

## A DIMENSÃO PROCEDIMENTAL DOS DIREITOS E O PROJETO DO NOVO CPC

José Miguel Garcia Medina<sup>1</sup>

MEDINA, J. M. G. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo cpc. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.* UNIPAR. Umuarama. v. 14, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2011.

**RESUMO:** Aborda-se, primeiramente, a concepção teórica do *status activus processualis*, a fim de visualizar o processo civil como um espaço em que se permita o exercício democrático de direitos pelas partes. Em seguida, a maneira como se dá a interação entre partes e órgão jurisdicional. Para, então, analisar as garantias processuais mínimas e a forma como são elas asseguradas e realizadas no projeto do novo Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil moderno. Princípios fundamentais. Garantias constitucionais. Garantias processuais. Projeto do novo Código de Processo Civil.

---

**Sumário:** 1. *Status activus processualis*. 2. Processo, interação e sensibilidade. 3. Direito fundamental à participação procedimental e construção da solução jurídica: 3.1 Sociedade, direito material e procedimento; 3.2 Normatização do procedimento e *déficit* procedimental; 3.3 Condições de validade e correção do procedimento. Garantias mínimas; 3.4 Garantia do contraditório e participação procedimental; 3.5 Motivação das decisões judiciais e conscientização recíproca dos sujeitos do sistema processual. 4. Considerações finais.

### 1. *Status activus processualis*

Os princípios e valores dispostos na Constituição Federal constituem o *ponto de partida* do trabalho do processualista.<sup>2</sup> A propósito, o art. 1.º do projeto do novo Código de Processo Civil prevê, textualmente, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”. Com

---

<sup>1</sup>Docente do Curso de Direito da UNIPAR - Umuarama - PR - josemedina@unipar.br

<sup>2</sup>Tratamos dos temas referidos no presente ensaio, realizando exame comparativo entre o CPC/1973 e o projeto do novo CPC, na obra *CPC – Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC* (Ed. Revista dos Tribunais, 2011, *passim*); e, sob outra perspectiva, na obra *Parte geral e processo de conhecimento*, escrita em coautoria com Teresa Arruda Alvim Wambier (coleção *Processo civil moderno*, v. 1, 2. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2011).

efeito, o jurista “não pode interpretar o direito contra os preceitos éticos, morais e, principalmente, democráticos” (NERY JR; NERY, 2006, p. 604).<sup>3</sup>

Esse panorama oferece-nos ao menos duas premissas, para o estudo do processo civil:

1.<sup>a</sup>) A atuação das partes e a função jurisdicional devem ser estudadas, a partir da compreensão de que o processo é um espaço em que devem se materializar os princípios inerentes a um Estado que se intitula “Democrático de Direito” (art. 1.º da CF);<sup>4</sup>

2.<sup>a</sup>) O processo é método de resolução de conflitos de que devem participar, ativa e racionalmente, as partes e o órgão jurisdicional. Para tanto, deve o processo oferecer instrumentos de proteção e realização dos direitos dos indivíduos, e ser, também, *espaço em que se permita exercitar democraticamente tais direitos*.<sup>5</sup>

Sem dúvida, além dessas, há outras premissas também importantes. Entende-se, porém, que não se pode falar em processo civil, sem a compreensão adequada *dessas* premissas que mencionadas.

A ideia de que o processo deve ser espaço em que se permita o exercício democrático de direitos pelas partes pode ser visualizada a partir do que a doutrina convencionou chamar de *status activus processualis*.

Para explicar as posições que o indivíduo ocupa frente ao Estado, Georg Jellinek (1982, p. 87) formulou teoria segundo a qual haveria quatro “relações de *status*”, que seriam o *status* passivo, o negativo, o positivo e o ativo.<sup>6</sup>

Pode-se dizer, seguindo esta teoria, que o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional, corresponde ao denominado *status* positivo (ou *status ci-*

<sup>3</sup>Tem o processualista o dever de observar os princípios democráticos, no exame crítico daquilo que doutrina e jurisprudência apresentam como solução para os problemas que afetam a vida das pessoas (a respeito, cf. Otavio Luiz Rodrigues Jr., Dogmática e crítica da jurisprudência, RT 891/65).

<sup>4</sup>“A tarefa do processualista”, assim, é, fundamentalmente, a de “objetivar a simplificação desse instrumento”, que é o processo (Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 26, p. 99), em atenção aos princípios e valores democráticos dispostos na Constituição Federal. O projeto do novo CPC procura simplificar as fórmulas procedimentais, eliminando focos de litigiosidade relacionados exclusivamente ao procedimento.

<sup>5</sup>Aproximadamente nesse sentido, cf. Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 28-29. Trata-se, naturalmente, de concepção que se impõe como a única correta, em um Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1.º). Cf. também, a respeito, Rosemiro Pereira Leal, *Processo e Democracia – a ação jurídica como exercício da cidadania*, RePro, vol. 161, jul. 2008.

<sup>6</sup>“In diesen vier *status*: dem passiven, dem negativen, dem positiven, dem aktiven erschöpft sich die gliedliche Stellung des Individuums im Staate”; *System der subjektiven Öffentliche Rechte*, Ed. Elibron, 2006 [reimpressão da ed. de 1892], p. 87). A respeito da teoria, cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 254 e ss. A doutrina mais recente vem tentando adaptar a teoria de Jellinek, concebida com vistas aos chamados direitos de primeira geração (*rectius*: dimensão), ampliando-a. É o que ocorre com a ideia que gira em torno do *status activus processualis*, de que se tratará adiante, no texto.

