é uma ingerência incomoda na vida de todos nós e uma demonstração, cabal, de que não estamos suficientemente evoluídos, a ponto de, ainda no século XXI, haver necessidade de terceirização da solução de nossos desencontros a uma terceira pessoa, que age como representante do Estado.

Portanto, devemos superar, a bem de todos nós, essa nossa cultura demandista e nos conscientizarmos de que as soluções dos conflitos devem ocorrer, em um melhor espaço de tempo, se nos despirmos desse espírito belicoso e se estivermos pronto para ouvirmos o outro e chegarmos ao consenso, por meio do diálogo, prevalecendo o melhor argumento.

Porém, é utopia pensarmos, no momento presente, que ainda não precisamos mais da presença do Estado, para resolução de nossos conflitos. A litigiosidade sempre existirá, com relação a alguns assuntos e diante da ausência do espírito cooperativo, que deveria reinar em uma democracia, por meio da qual uma pessoa deveria estar apta a ajudar a outra e não em guerrear com o semelhante.

Assim e considerando que não é possível, no momento atual, afastarmos alguns de conflitos, da esfera judiciária, seja em que área especializada for, urge que legitimemos as decisões judiciárias para que, perante a sociedade, tenham eficácia e efetividade.

Por conseguinte, demonstraremos, neste trabalho, que é possível legitimar as decisões judiciais, desde que observado o devido proces-

so legal, princípio universal e que, se desprezado, torna as decisões inconstitucionais, podendo ser revistas, a qualquer momento e, em ocorrendo essas hipóteses, não há que se falar, por conseguinte, em coisa julgada, eis que tal instituto exige, antes de tudo, que as questões sejam debatidas, no Judiciário, em igualdade de condições e com a observância da ampla defesa.

Para tanto, socorremos de Elio Fazzalari, de Habermas, Ronald Dworkin, e de diversos autores mineiros, como José Alfredo de Oliveira Baracho, Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, Marcelo Campos Galuppo e André Cordeiro Legal, dentre outros, para demonstrar que há necessidade de que as decisões sejam prolatadas em um ambiente democrático com respeito ao princípio do contraditório.

2. DESENVOLVIMENTO

Preocupa-nos a exigência de uma rapidez na resolução dos conflitos, por meio do Poder Judiciário. É excelente sim que as demandas sejam resolvidas em um menor espaço de tempo. Porém, desde que não olvidado o princípio do devido processo legal, eis que, somente existirá processo, se o procedimento for realizado em contraditório.

Assim o processo é fator inerente ao Estado de Direito Democrático, situando-se, teleologicamente, não apenas no campo exclusivo do Direito Processual, mas, sim, no vasto domínio da Teoria Geral do Direito, onde se irradiará a todo o ordenamento jurídico estatal, apresentando-se imprescindível ao desenvolvimento de uma sociedade, livre, justa, plural e igualitária.

A sociedade na qual o processo não é reconhecido como garantia constitucional, componente necessário do complexo normativo e não ter tal instituição presença obrigatória na emanção de provimentos estatais que irão afetar interesses jurídicos dos administrados, seja no âmbito jurisdicional, administrativo ou legislativo, não se encontra sob a benção da democracia, mas, sim, à sua margem, sujeita a decisões de *imperium* e potestades governamentais de caráter arbitrário.

Assim e a partir de FAZZALARI não há que se falar mais em relação jurídica, ainda hoje admitida pela doutrina tradicionalista do Direito Processual, teoria essa concebida por Oscar von BÜLLOW,

em 1868, e que, no paradigma de Estado Democrático de Direito, passa a ter importância apenas histórica.

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, em simétrica igualdade entre as partes, concebida na Itália por FAZZALARI e entre nós, inicialmente desenvolvida por GONÇALVES, veio dar sequência ao ciclo evolutivo do direito processual, apesar da insistência de alguns operadores do Direito, preocupados mais na quantidade do que na qualidade, de não encampá-la.

Ademais, verifica-se, no Brasil, que a Constituição Republicana de 1988 traz expressamente a garantia do devido processo legal como direito fundamental (art. 5º, incisos LIV e LV), garantia essa somente compatível com regimes democráticos, eis que, nos regimes ditatoriais ou de exceção, há apenas uma garantia formal do processo.

