

**NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOPROCESSUALISMO, PÓS-POSITIVISMO, FORMALISMO-VALORATIVO...  
A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL NO ESTUDO DO PROCESSO**

*Márcio Carvalho Faria<sup>1</sup>*

1. Considerações gerais.

Vivemos uma época de transformações. Tudo tem se passado muito rápido, e as relações, antes duradouras e vitalícias, tornam-se efêmeras. O homem não mais se contenta com aquilo que seus ancestrais detinham, e busca, incessantemente, novos e breves direitos. Relações familiares, de amizade, de emprego, sociais, enfim, são cada vez mais intensas, porém menos prolongadas. Não se concebe, como outrora, que se aguarde o passar do tempo. Tradições são sufragadas, conceitos eternos são deixados de lado, dogmas caem como castelos de cartas; valoriza-se o novo, o moderno, o atual, o *neo*.

O mundo globalizado exige uma dedicação atualizadora constante e incansável; a fim de não “perder o bonde da história”, o cidadão deve ser dedicar integralmente em todas as tarefas do cotidiano, sejam pessoais, profissionais ou vitais, sob pena de se *alienar*.

Do mesmo modo, e como não podia ser diferente, vez que inseridos na sociedade, os poderes constituídos enfrentam um intenso processo de mutação. Especificamente no que concerne ao Judiciário, e todas as instituições a ele ligadas, sobleva ressaltar que, se antes valia a noção de que a segurança democrática estava no respeito à lei, cabendo ao intérprete “apenas” a sua aplicação, através do processo de subsunção, hodiernamente são exigidas diversas outras habilidades no mister jurisdicional.

Naquele tempo, como relata Luiz Guilherme Marinoni<sup>2</sup>, o “direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”, ou seja, prevalecia o que atualmente entendemos como o “sentido formal” da lei.

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Processual (UERJ). Professor Assistente de Direito Processual Civil (UFJF). Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Advogado e Consultor Jurídico.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 26-28.

Mais valia, deste modo, o *Estado legislativo*, no qual, conforme a clássica obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu, publicada originariamente em 1748, o “poder de julgar” deveria ser exercido mediante uma atividade minimamente intelectual, sem a pretensão (nem a possibilidade) de criação de novos direitos. Noutra giro: a atividade jurisdicional deveria, como visto, reproduzir o conteúdo legislativo, ser a “boca da lei”, pelo que, ainda segundo Montesquieu, o “poder de julgar” era um “poder nulo” (*en quelque façon, nulle*).

É bem verdade que, como se sabe, o “império da lei” nasceu com firme propósito de se contrapor à autoridade (e os privilégios) do antigo regime que, com o avanço da liberdade burguesa, ficaram em segundo plano. *Naquela situação*, o respeito cego à generalidade e abstração atinentes à lei eram não só interessantes como fundamentais ao crescimento do Estado liberal. A legalidade, assim, estava intimamente ligada à isonomia, na medida em que protegia, de modo aparentemente igual, todos os cidadãos contra o Estado<sup>3</sup>.

Foi nesse cenário que recrudescer o *positivismo jurídico*, que é conseqüência da concepção da “certeza do direito” extraída da lei, ou seja, da ideia-força de que apenas cabia ao intérprete obedecer à vontade do legislador.

Nesse diapasão, não se admitia qualquer ingerência do jurista, sob pena de considerar violada a liberdade individual, vez que a lei, abstrata e genérica por natureza, é que garantia a isonomia.

Conforme relata Daniel Sarmiento<sup>4</sup>, até meados do século XX, “prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições”, as quais eram consideradas meras “cartas de intenções” e/ou programas políticos que deveriam servir de norte ao legislador que poderia, ou não, tomá-las em consideração.

Assim, se dada garantia estivesse assegurada “apenas” na constituição, e não repetida em lei, não poderia ser alvo de reclamo junto ao Poder Judiciário, o que implicava na (i) ausência de respeito às garantias dos grupos minoritários, eventualmente sufragados no processo legislativo; (ii) desconsideração de direitos fundamentais de proteção do cidadão contra o Estado etc.

---

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*, p. 27.

<sup>4</sup> SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in *Leituras complementares de Direito Constitucional. – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2007.