*vitatis*) (JELLINEK, 1982, p. 87).<sup>7</sup> Mas, o *status* positivo não esgota o papel das partes, no processo. No *status* passivo (ou *status subiectionis*) leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no negativo (*status libertatis*), a liberdade frente ao Estado. Assim, o *status libertatis* tem a ver com a faculdade de agir em juízo, que condiciona o início da atividade jurisdicional;<sup>8</sup> sob outra face, ao exercer o direito de ação a parte reclama do órgão a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (*status* positivo); mas o pedido apresentado pelo autor pode ser ou não julgado procedente, e a este resultado se submeterão as partes, o que é manifestação do *status subiectionis*.

Além destas formas de *status*, reconhece-se que as partes têm *status activus processualis*.

A partir da teoria concebida por Jellinek, a teoria do *status activus processualis* foi desenvolvida por Peter Häberle (1972, p. 43-131). Segundo este autor, o *status activus processualis* é a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à *participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos* (HÄBERLE, 1972, p.81).<sup>9</sup>

O *status activus processualis*, assim, corresponde ao direito de participar “no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos” (CANOTILHO, 2008, p. 73). Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, *consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo*.<sup>10</sup>

Não se confundem as situações em que se encontram as partes, no processo, frente ao Estado, no *status* positivo e no *status* ativo: além de poder *exigir do Estado a proteção jurídica* inerente ao direito material (*status* positivo), a parte deve poder *participar ativamente* do processo (*status activus processualis*) (ALEXY, 2008, p. 477 e ss.)

---

<sup>7</sup>No exercício dos direitos do *status* positivo, segundo Georg Jellinek, pode o indivíduo dirigir-se às instituições do Estado, que lhe garante pretensões positivas (“positive Ansprüche”) (op. cit., p. 87). Como afirma Robert Alexy, “o cerne do *status* positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais” (op. cit., p. 265).

<sup>8</sup>Consoante explica José Joaquim Gomes Canotilho, no caso impõe-se ao Estado o *dever de se abster* perante a esfera jurídica dos cidadãos (*Estudos sobre direitos fundamentais*, p. 77).

<sup>9</sup>“Er ist der Inbegriff aller Normen und Formen, die Verfahrensbeteiligung (einschließlich publizitätsvorschriften) der durch den Leistungsstaat in ihren Grundrechten Betroffenen regeln” (op.cit., p. 81). Para a análise desta concepção, cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Estudos... cit.*, p. 72-74; Robert Alexy, op. cit., p. 267 e ss. e 470 e ss.; Willis Santiago Guerra Filho, A dimensão processual dos direitos fundamentais, *RePro*, vol. 87, p. 166 e ss.

<sup>10</sup>Não se quer com isso dizer que as partes e o órgão jurisdicional necessariamente “decidem em conjunto”. Afirma Robert Alexy que “a participação cria juridicamente a possibilidade fática de uma influência no processo de formação da vontade estatal”, que, evidentemente, “é menos que uma competência jurídica para a co-decisão na formação da vontade estatal”, mas “tem claramente mais relação com a formação da vontade estatal que a competência de direito privado para celebrar um contrato” (op. cit., p. 483).

O *status activus processualis* tem importante papel, no Estado Democrático de Direito, já que por meio deste se assegura a plenitude das outras formas de *status*. O projeto do novo CPC reconhece-o expressamente, ao afirmar que “as partes têm direito de participar ativamente do processo” (art. 5.º do projeto do novo CPC). Não se pode afirmar ser “Democrático de Direito” o Estado, caso o processo seja avesso à participação ativa das partes. Este, a nosso ver, o ponto de partida do estudo do processo civil, e premissa para que se compreenda o projeto do novo CPC.

Devem, pois, todos os atos e fases do processo propiciar a participação procedimental das partes, a fim de que estas tenham condições de, ao pleitearem a proteção jurídica adequada a um determinado direito material, poderem influir no processo de formação da solução jurídica.

Diante dessa perspectiva, é importante compreender o *modo* como devem interagir as partes e o órgão jurisdicional.

## 2. Processo, interação e sensibilidade

Segundo nosso modo de pensar, dá-se o processo por meio da *interação* entre *partes e órgão jurisdicional*.<sup>11</sup> Não há, no caso, uma relação que se traduza em um simples “esquema de interdependência das posições ativa e passiva”, que sintetize os “poderes e atividades que as partes desenvolvem no processo” (ARIETA; SANTIS; MONTESANO, 1985, p. 901).<sup>12</sup> Não adotamos uma concepção tão restrita de processo. O *status* das partes, no processo, manifesta-se com diferentes conteúdos e estruturas, como se viu.<sup>13</sup> Não pode o processo ser considerado uma relação jurídica simples, simétrica e unidirecional, capaz de representar, *more geometrico*, os papéis que desempenham os sujeitos que a compõem.<sup>14</sup> O

<sup>11</sup>Parece adequado afirmar que a relação processual não se rege por normas de conduta, mas preponderantemente por normas de *competência*, sendo que, “quando se trata de competências, trata-se sempre também se sujeições” (Robert Alexy, *op. cit.*, p. 479, nota 147), sendo, portanto, uma relação de *subordinação* (e não de coordenação). A respeito desta concepção de relação jurídica, cf. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*, p. 165.

<sup>12</sup>Esta é a crítica de Giovanni Arieta, Francisco de Santis e Luigi Montesano, *Corso base di diritto processuale civile*, 3. ed., p. 90, ao tratarem da “crisi del concetto di rapporto processuale”. Na doutrina brasileira, semelhantemente, cf. Aroldo Plínio Gonçalves, *Técnica processual e teoria do processo*, p. 97.

<sup>13</sup>Cf. item precedente.

<sup>14</sup>Evidentemente, uma compreensão estreita do que seja relação jurídica pode impedir que se admita que o processo seja uma relação jurídica. Mas mesmo no âmbito do direito privado, há diversas relações jurídicas em que as partes não se encontram em relação linear e, como é evidente, mesmo o fenômeno jurídico contratual não se esgota na formação de uma relação jurídica. Nem por isso se pode negar que há, no caso, uma relação, e que tal relação é jurídica. Pode-se, de todo modo, dizer, que, quanto mais restrita a concepção de relação jurídica que se adote, mais difícil será emoldurar o processo neste conceito. Caso se entenda que relação jurídica é fenômeno abstrato, capaz de sin-

processo é relação jurídica complexa, dinâmica, bidirecional e circular, em que o comportamento de cada um dos sujeitos afeta e é afetado pelo comportamento dos outros etc.

