

O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais

C. A. Alvaro de Oliveira

1. A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., “a interpretação conforme à Constituição”) mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo.

Já no século XVII apreendera-se que o exercício da jurisdição constitui faceta importante do exercício do poder. Daí a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo Príncipe, de que é exemplo emblemático o chamado Code Louis¹.

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal². Basta pensar na

1 *Ordenance Civile du mois d'avril 1667*, denominada *Code Louis*. Nicola Picardi, *Il Giudice e la Legge nel Code Louis*, in *Rivista di Diritto Processuale*, L(1995):33-48, esp. p. 35-36, ressalta com razão que, com a instituição do *Code Louis*, o rei-juiz do constitucionalismo medieval passava a ser substituído pelo rei-legislador; o direito tornava-se reduzido à lei e a lei à vontade do soberano. Em consequência, a *iurisdictio* terminava por perder o caráter originário de poder soberano *tout court*, e, com sua imagem do julgar, era destinada a cobrir uma esfera de poder diferente do poder de legislar, tornando-se o último já a marca distintiva da soberania.

2 Ainda está por ser realizada, do ponto de vista sociológico, uma investigação que mostre como, na atual sociedade informática e globalizada, a difusão de modelos

permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

Significativamente, no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Júnior, o processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo “deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos.” Suprimir, assim, formalidades processuais pode constituir “ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federais”³.

Em obra diversa, adiantando lições de outras épocas, o grande mestre como que intuiu a íntima conexão entre o direito processual e constitucional, ao consignar que “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas”⁴.

culturais de forma instantânea pela televisão via satélite, pela internet, pelo rádio, filmes, ensaios, artigos, revistas, livros etc. poderá vir a aproximar mundos diferentes e até a homogeneizá-los e quando isso se tornará possível.

3 João Mendes Júnior, *A Nova Fase da Doutrina e das Leis do Processo Brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899, p. 120, apud José Frederico Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, Saraiva, 1959, p. 23.

4 João Mendes Júnior, *O Processo Criminal Brasileiro*, 2a. ed., vol. I, p. 8, apud José Frederico Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, cit., p. 21-22.

Antecipam-se desse modo, com grande descortino, futuras elaborações da doutrina europeia do século XX.

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais⁵, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado⁶.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Este último aspecto, ressalte-se, de modo geral é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de

5 Cf. C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 73-76 e 83-84. Sobre o fenômeno cultural e sua influência no processo, o ensaio pioneiro entre nós de Galeno Lacerda, *Processo e Cultura*, *Revista de Direito Processual Civil*, 3(1962):74-86, *passim*.

6 Assim, Hans Friedhelm Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168(1968):27-62, esp. p. 32. Idéia semelhante em Rudolf Pollak, *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes.*, 2a. ed., Wien, Manz, 1932, p. III, para quem o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional.

lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não.

2. No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais⁷, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana⁸. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo⁹.

A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente

7 É grande a incerteza terminológica a respeito. Fala-se em direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*, p. 157). Dou preferência à expressão "direitos fundamentais" não só porque já incorporada à tradição, como também porque expressa razoavelmente a concepção adotada no texto.

8 Assim, Konrad Hesse, apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7a. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 514. Ainda segundo Hesse, os direitos fundamentais, mais restritamente, são aqueles qualificados como tais pelo direito vigente. Consoante José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 159, os direitos fundamentais estabelecem os princípios consubstanciadores da concepção do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, designando as prerrogativas e instituições com que o direito positivo concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas.

9 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 1988, p. 8-10.

fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia¹⁰.

Essa nova universalidade busca subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de tríplice geração na titularidade de um indivíduo, que, antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é, pela sua condição de pessoa, um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade¹¹.