As atrocidades ocorridas na Segunda Guerra e em, em menor ou maior escala, em vários países do mundo ocidental, trouxeram à tona a necessidade de fortalecimento daquilo que Luis Roberto Barroso<sup>5</sup> chamou de *sentimento constitucional*, ou seja, o respeito à Carta Política, o apego às conquistas consagradas na Constituição, a qual, mais que técnica, deve “mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços”, os quais, conforme Luiz Guilherme Marinoni, podem ser compreendidos na superação da igualdade formal, com a adesão da *igualdade social*<sup>6</sup>.

Tal *mudança de paradigma*, ainda segundo Barroso, decorrente da “superação do positivismo”, implicou no (i) reconhecimento de força normativa à Constituição, na (ii) expansão da jurisdição constitucional e no (iii) desenvolvimento da interpretação constitucional<sup>7</sup>.

Vem daí o surgimento de uma nova teoria, multiforme e de contornos de difícil delimitação<sup>8</sup>, corriqueiramente chamada de *neoconstitucionalismo*, da qual são características básicas, em maior ou menos intensidade, segundo Humberto Ávila<sup>9</sup>:

(...) princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. “*Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*”, in [www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf), acesso em 10 fev. 2012, às 15h45.

<sup>6</sup> “(...) A ideia de lei genérica e abstrata, fundada pelo Estado legislativo, supunha uma sociedade homogênea, composta por ‘homens livres e iguais’ e dotados das mesmas necessidades. É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas. A lei genérica ou universal, assim como a sua abstração ou eficácia temporal ilimitada, somente seriam possíveis em uma sociedade formada por iguais – o que é utópico -, ou em uma sociedade em que o Estado ignorasse as desigualdades sociais para privilegiar a liberdade (...). Porém, a neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição – ou, enfim, do próprio Estado legislativo – rapidamente fez perceber que a *igualdade social* constituía requisito para a efetivação da própria liberdade, ou melhor, para o desenvolvimento da sociedade. Conclui-se, em síntese, que a liberdade somente poderia ser usufruída por aquele que tivesse o mínimo de condições materiais para ter uma vida digna (...)”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 42-43).

<sup>7</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo...*, *ob. cit.*

<sup>8</sup> Segundo Humberto Ávila, “(...) não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo’. A diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas é tanta, que torna inviável esboçar uma teoria única do ‘neoconstitucionalismo’. Não por outro motivo, costuma-se utilizar, no seu lugar, a expressão plural ‘neoconstitucionalismo(s)’. (ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”: *entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência*”. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17. Disponível em: [www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507](http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507), acesso em 10 fev. 2012, às 14h58).

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”..., *ob. cit.*, p. 2.

Como não podia ser diferente, esses novos ares também foram, ainda que com considerável atraso, respirados pelos processualistas, que passaram a advogar, em certa medida, uma releitura de sua trilogia básica “jurisdição-ação-processo”, a fim de que surja um “modelo constitucional de processo”.

## 2 – Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, neopositivismo, positivismo reconstruído, formalismo-valorativo...: o direito processual constitucional

Assim como já se observou, muitas são as concepções e as críticas realizadas ao neoconstitucionalismo. Há, conforme relata Daniel Sarmiento, pensadores das mais variadas escolas com posições antagônicas sobre o tema, as quais, até mesmo pelos estritos contornos desse trabalho, não serão abordadas<sup>10</sup>.

Do mesmo modo, os processualistas divergem sobre tal conceito, havendo quem, como Eduardo Cambi<sup>11</sup>, nomeie-o “neoprocessualismo”; outros, como Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, definem-no como “formalismo-valorativo”; outros, por fim, como cita Fredie Didier Júnior<sup>1213</sup> (embora sem adotar tais concepções), alcunham-no de “neopositivismo” ou “positivismo reconstruído”.

O neoprocessualismo teria, como características básicas<sup>14</sup>: i) inserção do direito processual na perspectiva constitucional; ii) aplicação dos princípios constitucionais processuais independente da existência de previsão legal; iii) utilização da reserva de consistência (e não simplesmente a reserva do possível) para justificar eventual escolha do exegeta; iv) fundamentação analítica (e não meramente sintética); v) democratização do processo (preocupação com as formas de intervenção popular); vi) visão publicista do processo; vii) implementação concreta dos princípios da colaboração e da cooperação; viii) aumento dos poderes do juiz no curso do processo.