Pode-se dizer que o processo é um *sistema interacional* (WATZLA-WICK; BEAVIN; JACKSON, 2003, p. 109), já que se desenvolve por intermédio da influência mútua entre partes e órgão jurisdicional, devendo ser definido, portanto, como uma *estrutura dialética* (FAZZALARI, 2006, p. 83).<sup>15</sup> O papel que o princípio do *contraditório* desempenha na relação processual, assim, é contundente. Deste princípio trataremos adiante.

No processo canalizam-se os anseios de entes que integram a sociedade, e tais entes manifestam no processo sua condição humana, social, econômica etc. Como o processo se desenvolve mediante da *interação* entre as partes e o juiz, isto é, por meio da *comunicação* que se deve dar entre as partes e o órgão jurisdicional (CARVALHO NETTO, 2001, p. 14), é imprescindível que tais sujeitos encontrem-se em condições *de compreenderem* e *de serem compreendidos* (cf., p.ex., art. 476, parágrafo único, do projeto do novo CPC). O primeiro passo para que isso ocorra é a percepção de que os sujeitos que compõem a relação jurídica não são abstratos, mas sujeitos concretos.<sup>16</sup> Com isso, queremos dizer, por exemplo, que o juiz, ao proferir a sentença, deve ter consciência de que, ao longo do desenvolvimento do processo, terá *conhecido* as partes e o contexto sócioeconômico em que se encontram inseridas, as *ouvido* e *entendido*. Deve, reciprocamente, manifestar-se de modo *a ser entendido*, e assim sucessivamente.

Vê-se que para a definição de processo não interessa apenas notar a relação existente entre os sujeitos, mas, também, a relação existente *entre os atributos* de tais sujeitos, e o modo como os sujeitos os exercem, no processo.

Sob uma perspectiva mais ampla, portanto, pode-se afirmar que o processo é um *sistema* integrado pelos sujeitos processuais e por seus atributos, em

---

tetizar as posições que os sujeitos ocupam (conceito que, a nosso ver, é inadequado), de fato não se poderá dizer que o processo seja relação jurídica. Preferimos dizer que o processo é *um sistema*, consoante se expõe no texto, embora não excluamos que se considere o processo relação jurídica complexa, dinâmica etc.

<sup>15</sup>Ensina Elio Fazzalari que “il riferimento alla struttura dialettica come a *ratio distinguendi* permette di superare progressi tentativi di definire il processo” (*Istituzioni di diritto processuale*, 7. ed., p. 83). Explica, ainda, o autor que “tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados” (*Instituições de direito processual civil*, p. 119-120).

<sup>16</sup>Sobre a importância da conscientização recíproca dos interlocutores de uma relação, cf. Enrique Dussel, *Ética da libertação*, p. 437 e ss.

que *interagem* as partes (no exercício de seu *status* positivo, ativo etc.) e o órgão jurisdicional. Estas relações (entre os sujeitos e entre os atributos dos sujeitos) dão coesão a este sistema, que é o processo.

Entendendo-se o processo como sistema, e tendo em consideração que em tal sistema relacionam-se não apenas os sujeitos, mas também os *atributos* de tais sujeitos, ganha vulto a preocupação com o *modo de agir* das partes e do órgão jurisdicional. É inegável, por exemplo, que expectativas (positivas ou negativas) criadas pelo órgão jurisdicional acabem por determinar reações das partes, no processo. O comportamento dos órgãos judiciais influencia significativamente o comportamento das partes, e estas, com seus atos, correspondem às determinações judiciais na medida em que os órgãos do Poder Judiciário despertam, objetivamente, a *confiança* das partes.<sup>17</sup> Como decidiu o STF, “os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico”, e incidem estes princípios “sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado”.<sup>18</sup>

O princípio da proteção da legítima confiança é considerado desdobramento do princípio da segurança jurídica<sup>19</sup> (ou, ainda, *dimensão subjetiva* deste princípio). A proteção à confiança, como um dos elementos constitutivos do Estado de direito, “se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos” (CANOTILHO, 2003, p. 264).<sup>20</sup> Com efeito, ausentes a segurança, a estabilidade e a previsibilidade, o Direito “se constituiria, de certa forma mesmo, até em fator de insegurança” (ALVIM, A, 1990, p. 19).

A variabilidade das orientações adotadas pelas decisões judiciais reper-

<sup>17</sup>Sobre o tema, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo, in José Maria Rosa Tesheiner *et al.* (coord.), *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil*.

<sup>18</sup>STF, MS 25805-DF, rel. Min. Celso de Mello (decisão monocrática), j. 22.03.2010.

<sup>19</sup>Cf. STJ, REsp 799.965/RN, 3.<sup>a</sup> T., j. 07.10.2008, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 28.10.2008, em que se decidiu que “o direito processual deve trazer segurança às partes”.

<sup>20</sup>Afirma ainda este autor, *Manual de direito constitucional*, 6. ed.: “Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ – legislativo, executivo e judicial” (ob. loc. cit.).

cute em “respostas” das partes e da sociedade, que poderão provocar a dilatação da litigiosidade, por meio de recursos contra as decisões judiciais ou do ajuizamento de novas ações. É natural, conseqüentemente, que, diante de entendimentos jurisprudenciais oscilantes, menor seja o grau de cooperação das partes, no sentido de cumprirem as decisões judiciais. Na medida em que os órgãos jurisdicionais falham na observância do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, reflexamente haverá “respostas” dos cidadãos a esta conduta estatal, seja interpondo recursos, seja ajuizando novas ações judiciais.