O marco teórico, no Brasil, é a obra *Técnica Processual e Teoria do Processo*, do Professor Aroldo Plínio GONÇALVES, que define o processo como procedimento realizado em contraditório. Essa teoria foi recepcionada e aperfeiçoada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, que entende, atualmente, ser o processo instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process*, que abrange o direito material do *substantive due process* modulador dos procedimentos para assegurar efetividade.

É, ainda, alicerçado em Élio Fazzalari que afirmamos, neste diálogo, não ser mais correto entender a sentença como trabalho isolado e solitário do julgador, mas, sim, a síntese de um labor de todos os participantes do processo, como procedimento em contraditório. Portanto, não somos meros operadores dos direitos das famílias, mas, sim, o construímos, no dia a dia, por meio do processo, como procedimento em contraditório.

3. O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

HABERMAS (1997, p. 233) ensina que a Antropologia demonstra que o Direito precede o surgimento do Estado, tendo sido o de-

envolvimento do Direito arcaico que possibilitou o surgimento de um poder político soberano. Nesse momento, evidentemente, tem-se que o Direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente, mediante o poder político.

O Estado não é, “então, fim em sim mesmo, mas organização política da sociedade, normatizada pelo Direito, cuja finalidade é, em última instância, a concretização da liberdade”, conforme afirma Cláudia TOLEDO (2003, p. 110).

Evidentemente que a realização da liberdade somente poderá ocorrer se declarados, assegurados e exercidos os direitos fundamentais. O regime político capaz de garantir formal e materialmente tais direitos, é a democracia e, por conseguinte, o melhor tipo de Estado é o Democrático de Direito.

Assim, a implementação do Estado de Direito Democrático passa, necessariamente, pela ideia da autolegislação dos cidadãos, defendida, em tempos mais recentes, por HABERMAS (1997, p. 157), a exigir que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do Direito, por meio da teoria do discurso jurídico, a conferir força legitimadora ao processo de normatização.

Com efeito, o Estado de Direito é aquele que está apoiado no direito legítimo que, no positivismo legal democrático, consubstancia-se na permissão da plena discussão dos projetos de leis (método indutivo) com a escolha do presumivelmente melhor, que será a lei a ser aprovada (método dedutivo, a verdade posta), com observância, evidentemente, do devido processo legislativo.

A afirmação do Estado de Direito continuará no dia a dia, principalmente por meio da possibilidade de as partes, a qualquer tempo e por intermédio do processo, poder rediscutir o direito posto pelo órgão estatal competente. A verdade posta (Lei) poderá, por meio do processo, ser novamente questionada. Assim, afirmamos com CORDEIRO LEAL (2002, p. 106) que “a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes”.

O Estado de Direito persistirá através das motivações das decisões judiciais, pois o ato decisório deverá considerar a contribuição argumentativa das partes, acatando-a ou desprezando-a, eis que, conforme lembra CORDEIRO LEAL (2002, p. 106) reafirmando MÜLLER,² “No Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes ‘executantes’ ‘ausführenden’, Executivo e Judiciário, não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia.”

Ainda no dizer de HABERMAS (1997, p. 246) para haver Estado de Direito, há também necessidade de persistir a separação de poderes (funções) e que a legitimidade aflore na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade.

Ademais e como afirma HABERMAS (1997, p. 247), para haver Estado de Direito democrático, o Direito deve ser autônomo, a garantir tanto nos processos institucionalizados da legislação e da jurisdição, uma formação imparcial da opinião e da vontade, a consolidar a democracia.

Portanto, Estado Democrático de Direito é aquele que declara e também assegura direitos fundamentais que são positivados pelos cidadãos coautores do Direito que rege aquele Estado por eles organizado, isto é, são direitos advindos da soberania do povo. Na Teoria Discursiva de HABERMAS, o Direito no Estado Democrático é fundamentado nos direitos humanos (validade) e na soberania popular (facticidade). Nele, as pessoas não são apenas destinatários das leis, mais, sim, coautoras. A legislação advém do consenso discursivamente estabelecido ou da vontade da maioria obtida por meio do regime democrático.

Pelo exposto, verifica-se que, fundamental no Estado Democrático de Direito, é, também, a positivação dos princípios por meio de lei, tornando-se, dessa maneira, obra de todos e, por conseguinte, granjeando legitimidade e certeza jurídica.