Relembre-se que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos. A terceira geração compreende os direitos da fraternidade, ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio

10 A busca da efetividade dos direitos fundamentais, bem assinala Serge Guinchard, *Droit processuel — Droit commun du procès*, em colaboração com Monique Bandrac, Xavier Lagarde e Mélina Douchy, Paris, Dalloz, 2001, p. 53-54, é o fenômeno mais marcante do final do século XX. Menciona ele o célebre aresto Airey vs. Irlanda, de 7.10.1979, em que a Corte Européia dos Direitos do Homem manifestou sua clara preocupação com a exigência “de proteger não mais de forma teórica ou ilusória, mas de forma concreta e efetiva”, os direitos fundamentais.

11 Cf. a linha de desenvolvimento traçada com mão de mestre por Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 526-527, com menção ainda a diversos outros documentos relativos a direitos humanos produzidos no século XX.

ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação¹².

3. No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Além disso, o § 1º do art. 5º da Constituição brasileira estatui de modo expresso que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Demais disso, já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio — mesmo daquelas consideradas meramente programáticas — como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes

12 Segue-se aqui a síntese realizada por Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 516-524. O grande constitucionalista ainda menciona a quarta geração dos direitos fundamentais: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, direitos esses da maior importância, como se vê, mas que escapam aos limites estreitos deste estudo (ob. cit., p. 524-526).

tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora¹³. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

Como se vê, cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos fundamentais como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão em face do Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização.

A questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa)¹⁴.

Por isso mesmo, em tal normatividade de caráter essencialmente principial encontra-se contida autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regra jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada¹⁵. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que,

13 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4a. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

14 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 448.

15 Assim, Issak Meier, *Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen*, in *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximem*, em colaboração

sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

4. Antes de analisar em espécie os direitos fundamentais que mais de perto dizem respeito ao processo — para depois procurar extrair algumas conseqüências práticas das premissas até agora estabelecidas —, importa ter presentes ainda três aspectos essenciais implicados na sua concepção, a seguir enumerados:

a) A já mencionada normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão.

b) A supremacia do direito fundamental: “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”¹⁶.

c) O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar

com Rudolf Ottomann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58. Na mesma esteira, observa José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”.

16 Cf. a expressiva formulação de Jorge Miranda, *Manual*, cit., nº 60-I, p. 282-283.

as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas.

Sob o último ângulo visual, o direito fundamental apresenta-se como norma aberta, a estabelecer pura e simplesmente um programa e afirmar certa direção finalística para a indispensável concretização jurisdicional, em oposição, assim, àquelas normas que contêm uma ordem positiva ou negativa, capazes de serem apreendidas pelo juiz de forma mais ou menos direta¹⁷.

5. De passagem, é interessante observar que embora a oposição entre regras e princípios seja cada vez mais tênue, na medida em que toda interpretação de texto, segundo a moderna hermenêutica, exige em maior ou menor medida um “fazer produtivo”, não se mostra correto afirmar que toda regra jurídica, por sua vez, contém em determinados limites uma norma de princípio¹⁸, o que de certa forma eliminaria a diferença qualitativa entre ambas as categorias, preconizada por Esser.

A aplicação concreta do direito fundamental, de qualquer modo, não se distancia radicalmente do processo de aplicação do direito em geral. Este, como tentei demonstrar em outra oportunidade¹⁹, apresenta-se necessariamente

17 Cf. Isaak Meier, ob. cit., p. 14. Segundo Joseph Esser, *Principios y Pensamientos Jurídicos Generales y Formas que Adoptan en el Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, p. 63-70, as regras contêm ordens diretas; os princípios, apenas critérios para a justificação de uma ordem.

18 Como sugere, Isaak Meier, ob. cit., p. 53-54.

19 C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, cit., p. 190-191.

como obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.

Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeadada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

Mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e idéias do próprio juiz.

Já Aristóteles havia constatado o fenômeno, quando tratou na sua *Ética a Nicômano*, momento clássico na história da *epieikeia*, das relações entre legalidade e equidade. Para o estagirita, “o eqüitativo, se bem é justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da justiça legal. A causa disso é que toda lei é universal e há casos nos quais não é possível tratar as coisas com exatidão de um modo universal. Naqueles casos, pois, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo exatamente, a lei

aceita o mais corrente, sem ignorar que há algum erro”. A equidade se prestaria, assim, para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso julgado: “tal é a natureza do equitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta”²⁰.