A coerência da jurisprudência, assim, é pressuposto inarredável para que as decisões judiciais despertem, nos cidadãos, a necessária confiança. Se os entendimentos jurisprudenciais se modificam rapidamente, a orientação dominante de algum dos Tribunais Superiores pode alterar-se em favor de uma das partes,<sup>21</sup> sendo compreensível, diante disso, que, enquanto não sedimentado um entendimento jurisprudencial, maior será a quantidade de descumprimentos das decisões judiciais,<sup>22</sup> maior será a quantidade de recursos interpostos às instâncias superiores etc.

Por isso, o projeto do novo CPC preocupa-se sobremaneira com a uniformização e a estabilidade da jurisprudência (cf. art. 882 do projeto do novo CPC). A construção de um sistema jurídico-processual racional requer não apenas instrumentos que possibilitem a realização imediata, mas, também, *segura* dos direitos, *sem instabilidade* (WAMBIER, 2008, p. 57 e ss.). Assim, a atividade jurisdicional deve orientar-se de acordo com o princípio da proteção da confiança do cidadão.

---

<sup>21</sup>Exemplo: a Súmula 263 do STJ (“a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”) foi enunciada em 08.05.2002 e publicada no *DJU* de 20.05.2002, p. 188. Durou pouco mais de um ano, tendo sido cancelada em 10.09.2003 (cf. STJ, REsp 443143-GO, 2.ª Seção, j. 10.09.2003, Rel. Min. Pádua Ribeiro, *DJU* 29.09.2003, p. 142) e, atualmente, o tema é regulado pela súmula 293 do mesmo Tribunal (“a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”), enunciada em 05.05.2004, publicada no *DJ* 13.05.2003, p. 183.

<sup>22</sup>Entendemos que a coerência da jurisprudência é pressuposto para o fortalecimento da autoridade do órgão jurisdicional. Não o é, contudo, o manejo de medidas coercitivas. Se é certo que a conduta da parte que, imotivadamente, deixa de cumprir uma decisão judicial, é merecedora de sanção, não menos correto é dizer-se que *tal punição deve ser coerente com a segurança e a confiança que a manifestação judicial desperta na parte*. Se necessário, o manejo, *in concreto*, da coerção, significa que a autoridade jurisdicional, em si mesma considerada, falhou. Como afirma Hannah Arendt, “a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesma fracassou” (*Entre o passado e o futuro*, 4. ed., p. 42).

### 3. Direito fundamental à participação procedimental e construção da solução jurídica

#### 3.1 Sociedade, direito material e procedimento

As normas processuais incidem de modo rente à realidade social e econômica dos povos. Houve intensas alterações sócioeconômicas nas últimas décadas do Século XX e no princípio do atual, que repercutem no Direito e, inexoravelmente, na estrutura do processo. Nesse período – que coincide com o surgimento da Constituição Federal de 1988, e, antes, do CPC (em 1973) e com as dezenas de reformas legislativas que este Código sofreu – a sociedade se desenvolveu e se diversificou intensamente, o que gerou o surgimento de valores que fizeram com que muitos dos princípios sociais tidos anteriormente como “verdadeiros” se tornassem obsoletos.<sup>23</sup>

Essa transformação repercute nos valores que passam a imperar, no ordenamento jurídico, dificultando a tarefa do legislador de incorporar, no texto das leis, a complexidade e a rápida evolução das instituições, tal como impõe a sociedade moderna. Por essa razão, o legislador se preocupa em elaborar normas que explicitem os *objetivos* do sistema jurídico, não mais se limitando a reger condutas (MARQUES, 2005, P. 94). Surgem, assim, normas jurídicas *ainda mais gerais*, que trazem em seu bojo noções de conteúdo variável (de conceito vago ou indeterminado), a fim de possibilitar, ao órgão jurisdicional, aplicar a norma

---

<sup>23</sup>Eduardo Melo de Mesquita, *As tutelas cautelar e antecipada*, p. 25 e ss., dá destaque a uma perspectiva pós-moderna do processo civil. Para alguns autores, a evolução recente destes valores pode ser identificada especialmente por três sintomas, que se apresentam nas mais variadas searas da vida social e repercutem, inevitavelmente, no processo civil. O primeiro desses sintomas é a *ansiedade*, pois interessa, às pessoas, a satisfação imediata, urgente, de interesses pessoais e individuais (André Gorz, *Misérias do presente, riquezas do possível*, p. 68), caracterizando-se a sociedade por apresentar “sempre mais exigências de resultados a curto prazo, fazer mais no menor tempo possível, agir sem demora: a corrida da competição faz priorizar o urgente à custa do importante, a ação imediata à custa da reflexão, o acessório à custa do essencial. [...] Donde a ideia de que a hipermodernidade se distingue pela ideologização e pela generalização do reinado da urgência” (Gilles Lipovetsky, *Os tempos hipermodernos*, p. 77). O segundo sintoma é a *frustração*, já que as instituições públicas em geral encontram-se cada vez mais frágeis e incapazes de demonstrar um rumo seguro para a satisfação dos interesses dos indivíduos (Slavoj Žizek, *Bem-vindo ao deserto do real*, p. 25 e ss.). Por fim, o terceiro sintoma da sociedade contemporânea é o *cinismo*, já que os indivíduos vivem a afirmar princípios em seus discursos que são negados em sua vida social (“espetáculo cerimonial”, a que se refere Gilles Lipovetsky, op. cit., p. 100). Não se pode, no entanto, afirmar que houve “a vitória definitiva do materialismo e do cinismo” (Pierre-Henri Tavoillot, no Prefácio à obra de Gilles Lipovetsky, cit., p. 8), pois nossa época é também “marcada por uma reconciliação inédita com os fundamentos humanistas” (Gilles Lipovetsky, op. cit., p. 99). Lembra Eduardo Melo de Mesquita, a propósito, os chamados “direitos de solidariedade”, bem como as “peculiaridades das minorias étnicas e éticas”, que, “embora com guarida constitucional, não encontram normatização ordinária satisfatória” (op. cit., p. 152-153).