---

<sup>10</sup> Na verdade, o debate é ainda mais profundo, como se pode verificar a partir dos debates travados entre os professores Luis Prieto Sanchis, da Universidade de Castilla-La Mancha (*El constitucionalismo de los derechos*), e Juan Antonio García Amado, da Universidade de Leon (*Derechos y Pretextos. Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo*), ambos publicados na obra coletiva organizada por Miguel Carbonell intitulada “Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos”, publicada em 2007 pela Editorial Trotta, cujos pontos de destaque são estão sintetizados no “anexo I” deste trabalho, por motivos didáticos e de facilidade de compreensão.

<sup>11</sup> CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>13</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. v.1*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 30.

<sup>14</sup> CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo...”, *ob. cit.*

A verdade é que (e aí parece haver um certo consenso – se é que há consenso parcial) tem-se entendido que a ciência processual passa, atualmente, por uma quarta fase metodológica, na qual, conforme Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>15</sup> e Daniel Francisco Mitidiero<sup>16</sup>, o instrumentalismo avança para o *formalismo-valorativo*, em que há o aprimoramento das relações entre processo e Constituição, deixando-se, aquele, de atender aos ditames frios das leis para ceder espaço às exigências do *devido processo constitucional*, - não parece haver lugar para formalismos vazios, utilização de expedientes burocráticos, prática de chicanas e artimanhas processuais, emprego de “técnicas” duvidosas voltadas à procrastinação da lide e do próprio direito que, claramente, outrem possui. Trata-se, em síntese, da necessidade de se interpretar as regras processuais com os *óculos da Constituição*<sup>17</sup>, vez que o processo existe para implementar os direitos fundamentais e, nesse mister, não pode, obviamente, deixar de atender às garantias indispensáveis a um processo justo<sup>18</sup>.

Se antigamente se dizia que a função da jurisdição era aplicar a vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda<sup>19</sup>) ou, até mesmo, solucionar os conflitos concretos

---

<sup>15</sup> “(...) Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de *maneira adequada* as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de *valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança* – base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. (...)”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo...*, *ob.cit.*, p. 22-23).

<sup>16</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. Para o professor gaúcho, as fases metodológicas do processo seriam: 1ª) praxismo ou pré-história do direito processual; 2ª) processualismo ou fase da autonomia; 3ª) instrumentalismo e; 4ª) formalismo-valorativo.

<sup>17</sup> Tal expressão é encontrada em vários textos, de diferentes autores, não tendo sido possível identificar, nesse pesquisa, seu criador. Veja-se, apenas *ad exemplum*: MANDELI, Alexandre Grandi. *O princípio da não-surpresa na perspectiva do formalismo-valorativo*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8251-o-principio-da-nao-surpresa-na-perspectiva-do-formalismo-valorativo>, acesso em 9. fev. 2012.

<sup>18</sup> Sobre o processo justo e as garantias fundamentais processuais, consulte texto já clássico: GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429), acesso em 9 jan. 2012, às 0h32.

<sup>19</sup> Giuseppe Chiovenda defendeu, em clássica conferência realizada em 1903, que a função da jurisdição seria a “atuação da vontade concreta da lei”. Para ele, a jurisdição “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*. Madrid: Reus, s/d., p. 365, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 35.)

(Francesco Carnelutti<sup>20</sup>), hoje se verifica que ela visa à “tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes”<sup>21</sup>, a fim de que o processo possa “ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais”<sup>22</sup>.

A partir dessas premissas, demonstraremos, em apertada síntese, algumas aplicações (algumas já em prática pela jurisprudência, outras ainda existentes no campo doutrinário) desse novo modo de ver o processo.

a) Reconhecimento do contraditório como garantia indispensável à consagração do processo justo

A partir do *neoprocessualismo* (ou de qualquer outro nome que se queira dar a esse *movimento*), o contraditório passa a ser visto, simultaneamente, como regra processual, a ser observada invariavelmente em todos os ritos e tipos de processo e, também, como elemento indispensável à obtenção da igualdade concreta entre os litigantes, o julgador e todos os sujeitos intervenientes do processo, numa relação permanente, franca e perene de inter-relação.