² MÜLLER, Friedrich. *Quem é povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limond, 2000.

4. OS PRINCÍPIOS COMO NORMAS POSTAS PELO DISCURSO DA LEI

Os princípios de direito processual são considerados como fundamentais, a ponto de encontrarem recepção expressa no texto constitucional. Visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, a exemplo do princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*.

Na verdade, os diversos princípios do processo civil constante da Constituição, tais como o princípio do Juiz natural, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição,³ o princípio da motivação das decisões judiciais, não podem ser analisados em separados, eis que, a rigor, estão incluídos na amplitude da cláusula que dispõe sobre o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV).

Rosemiro Pereira LEAL⁴ entende que os princípios processuais podem ser classificados em duas ordens: institutivos e informativos do processo.

São princípios institutivos do processo, necessários ao estabelecimento de direitos e garantias constitucionalizados, assegurando, se-

³ Vigente, apesar de opiniões em contrário, no ordenamento jurídico, como princípio legal, em razão do Pacto de San José da Costa Rica, assinado e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 678 e *ex vi* do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Republicana. Aliás, o Brasil foi denunciado por violação dos arts. 1º, I; 8º, II, h, e 25, desta Convenção Americana de Direitos Humanos, porque, em uma das Varas Criminais do Foro Criminal de São Paulo, um cidadão, depois de condenado em regime fechado, fugiu da cadeia e, por conseguinte, o recurso foi declarado deserto, com base no art. 595 do Código de Processo Penal, de manifesta inconstitucionalidade, justamente por ferir o princípio do duplo grau de jurisdição. Portanto, em boa hora, tramita na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei destinado a revogar expressamente os arts. 594 e 595 do CPP, exatamente porque preveem hipóteses em que o recurso de apelação não será recebido. Confira, a respeito, DÓRO, Tereza. *O Direito Processual Brasileiro e As Leis de Platão*. Campinas: Edicamp, 2003, p. 108-111. Ressaltamos que a revogação do art. 595 do CPC somente ocorreu em 2011, por meio da lei n. 12.403.

⁴ LEAL, Rosemiro Perreira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. 4. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 102-104

gundo Rosemiro LEAL (2001, p. 103) “o exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais”: a) princípio do contraditório; b) princípio da isonomia; e c) princípio da ampla defesa.

São princípios informativos do processo, aqueles que se caracterizam variáveis logicojurídicos dos princípios institutivos, que não devem ser estudados como se representassem princípios gerais do Direito Processual, pois denotam maior amplitude:⁵ a) princípio da oralidade; b) princípio da publicidade; c) princípio da lealdade processual; d) princípio da disponibilidade e da indisponibilidade; e e) princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Na verdade, as garantias constitucionais do processo (princípios processuais institutivos ou informativos) são, conforme veremos abaixo, o desenvolvimento analítico do devido processo legal que, incluído em texto democrático-constitucional, exige (garantia de todos), sempre, o devido processo constitucional.

O princípio fundamental do processo civil brasileiro, a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é exatamente o devido processo legal, expressão derivada da inglesa *due process of law*, positivada, no Brasil, somente com o advento da Constituição da República de 1988 e incluída entre as garantias dos direitos individuais fundamentais (CF, art. 5º, LIV e LV).

Na dimensão processual, o devido processo constitucional garante às pessoas igualdade de tratamento, com destaque à garantia da prévia defesa, com iguais oportunidades para a prática de todos os atos processuais e observância do contraditório. Portanto, é a Constituição Republicana de 1988 que acabou, por vez, com a chamada relação jurídica processual ao assegurar aos litigantes o contraditório e a ampla defesa.

5. INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A tese do processo como procedimento em contraditório, a nosso sentir, apresenta uma evolução doutrinária em relação ao conceito de processo como relação jurídica.

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 4. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 105.

A relação jurídica processual assemelha-se à figura da relação de direito material, dogma civilista do século XIX presente no ordenamento jurídico e cuja característica primacial seria a presença do credor enquanto titular do direito subjetivo e do devedor como responsável pelo cumprimento do dever legal, ligados entre si por um vínculo obrigacional.

Transportando o conceito de relação jurídica ditado pelo direito material para o âmbito da ciência processual, vemos sua total incompatibilidade.