jurídica, levando em conta as *peculiaridades de cada caso*, particularidades estas insuscetíveis de serem minuciosamente reguladas pelo legislador. Como afirmou Chaïm Perelman, “o recurso a uma noção vaga ou confusa aumenta, por esse próprio fato, o poder de interpretação daquele que deve aplicá-la” (*Ética e direito*, § 55, p. 675). Importante papel passam a desempenhar, também, as cláusulas gerais.<sup>24</sup>

Ao mesmo tempo, o sistema jurídico passa a dar mais relevo a *princípios jurídicos*. “O direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o *direito das regras dos códigos*; o direito do estado constitucional democrático e de direito *leva a sério os princípios*, é um *direito de princípios*”. Por isso, “o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na *metódica de concretização* do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes” (CANOTILHO, 2000, p. 84). Isso acaba significando, inevitavelmente, “um crescimento de poder para a justiça e uma ampliação de espaço de decisão judicial”.<sup>25</sup>

Na medida em que o ordenamento jurídico se apresenta permeado de normas pouco precisas e vagas, como o são as cláusulas gerais e os princípios, torna-se ainda mais importante o processo, já que é neste espaço que se dará a criação da solução jurídica precisa, ajustada às peculiaridades da controvérsia. “Sendo assim, é de se esperar, na medida em que aumenta a frequência com que se recorre a princípios para a solução de problemas jurídicos, o crescimento também da importância daquele ramo do Direito ocupado em disciplinar os procedimentos, sem os quais não se chega a um resultado aceitável, ao utilizar um meio tão pouco preciso de ordenação da conduta, como são os princípios. Isso significa também que a determinação do que é conforme ao Direito passa a depender cada vez mais da situação concreta em que aparece esse problema, o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para *orientar a ação* (grego: *pragma*) *daqueles envolvidos na tomada de uma decisão*” (GUERRA FILHO, 1997, p. 166 e ss.).<sup>26</sup> É natural, diante disso, que se assegurem, ao longo de todo o procedimento, garantias mínimas. Estas garantias mínimas decorrem do princípio do devido processo legal (*due process of law*, processo “justo” ou

<sup>24</sup>Sobre as cláusulas gerais, cf. Teresa Arruda Alvim Wambier, Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002: a função social do contrato, *Revista dos Tribunais*, v. 831, p. 59 ss.; Judith Martins-Costa, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, *Revista dos Tribunais*, c. 680, p. 47 ss.

<sup>25</sup>Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. 1, p. 305.

<sup>26</sup>Willis Santiago Guerra Filho, A dimensão processual dos direitos fundamentais, *RePro*, vol. 87, p. 166 e ss., item 3; g.n.). Cf. também, do mesmo autor, *Teoria processual da Constituição*, 2. ed., p. 33-34; idem, Significado epistemológico do conceito processual de Constituição, *RePro*, vol. 157, mar. 2008.

“equitativo”).<sup>27</sup>

### 3.2 Normatização do procedimento e *déficit* procedimental

Sendo tão complexas as teias do direito material, dificilmente procedimentos típicos ou fechados seriam adequados para a realização concreta dos direitos. Afinal, devem as regras processuais “guardar simetria com as regras de direito material” (ALVIM, A., 1990. p. 259),<sup>28</sup> isto é, *os direitos materiais devem comportar uma dimensão processual adequada a garantir sua eficácia*, o que impõe reconhecer a existência de um direito subjetivo ao processo adequado (*due process of law*), ao qual corresponde o dever do Estado de realizar eficazmente os direitos por meio do processo. Tem-se, assim, que a existência de um direito material implica automática existência, no plano do processo, de procedimento adequado.<sup>29</sup> Não sendo assim, se estaria diante de situação paradoxal: o direito material seria previsto abstratamente, mas seria irrealizável concretamente.<sup>30</sup>

Na medida em que se refinam os pormenores da vida social e do direito material, um sistema procedimental típico (ou fechado) revela-se ineficiente, o que acaba impondo a realização de *um ajuste* tendente a *especificar* um procedimento para o problema trazido pelas partes ao órgão jurisdicional.<sup>31</sup> Havendo *déficit* procedimental – isto é, caso à situação de direito material não corresponda procedimento adequado (CANOTILHO, 2008, p. 69 e ss.) – *o procedimento adequado deverá ser modelado pelo órgão jurisdicional, de acordo com os parâmetros oferecidos pelas partes*, já que a ausência de tal procedimento adequado à tutela do direito substantivo significaria a negativa de existência de tal direito. O projeto do novo CPC considerou este aspecto, ao menos ao prever, em seu art.

<sup>27</sup>Afirma Nelson Nery Junior que “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5.º seriam absolutamente despi-ciendos” (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*, n. 7, p. 42).

<sup>28</sup>Cf. também, a respeito, amplamente, Candido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo, passim*; José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo, passim*; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, RePro*, vol. 155, jan. 2008.

<sup>29</sup>Afirma José Joaquim Gomes Canotilho que “o que agora se pergunta não é se há direito ao processo/procedimento e ao correspondente dever do Estado, mas *como* definir, conformar e ordenar a dimensão processual dos direitos fundamentais” (op. cit., p. 79).

<sup>30</sup>Como afirma Robert Alexy, “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais” (op. cit., p. 473).

<sup>31</sup>O direito ao procedimento adequado, portanto, não se volta apenas contra o legislador. Como afirma Robert Alexy, “direitos a procedimentos podem ser tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais quanto direitos a uma determinada ‘interpretação e aplicação concreta’ de normas procedimentais”. Assim, “o direito a procedimentos como direito a proteção jurídica efetiva, nesse caso, tem como destinatário os tribunais” (op. cit., p. 474).