Além disso, o direito de participar ativamente do processo, que decorre necessariamente do princípio constitucional do contraditório, determina que i) nenhuma decisão judicial seja tomada sem que as partes sejam ouvidas previamente, a fim de que seus escritos possam ser tomados em conta pelo julgador quando da *construção* da decisão; ii) seja dada efetiva ciência, preferencialmente real, de todos os atos do processo, a fim de que todos os interessados possam, eficazmente, dentro de um prazo razoável, analisá-los, estudá-los e, se for o caso, manifestar-se; iii) haja garantias de que todos os meios de prova constitucionalmente legítimos sejam facilmente manejados pelos interessados, para que as alegações retrocitadas possam, *realmente*, servir de elementos robustos e seguros para a formação do conhecimento do juiz.

Todas essas conseqüências decorrentes da cláusula geral do contraditório passam, necessariamente, por uma *visão constitucional* das regras processuais positivadas em lei, por uma *mudança de paradigma*. Se, como visto, antigamente se

---

<sup>20</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

<sup>21</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral...*, *ob. cit.*, p. 412-413.

defendia a observância estrita da lei, na qual cabia ao juiz *bouche de la loi* apenas respeitar a obra do legislador<sup>23</sup>, hodiernamente, sobretudo após a segunda grande guerra mundial, vários países europeus se insuflaram contra a *legalidade estrita*, a fim de que as Cartas Políticas passassem a, *efetivamente, fundar, explicar, concretizar, nortear* toda regra legal.

Nesse diapasão, conforme relembra Eduardo Cambi<sup>24</sup>, a “superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito”, tornou “intolerável que em nome da ‘vontade do legislador’, tudo que o Estado fizesse fosse legítimo”. Tem-se, assim, a formação dos Estados Democráticos de Direito, nos quais a *valorização do sentimento constitucional* fez com que o núcleo axiológico da tutela jurídica passasse a ser a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, não basta que a *lei seja respeitada*. Seu intérprete deve, antes de analisá-la com os olhos voltados para a Constituição, para que interprete a regra legal sem, nunca, olvidar-se das bases e premissas estabelecidas por ela estabelecidas.

Nesse prisma, o contraditório deve servir, em todos seus aspectos e características, como *farol interpretativo* ao magistrado, atuando, por vezes, *supletivamente* ou até mesmo *criativamente* em relação à legislação infraconstitucional. Assim, *ad exemplum*, ainda que determinada regra processual afirme ser dispensável a abertura de vistas à parte contrária para responder determinado recurso (como ocorre, infelizmente, ainda nos dias de hoje, na sistemática do agravo interno, disciplinado no art. 557, CPC, e dos embargos de declaração, regidos pelos artigos 535 a 538, CPC), deve o exegeta, à luz do contraditório constitucional, determinar, em cada caso concreto, que o direito de resposta seja garantido<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre o positivismo jurídico, consulte: COMTE, Augusto. “Discurso sobre o Espírito Positivo. Primeira parte”, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 43-65; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, Parte II.

<sup>24</sup> CAMBI, Eduardo. ‘Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo’, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683, especialmente p. 663-664.

<sup>25</sup> Por esses motivos é que, a nosso sentir, afigura-se equivocada a posição do Superior Tribunal de Justiça (abaixo), que considera válida decisão firmada sem a observância do princípio constitucional do contraditório, utilizando-se para tanto do argumento de que não haveria, em seu regimento interno, previsão de intimação da parte contrária para responder agravo regimental. Ora, desde quando um regimento interno pode suplantar uma garantia constitucional? Veja-se, *in verbis*:

“(…) Não ocorre a nulidade no julgamento do agravo regimental por falta de intimação da parte agravada para respondê-lo, porque, além do Regimento Interno do STJ não prever a intimação da parte contrária para apresentar impugnação às razões do agravo regimental, o propósito do recurso é levar para apreciação colegiada aquilo que foi decidido monocraticamente e, por óbvio, pode ser reformado pelo

b) A motivação expressa

O juiz, em que pese o inquestionável *livre convencimento motivado* (art. 130, CPC), que norteia a função jurisdicional, garantindo-lhe variada gama de possibilidades para a concretização de seu mister (podendo, inclusive, julgar *contra legem*, por exemplo)<sup>26</sup>, deve observar diversos requisitos, quer de cunho constitucional, quer de cunho legal, sob pena de o *decisum* restar indelevelmente maculado.