Com efeito, não se pode admitir no processo que determinado sujeito – interessado – exija do contrainteresado o cumprimento de um dever jurídico ou prestação. O que se verifica são interesses opostos manifestados em contraditório, criando, em cadeia sequencial, ato após ato, o provimento final, o qual, por consequência, irá afetar a esfera jurídica de um dos interessados, impondo-lhe o encargo previsto na norma, enquanto “*cânone di valutazione di una condotta*.”^{6,7}

Contrapondo-se à tese do processo como relação jurídica, GONÇALVES apresentou argumentos bastante convincentes de que o conceito bullockiano encontra-se superado pelo reconhecimento do processo como procedimento em contraditório. Aduz o autor da obra *Técnica Processual e Teoria do Processo* que os conceitos de cunho liberal, da relação jurídica, são incompatíveis com a moderna ciência do Direito Processual, mormente após o surgimento da tese de FAZZALARI.

Segundo GONÇALVES, a presença do contraditório e a simetria de paridade na obtenção do provimento seriam incompatíveis com a figura da relação jurídica, onde prevalece a presença do vínculo obrigacional entre os sujeitos, em que o credor (interessado) poderia exigir do devedor (contra- interessado) a prática de conduta determinada,

O problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica. Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente, que ele é um

⁶ FAZZALARI. Op. cit., p. 45.

⁷ “Cânone de valoração de uma conduta” (tradução livre).

vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada.⁸

Continua GONÇALVES esclarecendo que “no processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual”.⁹

Em conclusão ao raciocínio apresentado e desprezando, de vez, a teoria da relação jurídica processual, GONÇAVES assevera que,

inexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre partes e o juiz, não há como aplicar ao processo a figura da relação jurídica que, construída no século passado, fruto do individualismo jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito. (2001, p. 100)

Sem embargo, a doutrina processual brasileira ainda encontra-se vinculada ao conceito de processo como sequência de atos para obtenção de um provimento estatal. OVÍDIO defende significar o processo “*um avanço, caminhar em direção a um fim.*”¹⁰

Um dos conseqüências da compreensão inexata do conceito de processo seria o apego ao reconhecimento de que o processo é uma relação jurídica entre autor, juiz e réu, nos moldes desenvolvidos por BÜLLOW em 1868.

OVÍDIO, citando LIEBMAN, ainda reconhece a natureza de relação jurídica ao processo, pois, segundo o autor, “é possível, portanto, admitir-se que o processo configure efetivamente uma relação jurídica complexa, diversa, sem dúvida, da relação jurídica própria do direito material, como reconhece LIEBMAN”.¹¹

Não se nega o devido valor à teoria da relação jurídica em um contexto histórico para o desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, mas o que não se pode admitir é sua incontestabilidade enquanto teoria unânime no Direito brasileiro.

⁸ Op. cit., p. 97.

⁹ Op. cit., p. 98.

¹⁰ DA SILVA, Ovidio Batista. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. I, p. 13.

¹¹ Idem, p. 20.

Cabe ressaltar-se que ao estudarmos o Direito, sob o aspecto Democrático, temos de reconhecer o ordenamento jurídico como um todo homogêneo, dotado de normas complementares entre si, a fim de que a exegese jurídica seja obtida por critérios democráticos e inspiração constitucional, onde a prevalência de princípios regradados na Constituição se sobrepõe a conceitos isolados.

Com fundamento no raciocínio acima, é incontestável o reconhecimento de que a concepção de processo, como procedimento em contraditório, encontra-se, sobremaneira, mais afinada ao Discurso Democrático, que a teoria da relação jurídica de índole liberal, fruto de doutrinas do século XIX.

Vozes isoladas têm se levantado contra os esteios e tradicionalismos da teoria da relação jurídica do processo, apresentando, com firmes propósitos, argumentos convincentes e norteadores do Direito Democrático, representando a vinculação do processo principalmente ao Direito Constitucional.

A missão do processo enquanto instituto geral do Direito e sua classificação com base nas funções do Estado em que se encontra presente também é compartilhada pelo professor BARACHO, posto que,

o processo como fenômeno geral do Direito depende da natureza da função em que ele se coloca. A classificação dos tipos fundamentais de processos tem relação com a questão das funções do Estado. A idéia de processo aparece em todos os campos do direito, desde que ocorra um conflito de interesses que necessita ser resolvido.¹²

CATTONI DE OLIVEIRA, abordando a importância do processo e sua relação com a legitimidade do provimento, reconhece, na presença do processo, uma garantia do interessado, ao afirmar que “O processo jurisdicional é o instrumento através do qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem, nos termos analisados, direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional”.¹³

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 118.