118, V, que incumbe ao órgão jurisdicional “dilatara os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

### 3.3 Condições de validade e correção do procedimento. Garantias mínimas

A Constituição Federal estabelece, entre as garantias fundamentais, o direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5.º, XXXV), à ampla defesa e ao contraditório (art. 5.º, LV), à duração razoável do processo (art. 5.º, LXXVIII) e, em outras disposições, refere-se a mais princípios, como o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX). Há ainda princípios que, embora não digam respeito exclusivamente ao processo, mostram-se, nesta seara, fecundos de consequências, tal como ocorre com o princípio da isonomia (art. 5.º, *caput*, I da CF/1988).

O projeto do novo CPC consagra tais garantias, não apenas a elas fazendo referência, mas também estruturando, pragmaticamente, o modo de proceder na construção da solução jurídica.

Pode-se dizer que todos estes princípios e garantias decorrem<sup>32</sup> da cláusula do *devido processo legal*, também textualmente referida no art. 5.º, LIV da CF/1988. Como se afirma na doutrina, “o conteúdo da cláusula, no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa, em juízo” (GRINOVER, 1973, p. 40).<sup>33</sup> Este princípio, que tem raízes no *due process of law* do direito norte-americano,<sup>34</sup> vem sendo amplamente estudada pela doutrina mais recente sob o título de “garantias de um *processo justo*” ou “*equitativo*”.<sup>35</sup>

As garantias referidas, que decorrem do princípio do devido processo legal, são consideradas *mínimas* (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 59 e 63), e constituem o ponto de partida para o estudo do sistema processual

<sup>32</sup>Ou, sob outra perspectiva, são seu conteúdo.

<sup>33</sup>No mesmo sentido, Nelson Nery Jr., *Princípios...* cit., n. 7, p. 42. Cf. também, a respeito, Humberto Ávila, O que é “Devido Processo Legal”?, *RePro* vol. 163, setembro/2008.

<sup>33</sup>Há ampla bibliografia a respeito (cf. o que escrevemos em *Parte geral e processo de conhecimento...* cit.).

<sup>34</sup>Como escreve José Roberto dos Santos Bedaque, “a Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso à solução jurisdicional dos litígios” (*Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*, Coord. do autor e de José Rogério Cruz e Tucci, Ed. RT, 2002, p. 17).

<sup>35</sup>Escreveu Elio Fazzalari que “il fondamento della giustizia civile si rinviene, ovviamente, nella Costituzione della Repubblica” (La giustizia civile in Italia, in *La giustizia civile nei paesi comunitari*, vol. 1, p. 257). Semelhantemente, para José Roberto dos Santos Bedaque, “constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual-constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade” (op. cit., p. 17).

positivo,<sup>36</sup> impondo ao processo e à sua disciplina algumas condições básicas de legalidade e de correção, operam tais garantias em todos os seus momentos ou fases.<sup>37</sup>

Assim, o princípio do contraditório e o dever de motivar as decisões judiciais passam a ganhar novos contornos, se compreendidas à luz deste contexto.

### 3.4 Garantia do contraditório e participação procedimental

Costuma-se dizer que a manifestação mais rudimentar do princípio do contraditório dá-se por meio do binômio “informação + reação”.<sup>38</sup> Afirma-se, também, que este princípio é decorrente do princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput* e II da CF/1988), já que, caso se permitisse ao juiz decidir considerando apenas os argumentos de uma das partes, sem dar à outra oportunidade de se manifestar, acabaria por tratá-las de maneira desigual.<sup>39</sup> Tal concepção é, hoje, considerada incompleta.<sup>40</sup> Modernamente, entende-se que somente se considerará atendido o princípio se propiciada às partes a *participação real e efetiva*

<sup>36</sup>A respeito, assim escreve Leonardo Greco: “O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos. Isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo. Afinal, o processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes ‘a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’” (op. loc. cit.).

<sup>37</sup>Arruda Alvim, *Tratado de direito processual civil*, vol. 1, Ed. RT, 1990; Nelson Nery Jr., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 134. Sergio La China afirma que “il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario che sia resa possibile!)” (*L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del Codice di Procedura Civile*, p. 394).

<sup>38</sup>José Frederico Marques escreveu que “o juiz não pode decidir, e tampouco impor restrições a qualquer das partes, sem ouvi-la devidamente, cumprindo-lhe, por outro lado, mantê-las, no curso do procedimento, em situação de igualdade” (*Manual de direito processual civil*, vol. 1, n. 314, p. 373). No mesmo sentido, cf. Enrique Vescovi, *Teoria general del proceso*, p. 54; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 218.

<sup>39</sup>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que esta concepção do princípio é “acanhada”, “dominante no século XIX” (Garantia do contraditório, in José Rogério Cruz e Tucci [coord.], *Garantias constitucionais do processo civil*, p. 135).

<sup>40</sup>STJ, REsp 421.342/AM, 4.ª T., j. 11.06.2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25.11.2002, p. 240. Na doutrina, cf., dentre outros, José Rogério Cruz e Tucci, *Lineamentos da nova*

na realização dos atos preparatórios da decisão judicial: “o princípio do contraditório, garantia constitucional, serve como pilar do processo civil contemporâneo, permitindo às partes a participação na realização do provimento”.<sup>41</sup>

Como se observou no texto supracitado,<sup>42</sup> o processo é sistema interacional, que se desenvolve dialeticamente. Assim, o princípio do contraditório concretiza-se por intermédio da participação das partes no processo, e do *diálogo* que deve ter o órgão jurisdicional com as partes.<sup>43</sup> Desta concepção do princípio decorrem várias consequências, como a de que não pode o órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes.<sup>44</sup> Reconhece-se que, mesmo em se tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se *ex officio*, deve o órgão jurisdicional, atento ao princípio do contraditório, ouvir a parte interessada,<sup>45</sup> evitando-se, com isso, a prolação de “decisão surpresa” para a parte, o que não se coadunaria com o princípio do contraditório.<sup>46</sup> O projeto do novo CPC, ao informar que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base

---

*reforma do CPC*, Ed. RT, 2002, p. 101; José Alexandre Manzano Oliani, *O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração*, p. 40 e ss.; Luis Alberto Reichelt, O conteúdo da garantia do contraditório no Direito Processual Civil, *RePro*, vol. 162, ago. 2008; João Batista Lopes, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 42 e ss.; Gilberto Gomes Bruschi, Breves considerações sobre o contraditório e a ampla defesa no processo civil, in *Direito civil e processo*, p. 1.026 e ss.