O mais relevante<sup>27</sup> é a observância indispensável da *motivação*. Prevista no art. 93, IX, CF/88, afigura-se indispensável para a efetivação do Estado Democrático de Direito, haja vista que é no ato de fundamentar que o juiz não só se aproxima da sociedade, como, e sobretudo, demonstra claramente quais caminhos percorreu para reconhecer a (im)procedência do pedido de alguém. Ademais, a motivação se afigura fundamental também sob o aspecto democrático, vez que, ao contrário dos demais poderes, que se legitimam democraticamente pelo sufrágio, o juiz, por seu turno, escolhido, via de regra, por meio de concursos públicos de provas e títulos, precisa, diuturnamente, legitimar-se por meio da motivação<sup>28</sup>. Como se não bastasse tal importância (*extraprocessual*), a fundamentação também se mostra imprescindível sob o aspecto *endoprocessual*, pois permite, a um só tempo, a observância do princípio da dialeticidade (intrínseco ao contraditório efetivo), como a fixação de fundamentos que, futuramente, poderão servir à formação dos *precedentes*.

---

órgão julgador. (...). (STJ – 4.<sup>a</sup> Turma – EDcl no AgRg no Ag 1322327/RJ – Rel. Min. João Otávio, j. 10/05/2011)

<sup>26</sup> A despeito da observância, precisa e inoxidável, de Diego Martinez Fervenza Cantoario a respeito do tema: “Todavia, cabe relembra a advertência de Eduardo Cambi, segundo o qual *o princípio do livre convencimento é mitigado pelo senso de responsabilidade, norteado pelos padrões de justiça e pelos limites econômicos previstos na Constituição, sendo buscados mediante um processo justo, com ampla participação e controle das partes.* (...)”. (CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. “Poderes do juiz e princípio do contraditório”, in *Revista de Processo.* v. 195. São Paulo: RT, 2011, p. 292; destaques acrescentados).

<sup>27</sup> Não é objetivo desse artigo trabalhar os requisitos e elementos da decisão judicial. Sobre o tema, consulte DINARMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença.* 3.ed. São Paulo: Malheiros: 2008.

<sup>28</sup> Nesse sentido, Michele Taruffo: “(...) i destinatari della motivazione no siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica inesa sai nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*. La connotazione política di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica ‘privatistica’ del controllo esercitato dalle parti e l’ottica ‘burocratica’ del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica ‘democratica’ del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata”. (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile.* Padova: CEDAM, 1975, p. 407).

Como assevera Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>29</sup>, torna-se imprescindível a fundamentação analítica, na qual o magistrado apresenta, aquilo que ele alcunhou de *fundamento do fundamento*, vez que “as partes têm o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão”. Nesse sentido, e com o apoio Chaim Perelman<sup>30</sup>, a motivação efetiva (i) a contenção do arbítrio judicial; (ii) a dissipação de dúvidas e incompreensões sobre o trabalho do julgador, revelando-se, sobre tal ponto de vista, até mesmo como uma força de autodefesa do magistrado; (iii) revela a viabilidade de rediscussão na via recursal; (iv) substitui a imposição autoritária por uma tentativa de persuasão, buscando a adesão de partes, instâncias superiores, profissionais do direito e opinião pública em geral; (v) faz compreender o sentido e o alcance de novas leis (ou de velhas leis em novas situações); (vi) explica divergências e afasta incoerências nas aplicações futuras das regras positivas e (vii) fornece subsídios para a sistematização doutrinária acerca de determinado tema decidido.

c) a publicidade plena

Por fim, mas não menos importante, sobreleva ressaltar uma situação que, a despeito de sua legalidade (= previsão legal), macula, indelevelmente, a Constituição Federal. Trata-se de dispositivo do CPC que, originário de 1973, deveria ser interpretado à luz da CF/88. Ainda assim, a jurisprudência tem preterido o princípio constitucional da publicidade das decisões para privilegiar a celeridade e/ou a legalidade formal.