Cuida-se, bem entendido, de aplicar a lei com equidade, atividade conatural ao próprio ato de julgar, e não de substituí-la pela equidade. E nessa aplicação da regra ou do princípio, do direito *tout court*, o sistema funciona como língua, isto é, como sistema de regras de uso das palavras da linguagem jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e valorizados. Na verdade, os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas²¹. Daí a permanente necessidade de contextualizá-los, pela inserção no contorno específico fático da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios.

6. No concernente aos direitos fundamentais e aos princípios, a concretização realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento. Vale dizer que o seu conteúdo

20 Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, trad. esp. de J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.

21 Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón — Teoría del Garantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez *et al.*, prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995, p. 56. Também a correlação entre a língua e a linguagem interna do sistema é essencial para a teoria hermenêutica preconizada por Tercio Sampaio Ferraz, *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 231-281, assentada no teor da tradução.

só pode ser determinado diante de fatos específicos, considerando-se ainda que para essa aplicação são estabelecidos poucos limites, a não ser a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito. Em contrapartida, o conteúdo da regra está previsto na própria regra, com maior ou menor precisão.

Dito isso, podem ser estabelecidas algumas linhas de aplicação das normas infraconstitucionais na perspectiva dos direitos fundamentais.

Assim, em primeiro lugar, a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva. Vale dizer: o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional²².

Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação “conforme à Constituição”, mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante *interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito

22 A respeito, por todos, Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 473-480. Com uma visão sistemática da doutrina alemã e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional — O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 231-237.

fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau²³.

Outro aspecto a ser sublinhado, com repercussão imediata na vida das pessoas, é a determinação do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos valores e da determinação do que deva prevalecer para a justiça do caso, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável de hermenêutica²⁴. Aliás, além de conflituarem, os princípios podem também complementar-se ou delimitar-se entre si²⁵.

Na conhecida visão de Alexy, a otimização por meio dos princípios dá-se em consonância com as possibilidades

23 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra ed., 1991, nº 4.9, p. 143. Como bem ressalta Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 53, trata-se de “adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo.”

24 Humberto Bergmann Ávila, *Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*, *Revista de Direito Administrativo*, 215 (jan./mar.1999) :151-179, esp. p. 170, demonstra de maneira adequada tratar-se, na realidade, de postulado normativo-aplicativo, pois impõe uma condição formal estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas, condição essa de caráter normativo, instituída pelo próprio direito para a sua devida aplicação, na busca de realização integral dos bens juridicamente resguardados. Daí a definição do dever de proporcionalidade como “um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídico materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados” (p. 175).

25 Ressalta acertadamente Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3a. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 483, que os direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si.

normativas e fáticas. Normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem ou os complementam. Fáticas, porque o conteúdo dos princípios, para que se transforme em norma concreta, só pode ser determinado pela concretude fática do caso²⁶.

7. Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principiais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia²⁷. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial, também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito

26 Apud Humberto Bergmann Ávila, ob. cit., p. 159.

27 Por isso, afirma Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20a. ed. alemã por Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, nº 359, p. 288, que os direitos fundamentais requerem, em maior ou menor proporção, regulação da organização e do procedimento, e ao mesmo tempo influem sobre o direito de organização e procedimento, o que contribui para a sua própria realização e asseguramento.

fundamental²⁸. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a “(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental (...)”. O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria²⁹.

28 Assim, J. J. Gomes Canotilho, *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1990, p. 151-163, esp. p. 155, com amparo na sugestão do *status activus processualis*, formulada por P. Häberle.

29 Cf. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (ob. cit., p. 329-330 e notas 72 a 77).

Por outro lado, a dependência crescente de previsão e de distribuição estatal e por conseqüência o perigo crescente de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual, acaba por exercer influência decisiva no papel destinado ao direito processual. E isso porque os direitos fundamentais exibem acentuada força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel dos tribunais na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.