<sup>41</sup>Cf. item 1.

<sup>42</sup>Afirmando que o princípio do contraditório manifesta-se através da *obrigatoriedade de o juiz dialogar com as partes, antes de decidir*, cf. Giuseppe Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 2. ed., p. 9-10.

<sup>43</sup>Algumas legislações preveem isso expressamente. Por exemplo, o art. 3.º, n. 3 do CPC português dispõe que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Cf., a respeito, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do Rego, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, p. 32. Similarmente, a ZPO alemã prevê, no § 139, que o órgão jurisdicional somente pode decidir sobre alguma questão quando as partes tenham tido oportunidade de se manifestar em relação à mesma (ZPO, § 139, 2: “[...], wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat”). Cf., a respeito, Wolfgang Lücke, *Zivilprozessrecht*, p. 12-13; Wolfgang Grunsky, *Zivilprozessrecht*, p. 26-27.

<sup>44</sup>Similarmente, cf. Francesco Paolo Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. 1, 3. ed., p. 29; Andrea Proto Pisani, *Lezioni...* cit., p. 220.

<sup>45</sup>Cf., a respeito, Dierle José Coelho Nunes, O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa, in Fredie Didier Jr. (org.), *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*, vol. 1, p. 151-174. Diante do que dispõe o § 139 da ZPO, acima referido, afirma Othmar Jauernig que “as partes têm de poder exprimir os pontos de vista jurídicos em que o tribunal quer apoiar a sua decisão. Devem ser evitadas, assim, decisões de surpresa” (Othmar Jauernig, *Direito processual civil*, p. 143). Semelhantemente, segundo Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, a observância ao princípio do contraditório evita que ocorra o “deprecabile fenomeno” da “sentenza a sorpresa” (*Lezioni sul processo civile*, p. 78).

<sup>46</sup>STJ, REsp 18731/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª T., j. 25.02.1992, DJ 30.03.1992 p. 3995.

em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício” (art. 10, *caput* do projeto do novo CPC), incorpora, expressamente, esta dimensão do princípio do contraditório.

### 3.5 Motivação das decisões judiciais e conscientização recíproca dos sujeitos do sistema processual

Impõe o art. 93, IX da CF/1988, que devem ser “fundamentadas todas as decisões” proferidas pelo órgão jurisdicional, “sob pena de nulidade”. O projeto do novo CPC dá nova dimensão ao dever de motivar as decisões judiciais, ao afirmar que “não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 476, parágrafo único, do novo CPC).

A importância da motivação das decisões judiciais está em que: “1. oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz; 2. poder-se-á, também, por meio do exame da motivação da decisão, verificar da sua legitimidade; 3. por fim, a motivação garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes” (WAMBIER, 2005, p. 291-373). A decisão judicial sem fundamentação “agride o devido processo legal e mostra a face da arbitrariedade, incompatível com o Judiciário democrático”.<sup>47</sup>

O juiz, ao fundamentar a sua decisão, não deverá ocupar-se apenas de convencer as partes do processo e as instâncias judiciais superiores sobre o acerto de seu julgado. Sob uma ótica democrática, também a opinião pública, em maior ou menor grau, tem interesse no modo como o juiz administra a justiça (TARUFFO, 1975, p. 62 e ss.).<sup>48</sup>

Como se observou o sistema jurídico é permeado por normas conteúdo vago, cláusulas gerais, princípios jurídicos etc. Esta configuração exige, do órgão jurisdicional, *um modo peculiar de pensar o Direito*, vinculado não apenas à identificação da regra legal, em si mesma considerada, e à sua incidência, de

<sup>47</sup>No mesmo sentido, Sérgio Nogiri, *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, n. 1.4, p. 62 e ss.

<sup>48</sup>A respeito, afirma Martín Ostos que “de la posición del Juez em el proceso, de sus poderes y limitaciones, depende em gran parte el éxito del vehículo empleado para administrar justicia” (*Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, p. 25).

modo praticamente automático, em uma dada situação.<sup>49</sup>

Algo peculiar ocorre quando o juiz depara com os chamados *casos difíceis*. Nestes casos, *as soluções devem ser encontradas pelo juiz no sistema jurídico*, não podendo o juiz criar o direito “a partir do nada”: “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).<sup>50</sup> Mas há também, os casos “*trágicos*”, quando “não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral” (ATIENZA, 2002, p. 335). Para os casos difíceis, talvez seja possível encontrar a solução adequada, à luz do sistema jurídico, o mesmo talvez não podendo acontecer, em relação aos casos trágicos, em que a decisão tomará por base, quase que exclusivamente, um juízo de ponderação de valores, e não apenas de princípios conflitantes.

Nos casos em que a solução do problema passa pela incidência de um princípio jurídico,<sup>51</sup> impõe-se ao juiz, além de justificar a existência do princípio e sua aplicação, em um caso concreto, também demonstrar os motivos que o levaram a mitigar a incidência de outro princípio oposto.

