

## Semana 2: Princípios processuais

A aula desta semana tem como objetivo refletir sobre a história do Processo Civil, sua teoria e o modo como os princípios processuais atuam no desenvolvimento da atividade jurisdicional. Basicamente, o processo se desenvolve em fases:

- 1. Praxismo ou sincretismo: não há distinção entre processo e direito material;
- 2. Processualismo: marcada diferenciação entre processo e direito material, com desenvolvimento de categorias próprias.
- 3. Instrumentalismo: ~~t~~Todo processo afirma um direito material e, por essa razão, é instrumento para a sua realização. O processo deve ser estudado, em teoria, e conduzido, na prática, sob essa perspectiva, não como algo neutro, que não sofra influência do resultado que busca produzir.
- A ideia de Carnelutti, abraçada por Hermes Zaneti, é que existe uma relação circular entre direito e processo: o processo influencia o direito material porque é ele que o produz. Só se pode conhecer perfeitamente o direito depois que ele é produzido, processualmente. Mas também não se pode conduzir o processo sem influência do direito material que se pretende produzir.

Há, contudo, quem defenda a existência de uma quarta fase, denominada neoprocessualismo, que incorpora as conquistas das fases anteriores, mas acrescenta a importância ~~de~~ que se deve dar aos direitos fundamentais na construção e aplicação do processo.

Nesse contexto, o processo recebe uma considerável carga de normas constitucionais abertas e de cláusulas gerais processuais, de baixa densidade normativa, mas que pretendem perpassar todo o sistema.

Para saber mais: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf> Veja especialmente as páginas 281-324.

Refleta sobre a seguinte questão: o processo é um instrumento para realizar direitos. Mas isso significa que o processo, por si mesmo, não cumpre uma finalidade?

## Princípios ou regras?

Princípios são normas jurídicas de caráter geral, estabelecidas explicita ou implicitamente, na Constituição ou na Lei, com a função de servir de parâmetro de interpretação das regras jurídicas.

Princípios não obedecem a uma lógica de “tudo ou nada”. Eles podem ser conflitantes sem que isso signifique que um está revogado ou será inaplicável.

O intérprete deve buscar conciliar, em cada caso, a aplicação dos princípios em sua máxima medida. Princípios são mandamentos de otimização (Alexy)

Dworkin, por sua vez, entende que, verificados os fatos que uma regra estipula, ou a regra é válida, e a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. Já no caso dos princípios, é possível falar apenas em importância (peso) de cada um deles no caso.

Humberto Ávila caracteriza os princípios a partir dos seguintes elementos:

1 – Os princípios promovem um estado geral de coisas, enquanto as regras prescrevem condutas que devem ser adotadas;

2 – A aplicação dos princípios depende da relação entre o dever que dele se pretende extrair e a finalidade nele prescrita. Na aplicação de regras, o intérprete demonstra apenas a correspondência entre a hipótese prevista na norma e os fatos sob análise.

3 – Os princípios podem contribuir parcialmente para a solução de casos, mas deles não é possível se extrair uma solução completa e específica, em virtude do seu grau de abstração. As regras são decisivas, têm a pretensão de prover a solução integral do conflito.

Didier define as seguintes funções para os princípios:

1 – Eficácia direta: função integrativa: o princípio, sem a intermediação de regras, determina um comportamento. (ex: aplicações atípicas do princípio da boa-fé). O “estado de coisas” definido pelo princípio é obtido pela aplicação direta dele mesmo.

2 – Eficácia indireta: aplicação do princípio mediada por regras ou por subprincípios. Ex: princípio do devido processo legal.

3 – Função interpretativa: o princípio é utilizado para prover a interpretação dos textos das regras.

4 – Função bloqueadora: o princípio é utilizado para impedir a aplicação de uma regra que, no caso, seria incompatível com o estado de coisas que se busca promover.

Para saber mais, veja a seguinte resenha: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002009000300013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013)

O devido processo legal

**O devido processo legal está expressamente consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição.**

**Origem: Magna Carta.** O Estado garante a todos os indivíduos o direito ao processo, de acordo com as regras estabelecidas na constituição e nas leis. Ninguém pode ser privado de seus direitos sem processo. Se aplica a todas as atividades estatais, inclusive, administrativas e legislativas.