¹³ Op. cit., p. 117.

O aspecto dialógico do procedimento é garantido por meio do contraditório, a permitir uma efetiva coparticipação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo dos provimentos. Assim, o procedimento, em contraditório, deve se desenvolver em obediência às garantias processuais constitucionais. Desprezadas tais garantias, a parte prejudicada deverá questionar a inobservância do devido processo legal, em preliminar, exigindo a pronta correção de rumo. Nota-se, por conseguinte, a importância do instituto da preliminar na manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

6. A SENTENÇA COMO PROVIMENTO FINAL PREPARADO PELAS PARTES EM CONTRADITÓRIO

A capacidade para agir do juiz (com exceção da incapacidade natural sobrevinda) advém da investidura no ofício, isto é, desde o momento em que ele foi aceito na ordem judiciária, normalmente por meio de concurso público. Mesma coisa diga-se com relação aos auxiliares permanentes (Contador, escrivão, escrevente, oficial de justiça, dentre outros) ou ocasionais, mas que também são regularmente nomeados, a exemplo do perito.

Certo é que o juiz, seus auxiliares e partes devem ter uma específica “legitimação” para poder cumprir os respectivos papéis em um determinado processo, isto é, sendo capazes e devidamente investidos, devem resultar habilitados a participar do processo, impulsionando-o rumo ao provimento por meio das faculdades, dos poderes e deveres.

Assim, a legitimação para participar de um processo (legitimação para agir), não poderá ser entendida apenas com relação às partes e deve também ser usada com relação à legitimação dos órgãos jurisdicionais, eis que eles também interagem durante todo processo.

O Professor Aroldo Plínio GONÇALVES comunga com o entendimento fazzalariano no parágrafo anterior encampado, ao afirmar

O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os ‘interessa-

dos', ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. (GONÇALVES, 2001, p. 120)

Portanto, há que se garantir, constitucionalmente, o contraditório, para que esse princípio não seja mera abstração e, por conseguinte, se materialize (direito-garantia constitucionalizado) no procedimento. A ausência desse princípio e dos demais instituidores do processo pode ser questionada, sempre, preliminarmente. Não há que se falar, nesse caso, em coisa julgada, a exigir, antes, a presença do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que existirá processo apenas se observados todos os seus princípios instituidores, previstos na Constituição e não apenas o contraditório, um dentre os demais (ampla defesa e isonomia) a definir, previamente, o que seja processo, na Constituição.

Também há que se entender, como bem ressalta Rosemiro LEAL,¹⁴ em desprezo à teoria instrumentalista, que “a jurisdição não tutela ou cria direitos vigentes, processuais ou materiais, pelo provimento; apenas reconhece, define” e, por meio do processo, na pós-modernidade, o povo tem a liberdade direta e permanente de rever, fiscalizar, construir, destruir, reconstruir ou modificar o ordenamento jurídico, isto é, o povo se sente como coautor, feitor e destinatário da norma jurídica, por meio de procedimento interacional.

Ressalte-se que há no processo uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento. Assim e por meio do instituto da preliminar, qualquer dos participantes do processo tem a possibilidade de questionar, durante o *iter* procedimental, a presença das garantias processuais constitucionais, regulamentadas pelo Código de Processo Civil, que, por conseguinte, não poderá desconhecê-las ou olvidá-las, principalmente no período de reformas pelo qual passa.

Assim e em razão da constitucionalização do princípio “devido processo legal”, o processo, na atualidade, advém da Lei Constitucio-

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 43, p. 231, 1º e 2º sem. 1999.

nal e, por conseguinte, o devido processo constitucional é fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes. O Estado Democrático de Direito é aquele capaz de zelar e conferir a qualquer pessoa o pleno acesso à justiça, mediante o devido processo constitucional.

O juiz, no curso do procedimento, deve atuar como agente legal saneador do devido processo constitucional, garantido a efetividade e a brevidade da tutela jurisdicional e constitucional, evidentemente sem desprezo aos direitos fundamentais.