À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas³⁰.

8. Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade

30 Assim, Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 472, endossando entendimento nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre o ponto, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo*, cit., p. 65-66. De observar que um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988.

e da segurança jurídica³¹, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.

No primeiro grupo desponta fundamentalmente a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República).

É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.

Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais “teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”³².

31 Aspecto sublinhado com grande acuidade por Teori Albino Zavascki, *Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 64-65.

32 Arestos de 24.7.1968, no caso “lingüístico belga”, série A, nº 6, p. 31, §§ 3 *in fine* e 4; Golder vs. Reino-Unido, de 25.2.1975, série A, nº 18, p. 18, § 35 *in fine*;

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido “de empregar um recurso existente e disponível”, proibindo-se todo “entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal”³³.

Da mesma forma acentuou o Tribunal Constitucional espanhol que “(...) as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo”³⁴.

Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 136.1979, série A, nº 31, p. 15, § 31, apud Bertrand Fravreau, *Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice*, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11 e nota 3.

33 Arestos Levages Prestations Services vs. França, de 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, p. 1996-V, p. 1543, § 40, Brualla Gómez de la Torre vs. Agne, de 19.12.1997, § 33, Garcia Manibardo vs. Espanha, de 15.2.2000, apud, apud Bertrand Fravreau, ob. cit., p. 11 e nota 8.

34 Sentença 57, de 8.5.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela*, cit., p. 315. Adiante, ob. cit., p. 317, refere que o mesmo tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas num preparo de 327.846.

Também o fator tempo veio a ganhar papel de destaque nesse quadro, ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos premente do litígio. Daí a intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional se mostra inegável. Também decorre desse imperativo a necessidade de se estabelecerem mecanismos de uma duração razoável do processo e, mais do que isso, da efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas³⁵.

Por outro lado, a própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 1º, *caput*), constitui substrato capital para a segurança jurídica, na medida em que salvaguarda a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal, assegurando ao mesmo tempo elementos fundantes imprescindíveis a qualquer sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, o da divisão de poderes e o da legalidade³⁶.

35 Oportuna a recomendação de José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, São Paulo, RT, 1997, p. 146, *passim*, quanto à necessidade de serem adotados mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana, de aceleração do processo e de controle (jurisdicional) externo da lentidão.

36 Sobre o ponto, José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 103-108, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos*, cit., p. 82-85. Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional alemão (*BverfGE* 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas³⁷.

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal³⁸ (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas³⁹, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV),

37 Cf. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que ressaltam o emprego substancial desses conceitos tanto pelo juiz constitucional francês quanto pelo juiz ordinário.

38 Cezar Saldanha de Souza Júnior, em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem criticado essa forma de expressar a cláusula do *due process of law*, ao argumento de que *law* também é direito, propondo seja adotada a fórmula “devido processo de direito”. A sugestão certamente é adequada à função do princípio. Todavia, além de a expressão estar consagrada pelo uso, não me parece esteja equivocada a tradução, em vista de que, no seu primeiro emprego no Estatuto do Rei Eduardo III (1354), como informa Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition)*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, fazia-se referência expressa à lei: “saunz estre mesne en repons par due proces de lei”.

39 Para a Corte Européia dos Direitos do Homem, “consoante o princípio da igualdade de armas - um dos elementos da noção mais ampla de processo equitativo -, deve ser oferecida a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições tais que não a coloquem em situação de desvantagem em relação à outra”: Assim, v.g., arestos *Dombo Beheer B.V vs. Países-Baixos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, *Bulut v. Áustria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. França*, de 17.3.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlândia*, de 27.4.2000,

consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

9. À vista do exposto, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça⁴⁰.

Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais - efetividade e segurança jurídica - visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo.

Observe-se, finalmente, à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso.

apud Silvio Marcus-Helmons, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)*, in *Le procès équitable*, cit., p. 68.

40 Detecta o problema, insere-o na perspectiva constitucional e o resolve nos termos enunciados no texto Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 734-736.