Parte da doutrina afirma que o método de ponderação entre princípios colidentes não seria racional, o que favoreceria o subjetivismo e, até, a arbitrariedade na prolação de decisões judiciais fundadas em princípios.<sup>52</sup> Robert Alexy reconhece que um “sopesamento irracional” pode ameaçar a própria existência dos direitos fundamentais. Mas, em contraposição à crítica de Habermas, afirma que o sopesamento deve ser realizado com base em um *modelo fundamentado, e não decisionista*.<sup>53</sup> Mas Robert Alexy (1988, p. 151) admite a dificuldade, ao afirmar que “una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada”.

Ronald Dworkin, tendo em vista sua concepção mais restrita que a de Alexy quanto ao que seja um princípio jurídico, não admite que uma decisão seja tomada com base em *policies*, o que afasta a possibilidade de ponderação de *valores* jurídicos. A solução, segundo Ronald Dworkin, será aquela que *melhor*

<sup>49</sup>Cf. também, a respeito, Hart, *The concept of law*, p. 110 e ss.

<sup>50</sup>Talvez, mais precisamente, em tais casos deva-se referir a *valores*, ao invés de princípios. A questão é complexa, e escapa aos limites deste pequeno ensaio. A ele nos dedicamos com mais vagar em obra que se encontra no prelo, dedicada ao estudo dos princípios jurídicos.

<sup>51</sup>Assim, p.ex., Jürgen Habermas, ob. loc. cit.

<sup>52</sup>ob. cit., p. 165 e 598.

<sup>53</sup>Os problemas relacionados aos princípios e valores jurídicos na construção da solução jurídica, neste breve ensaio apenas referidos, são por nós examinados, com mais vagar, em obra que se encontra no prelo.

corresponder à Constituição, às regras jurídicas e aos precedentes. Enquanto, para Robert Alexy faz-se necessário recorrer a uma *ordem de valores* (escolhe-se o que tem “mais peso”), para Ronald Dworkin a escolha deveria considerar o princípio *adequado* ao ordenamento jurídico (escolhe-se “o adequado”).

A nosso ver, em qualquer caso, seguindo-se a ideia de Robert Alexy, acaba o julgador por decidir com base *em valores*, o que, evidentemente, dificulta que se fundamente objetiva e racionalmente a decisão judicial. Mas o critério proposto por Ronald Dworkin não oferece caminho mais seguro. Afinal, mesmo que se adote uma concepção mais restrita de princípio, ainda assim a “pesagem” de princípios colidentes será orientada por valores jurídicos que estão à base de um ou outro princípio (que dizer, p.ex., do conflito entre liberdade de expressão e direito à intimidade?).

De todo modo, lembra Dworkin que o juiz deve “decidir os casos difíceis com humildade” (DWORKIN, 2002, p. 203). A única saída, assim, parece ser a imprescindibilidade de a decisão conter uma *fundamentação diferenciada*.<sup>53</sup> O projeto do novo CPC, atento ao problema, assim dispõe: “Fundamentando-se a sentença em regras que contiverem conceitos juridicamente indeterminados, cláusulas gerais ou princípios jurídicos, o juiz deve expor, analiticamente, o sentido em que as normas foram compreendidas” (art. 477, parágrafo único, do projeto do novo CPC).

#### 4. Considerações Finais

Consideramos que a noção de direito à participação procedimental, a que nos referimos ao longo do texto, é essencial para a compreensão do projeto do novo CPC. Entendemos que o processo deve servir ao cidadão, e este deve ser reconhecido como o centro do processo.

Pensando nisso, o projeto do novo CPC assegura às partes o direito à participação procedimental, prevendo, em termos práticos, meios para que isso se materialize.

No projeto, foram inseridas regras (verdadeiros princípios) que demonstram haver sincronia entre suas disposições e as normas constitucionais. Afinal, não é mais possível compreender o processo civil, senão a partir das regras e princípios constitucionais.

O projeto reconhece que o processo não é mera relação de sujeitos abstratos, mas um verdadeiro sistema interacional de que participam sujeitos concretos. Assim, exige o projeto do novo CPC um maior comprometimento dos órgãos jurisdicionais em materializar esta aspiração, no sentido de compreender a realidade do cidadão que participa do processo, bem como de fazer-se entender.

Estes, assim, podem ser considerados os eixos fundamentais do projeto

do novo CPC: primazia do cidadão no processo; ser espaço em que as partes possam exercer democraticamente seus direitos; simplificação procedimental; viabilização prática (e não apenas teórica) da concretização dos direitos subjetivos, amoldando-se à realidade social atual e ao direito material.

### **THE SIZE OF PROCEDURAL RIGHTS AND THE DESIGN OF NEW CCP**

**ABSTRACT:** The study focuses, at first, on the theoretical concept of *status actives processualis*, in order to regard the procedural law as a space that allows the exercise of democratic rights by the parties. Then, it focuses on the way how interaction occurs between the parties and court. Hence it undertakes the analysis of the minimum procedural guarantees and the how they are assured and accomplished on the new Code of Civil Procedure bill.

**KEYWORDS:** Procedural law. Fundamental principles. Constitutional guarantees. Procedural guarantees. New Code of Civil Procedure bill.

### **LA DIMENSIÓN PROCEDIMENTAL DE LOS DERECHOS Y EL PROYECTO DEL NUEVO CPC**

**RESUMEN:** En primer lugar, se aborda la concepción teórica del *status acti-vus processualis*, a fin de visualizar el proceso civil como un espacio en que se permita el ejercicio democrático de derechos por las partes. Enseguida, la forma como se da la interacción entre partes y órgano jurisdiccional. Finalmente, se analiza las garantías procesuales mínimas y la forma como son aseguradas y realizadas en el proyecto del nuevo Código de Proceso Civil.

**PALABRAS CLAVE:** Proceso civil moderno. Principios fundamentales. Garantías constitucionales. Garantías procesuales. Proyecto del nuevo Código de Proceso Civil.