O devido processo constitucional é a um só tempo o vetor (a matriz ou a bússola do processualista) e o princípio que congrega todos os princípios processuais em sua forma, em seu conteúdo (legal/semântico) e em suas particularidades. É por meio do devido processo constitucional que o processo passa da teoria à efetividade e novamente se faz teoria.

Ter assegurada a ampla defesa em juízo consiste, em última análise, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida na Constituição. O conceito do “processo legal” é considerado uma garantia fundamental das partes, da qual nenhuma lei o poderá privar.

7. CONCLUSÃO: OS FATOS RECONSTRUÍDOS, EM JUÍZO, ATRAVÉS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A afirmação do Estado de Direito faz-se, no dia a dia, por meio da possibilidade de as partes, a qualquer tempo e por meio do processo, poder rediscutir o direito posto pelo órgão estatal competente. A verdade posta (lei) poderá, mediante o processo, ser novamente questionada. Assim, podemos afirmar que a racionalidade da decisão somente será encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais, democraticamente elaborados, e na reconstrução dos fatos pelas partes.

Na verdade, entendemos que o acesso às funções judiciárias (Poder Judiciário) deve ser amplo, eis que é o percurso democrático indispensável à concretização de direitos fundamentais e à participação do cidadão na discussão de seus direitos, tornando-o copartícipe e influenciador na tomadas de decisões. A rapidez no julgamento não pode sobrepor, em hipótese alguma, ao princípio do devido processo legal.

Portanto, como processo é procedimento em contraditório, ausente esse princípio constitucional, está-se diante de mero procedimento. A partir daí, todos os atos praticados são nulos, eis que em ofensa ao devido processo legal.

Assim, toda e qualquer reflexão que envolva Direito e processo, realizada por intermédio da Constituição, deve, necessariamente, passar por uma releitura da relação entre Direito Constitucional e Direito Processual. Há que se entender que o Direito ganhará em legitimidade se amplamente discutido, em nível processual também.

O Estado Democrático de Direito é aquele capaz de zelar e conferir a qualquer pessoa o pleno acesso à justiça, mediante o devido processo constitucional, eis que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CR/88, art. 5º, inciso LIV).

Com efeito, a Constituição Republicana de 1988 encampou o princípio do devido processo legal, expressado por meio da ampla defesa, do contraditório e da isonomia entre as partes. Ausente o princípio do devido processo legal, o processo passa a ser mero procedimento e, por conseguinte, todos os atos posteriores são inexistentes. E, nessa hipótese, inexistência de processo, não há que se falar em coisa julgada.

Assim, para que haja processo, necessário é que as normas Constitucionais referentes a esse sejam rigorosamente observadas. Caso contrário, não se pode falar em processo. Estamos, no dizer de FAZZALARI,¹⁵ diante de mero procedimento, na ausência de contraditório.

Aliás, a importância do processo no Estado Democrático de Direito é tamanha, a ponto de a defesa da própria Constituição se realizar também pelo *processo*, seja por meio do controle difuso ou concentrado, seja por intermédio das chamadas ações constitucionais, a garantir os direitos fundamentais, eis que líquidos e certos. Portanto, restam frustradas, com a constitucionalização dos princípios processuais, todas as tentativas de substituir o *processo* por métodos autoritários e soluções administrativas.

Do exposto acima, verifica-se que *processo* existirá somente se observados os princípios constitucionais, todos necessários a dar

¹⁵ FAZZALARI, Elio. Op. cit.

forma a uma decisão realmente democrática, com a garantia de uma participação discursiva das partes na construção do provimento final.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BÜLLOW, Oscar Von. *La Teoria de Las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia e Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.1, n. 2, p. 106-112, 2º sem. 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DA SILVA, Ovídio Batista. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, vol. 1.

DÒRO, Tereza. *O Direito Processual Brasileiro e as Leis de Platão*. Campinas: Edicamp, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni Di Diritto Processuale*. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36. n. 143.

- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.
- JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Corso di Diritto Processuale Civile*. Milano: Dott.A. Giuffrè, 1952.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*. Edição 2001 Araras. São Paulo: Bestbook: 2001.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: DelRey, 2006.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVA, Nanci de Melo e. *Da Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, Nanci de Melo e. *Da citação no processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TOLEDO, Cláudia. *Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Landy Editora, 2003.