Explica-se.

No procedimento de alguns recursos, não é dada, ao advogado, a prerrogativa de realizar sustentação oral (art. 554, CPC). Até aí, nada demais, em que pese a oralidade ter sido erigida, pela doutrina mais abalizada<sup>31</sup>, como um dos princípios processuais mais relevantes.

---

<sup>29</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 6.ed. Disponível em [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf), acesso em 9. fev. 2012.

<sup>30</sup> PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>31</sup> O professor italiano Mauro Cappelletti proferiu palestra no VIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pela Academia Internacional de Direito Comparado, em Pescara, entre 29 de agosto e 5 de setembro de 1970, tratando da importância da oralidade, conforme se vê em: CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure orale et procédure écrite*. Milano: Giuffrè, 1971.

O problema aqui, contudo, é mais grave. Nos recursos de embargos de declaração e agravo interno (respectivamente, arts. 537<sup>32</sup> e 557, §1º<sup>33</sup>, ambos do CPC), não há obrigatoriedade de o relator determinar a intimação das partes, como prevê o art. 552, CPC, com 48 horas de antecedência, de hora/data/local do julgamento.

Dessa forma, o interessado não consegue saber, ao certo, quando (e se) seu recurso será discutido e julgado, na medida em que, não lhe é disponibilizada, antecipadamente, a pauta de julgamento.

Entendeu o legislador, ao que parece, que o fato de esses dois recursos não permitirem a sustentação oral, daria azo à desnecessidade de intimação prévia, do julgamento, às partes, advogados e demais interessados.

Em que pese tal entendimento, tem-se como notória violação à publicidade das decisões (a qual integra, indubitavelmente, o direito de participação incluído no art. 5º, LIV, CF/88) a mera *apresentação em mesa para julgamento de determinados recursos*, nos quais o jurisdicionado não consegue, de fato, acompanhar a realização da sessão de julgamento, já que não tem ciência inequívoca de quando – e se – ela se dará<sup>34</sup>.

Ora, conforme o art. 93, IX, CF/88, todas as decisões judiciais deverão ser *públicas*, não sendo possível se contentar com a publicidade apenas *a posteiori*; afinal, como já salientou Hugo Black (1886-1971), ex-juiz da Suprema Corte dos EUA, Hugo Black, “a luz do sol é o melhor detergente”. Ademais, a própria CF/88, em seu artigo 5º, LX, determina que somente em casos excepcionais (em defesa da intimidade ou do interesse social<sup>35</sup>) é que são admitidas mitigações à publicidade; regra geral, portanto, deve-se falar, sob pena de desrespeito ao Estado Constitucional, na publicidade plena<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Art. 537 – “O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto”. (destaques acrescentados).

<sup>33</sup> Art. 557. (...) § 1º - “Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”. (destaques acrescentados)

<sup>34</sup> Sobre o tema, disserta Athos Gusmão Carneiro: “(...) Já a inclusão do agravo interno em pauta parece-nos obrigatória para ciência e comparecimento dos advogados, máxime nos casos em que o julgamento singular tenha sido de ‘mérito’, ante a possibilidade de que o colegiado, em negando provimento ao agravo e, pois, confirmando a decisão do relator, venha a prolar *acórdão de mérito*”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, Agravos e Agravo Interno*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 302).

<sup>35</sup> De se ver que, em outras situações, o STF considerou inválidas mitigações à publicidade realizadas por regimento interno, como ocorreu no caso a seguir transcrito. Já para os dois dispositivos do CPC citados, prevalece a “legalidade” em detrimento da “constitucionalidade”... Veja-se:

“Conforme destacado no relatório, o Ministro Relator apresentou o agravo regimental ao Plenário do Superior Tribunal Militar, nos termos do art. 118, § 2º, do Regimento Interno daquela Corte Superior, para manter a decisão que concluiu pela competência da Justiça Militar da União para apreciar a matéria. (...) Ora, uma das garantias mais importantes no tocante aos atos processuais é a de sua ampla publicidade, abrigada no art. 5º, LX, da CF, e que somente admite temperamentos ‘quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem’. Salta vista, pois, que a falta de formalização do acórdão, com base em norma regimental, configura ato atentatório à garantia constitucional da publicidade dos atos