**No CPC: Art. 1º** O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Polêmica: o devido processo legal substancial

A ideia de devido processo legal substancial (**substantive due process**) surge na Suprema Corte dos Estados Unidos, a partir do século XIX (Bloomer v. McQuewan, 55 U.S. 539 (1852)), para permitir que o Judiciário protegesse direitos materiais não expressamente previstos na (lacônica) Constituição e nas suas primeiras emendas, que compõem o **bill of rights** daquele país.

A Suprema Corte chegou a renegar essa possibilidade, posteriormente, nos Slaughter-House Cases e, nos anos 30, o conceito chegou a ser utilizado, debaixo de muitas críticas, na Lochner Era, referido como economic due process. A ideia, nesse momento, era obstar parte do New Deal.

Esse conceito econômico de devido processo acabou abandonado, mas o **substantive due process** prevaleceu.

A partir do caso *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), a Suprema Corte começou a extrair da cláusula do devido processo a proteção do cidadão contra a interferência do estado sobre sua integridade corporal, casamento, religião, concepção e criação de filhos e sexualidade. Em *Griswold*, por exemplo, uma norma de Connecticut que proibia os contraceptivos foi considerada inconstitucional, ainda que a Constituição não se refira expressamente ao direito à privacidade. *“The Court stated many years ago that the Due Process Clause protects those liberties that are “so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental”.*

Refleta sobre o seguinte questionamento: você acha que o Brasil precisa de um constructo do tipo do devido processo legal? Por quêe?

Há quem dê ao devido processo legal substancial uma configuração própria para o Brasil. Alguns consideram que o devido processo legal substancial é aquele que produz decisões materialmente justas. Há quem diga que o devido processo legal substancial é o fundamento constitucional das máximas da proporcionalidade e/ou da razoabilidade. Didier afirma que essa é uma contribuição original do pensamento jurídico brasileiro.

Quer saber mais sobre proporcionalidade e razoabilidade? Veja este [link](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf): <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>

Consideração final

A mim parece que o devido processo legal cumpre um papel instrumental ao direito material. Não se podem colocar considerações processuais acima dos direitos materiais das partes. No Brasil, as garantias processuais são recorrentemente utilizadas como formas de evitar a incidência das normas de direito material, com recurso à ideia de ampla defesa.

Um grave problema, contudo, é saber qual o limite do “devido” processo. O que é um processo devido?

Em realidade, processo devido é aquele que se desenvolve de acordo com as regras constitucionais e legais. Todos os conteúdos mínimos do devido processo, reputados pela doutrina internacional, no Brasil, estão garantidos em outros direitos fundamentais.

FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. In: University of Pennsylvania Law Review, n. 123, 1975, p. 1267, define os seguintes como sendo os elementos do devido processo:

- 1) um julgador imparcial,
- 2) ciência da ação proposta e de seus fundamentos,
- 3) oportunidade de apresentar argumentos de defesa,
- 4) oportunidade de produzir provas, inclusive, de apresentar testemunhas;
- 5) direito de conhecer as provas da parte contrária,
- 6) direito de inquirir as testemunhas da parte contrária,
- 7) direito a uma decisão fundada exclusivamente nas provas dos autos,
- 8) oportunidade de ser representado por advogado,
- 9) necessidade de registro das provas apresentadas e
- 10) fundamentação da decisão.

Quer saber mais? O texto integral de Friendly está disponível em [https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5317&context=penn\\_law\\_review](https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5317&context=penn_law_review)

Esses elementos me parecem descrever adequadamente o conteúdo do devido processo legal. Todavia, isso é pouco, uma vez que não indica qual a intensidade com a qual cada uma dessas oportunidades ou direitos podem ser utilizados. Como saber quantas oportunidades de provas, ou de defesa, ou quantas testemunhas etc.? Em um rumoroso caso criminal envolvendo um ex-presidente do Brasil, a imprensa noticiou que foram apresentados 78 recursos. Perceba: 78 recursos no mesmo processo. Isso estaria dentro dos limites da ampla defesa?

Em resumo, há dois extremos que devem ser evitados. O devido processo legal não é algo inútil, que só serve para dificultar a aplicação de lei, como pensam alguns. Mas também não é um fim em si mesmo, que construa um processo completamente inefetivo.

A virtude, em todos esses casos, está no meio. É preciso construir um devido processo legal capaz de permitir a aplicação eficiente das normas jurídicas, mas também capaz de garantir que as partes sejam tratadas com a devida dignidade em cada caso, reduzindo as possibilidades de erro.