### 3. Considerações finais.

Polêmicas e nomenclaturas à parte, pôde-se verificar que o processo não pode deixar de fazer parte dos novos caminhos pelos quais a doutrina mais atenta ao direito constitucional, à filosofia do direito e à própria teoria geral do direito tem trilhado, pelo que se mostra indispensável uma releitura dos conceitos elementares e clássicos do processo, sob pena de mácula ao *Estado Constitucional*<sup>37</sup>.

Não há possibilidade, assim, de se interpretar o direito processual apenas à luz da lei, ou com o intento de resolução de conflitos; afinal, assim como um ramo da árvore somente consegue contato com o solo (de onde retira seus nutrientes necessários ao crescimento e formação adequados), através do tronco, do qual é ligado, o direito processual moderno apenas tem existência/validade/eficácia e, sobretudo, *efetividade*, se buscar seus fundamentos no “tronco” constitucional, na feliz expressão de Jorge Miranda<sup>38</sup>.

Não é possível, destarte, que o processo, instrumento de efetivação prática dos direitos fundamentais e, notadamente, principal veículo de demonstração do respeito de determinado sistema aos direitos fundamentais, seja estudado sem o apoio das valiosas lições do *neopositivismo*, *neoconstitucionalismo*, *positivismo-reconstruído*...

Por fim, mas não menos importante: como instrumento de efetivação dos valores mais importantes de um país, o processo – não pode restar infenso aos contornos

---

processuais.” (RE 575.144, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 11-12-2008, Plenário, DJE de 20-2-2009, com repercussão geral).

<sup>36</sup> Nesse sentido, Leonardo Greco: “(...) A publicidade dos atos processuais é uma das mais importantes garantias do processo democrático, pois é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes. Por isso, dela depende a credibilidade e a confiança que a sociedade deve depositar na Justiça. *Justice is not only to be done, but to be seen to be done*<sup>36</sup>. Toda vez em que ela é suprimida através do segredo de justiça, fica sob suspeita a exação do juiz. Por isso, essa supressão deve ser excepcionalíssima, apenas para preservar a intimidade das partes e certos interesses gerais da coletividade precisamente determinados, sopesados com suporte no princípio da proporcionalidade e garantida em qualquer caso a presença das partes e dos seus advogados. A decisão que impõe o segredo de justiça deve ser precisamente motivada, com fundamento em circunstâncias especiais claramente identificadas e estritamente necessárias. (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais...*, *ob. cit.*, p. 27).

<sup>37</sup> “(...) O Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade e aos conceitos de direito e de jurisdição, representando uma quebra de paradigma. Diante disso, não há como pretender ensinar direito processual civil sem antes tratar de uma teoria do processo elaborada à luz do Estado constitucional e das teorias dos direitos fundamentais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 9)

<sup>38</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo I*. 6.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 16.

constitucionais, razão pela qual imperiosa se afigura uma *mudança de mentalidade* de seus aplicadores, sob pena de se fazer, da Constituição, como já se disse, mera folha de papel.

#### 4. Bibliografia

ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*ciência do direito*” e o “*direito da ciência*”, in Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.º 17, jan/mar 2009, disponível no endereço: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>, acesso em 10 fev. 2012, às 14h58.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In [www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf), acesso em 10 fev. 2012, às 15h45.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, Parte II.

CALSAMIGLIA, Albert, “Postpositivismo”, in *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho n.º 21-I*, Alicante, 1998.

CAMBI, Eduardo. “Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo”, in FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 662-683.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. “Poderes do juiz e princípio do contraditório”, in *Revista de Processo*. v. 195. São Paulo: RT, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Ecrite*. Milano: Giuffrè, 1971.

CARBONELL, Miguel. *Teoria del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, Agravos e Agravo Interno*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

COMTE, Augusto. “Discurso sobre o Espírito Positivo. Primeira parte”, in *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 43-65.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3.ed. São Paulo: Malheiros: 2008.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429), acesso em 9 jan. 2012, às 0h32.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual*. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MANDELI, Alexandre Grandi. *O princípio da não-supresa na perspectiva do formalismo-valorativo*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/331-artigos-mai-2011b/8251-o-principio-da-nao-surpresa-na-perspectiva-do-formalismo-valorativo>, acesso em 9. fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo I*. 6.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Os princípios e as garantias fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do PLS 166/10”, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*. 6.ed. Disponível em [http://www.redp.com.br/arquivos/redp\\_6a\\_edicao.pdf](http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf), acesso em 9. jan. 2012, às 9h12.

SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in *Leituras complementares de Direito Constitucional. – Teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: Juspodivm, 2007.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

ANEXO I<sup>39</sup>

QUADRO COMPARATIVO: *constitucionalismo positivo vs. neoconstitucionalismo*

<b>Constitucionalismo Positivo</b>	<b>Neoconstitucionalismo</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• As constituições, como qualquer outra norma jurídica, contêm comandos que claramente estão previstos nos enunciados. Nesse caso, a Constituição é fechada.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• O conteúdo da Constituição não se esgota no significado de seus enunciados; a natureza final das normas constitucionais é axiológica. As constituições dizem mais do que expresso em seus textos.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>• Nas zonas de penumbra (cinzentas), a Constituição é aberta. A norma pode ser concretizada de diferentes formas, desde que</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• A indeterminação semântica das normas constitucionais é compatível com sua plena determinação material. São comandos</li></ul>

<sup>39</sup> Elaborado a partir das considerações de Luis Prieto Sanchís (*El Constitucionalismo de los Derechos*) e Juan Antonio Garcia Amado (*Derechos y Pretextos*), ambos publicados em CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, especificamente p. 239-240.

não sejam contraditórias com a semântica constitucional.	precisos, apesar da imprecisão lingüística.
<ul style="list-style-type: none"> <li>• A eleição de uma entre as várias possíveis interpretações das zonas cinzentas são feitas por intérpretes autorizados da Constituição: legislador, juiz e tribunal constitucional.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Os intérpretes autorizados da Constituição não devem eleger entre interpretações possíveis dos enunciados, mas devem realizar ou concretizar os comandos materialmente determinados.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Os juízes em geral e o tribunal constitucional em particular cumprem prioritariamente a função de controle de constitucionalidade, que corresponde em deixar de aplicar e declarar inconstitucional as normas legais que manifestamente violam a semântica dos enunciados constitucionais.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Os juízes e, particularmente, o Tribunal Constitucional, exercem função de controle negativo-positivo, devendo deixar de aplicar ou declarar inconstitucional as normas legais que não cumpram adequadamente os comandos materialmente determinados.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• O poder legislativo corresponde a uma função de realização constitucional, consistente em eleger entre as alternativas que os enunciados constitucionais permitem, por não serem contraditórias em relação aos significados possíveis.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• O legislador e os juízes são presumidamente conhecedores desses conteúdos pré-lingüísticos que compõem a Constituição material ou axiológica. Possuem, portanto, poder para determinar a solução que o ordenamento constitucional prescreve para todos ou para a maior parte dos casos.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Essa doutrina positivista tem um fundamento político, que é a defesa da prioridade do legislador democrático e, por conseguinte, da soberania popular.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Essa doutrina neoconstitucionalista tem como base política a crescente desconfiança em relação ao legislador e a correlativa fé nas virtudes taumaturgicas do judiciário.</li> </ul>
* <i>Controle de mínimos</i> , no qual só se afastam as normas que manifestamente vulneram o texto constitucional.	<i>Controle de máximos</i> , ou seja, a garantia de que, não se tornem eficazes no sistema jurídico as normas que não proporcionem em cada caso a solução que dê para a demanda a axiologia constitucional.
<i>In dubio pro legislatore</i>	<i>In dubio pro iudice</i>
O único meio tangível de se verificar se o juiz atende a Constituição, se a complementa legitimamente ou a emenda sub-repticiamente é o texto constitucional, com aquilo que ele tem de determinado e indeterminado.	Sempre que o juiz acerta com o justo, fala através da Constituição, diga esta o que diga as suas palavras.