

A PROVA COMO *ITER* PARA A CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO FINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LÍBERO CRISTIANO LEAL DA ROCHA

Doutorando em Direito Processual – Pucminas

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Mestrando em Direito Processual – Pucminas

ELÍSIO VITOR FIGUEIREDO JUNIOR

Graduando em Direito - Pucminas

Resumo

Com a promulgação da Constituição Federal em 05.10.1988 não é pertinente que os provimentos jurisdicionais ocorram em desconformidade com a Constituição. O juiz, na condição de julgador solitário teria a ampla liberdade quando da valoração das provas. Entretanto, o instituto em comento vem sofrendo alterações e atualizações que numa dinâmica pautada pela constitucionalização deve ser aferida por um grau de realidade teórica e prática apta a reger a tempo e modo as expectativas dos jurisdicionados, haja vista que serão eles que suportarão os efeitos do provimento final. O que se denomina “poder instrutório” do juiz há de ser revisitado com novos contornos e estudos visando assegurar às partes, além de igual tratamento, ativa participação na preparação do provimento. A construção compartilhada da prova requer o rompimento de atitudes positivistas extremadas, devendo, entretanto, ser pautada pela hermenêutica constitucional como norma legitimadora e centralizadora da Teoria do Processo e do Direito

Abstract

With the promulgation of the Federal Constitution in 05.10.1988 it is not pertinent that the jurisdictional provisioned occur in desconformity with the Constitution. The judge, in the condition of solitary judge would have the ample freedom when of the valuation of the tests. However, the institute in I comment comes suffering alterations and updates that in a dynamics listed for the constitutionalization must be surveyed by a degree of apt reality theoretical and practical to conduct and way in time the expectations of the jurisdiction ones, he has seen that they will be they who will support the effect of the final provisions. What it is called “to be able instrutório” of the judge has of being revisited with new contours and studies having aimed at to assure to the parts, beyond equal treatment, active participation in the preparation of the provisions. The shared construction of the test requires the disruption of positivistic attitudes distinguished, having, however, to be listed by the constitutional hermeneutics as norm legislator and centralized of the Theory of

Processual, mesmo porque as escolas de processo evoluíram.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Teoria do Discurso. Fiscalização ampla. Atos governativos. Construção compartilhada. Devido Processo Legal. Processo Constitucional. Princípios institutivos do Processo. Efeitos do provimento jurisdicional Final. Prova. Povo. Atos Estatais. Soberania Popular. Implementação. Teoria do Discurso.

the Process and the Procedural law, exactly because the process schools had evolved.

Key-Words: Democratic state of Right. Theory of the Speech. Ample fiscalization. Governmental acts. Shared construction. Due process of law. Constitutional process. Institutivos principles of the Process. Effect of the Final jurisdictional provisions. Test. People. State acts. Popular sovereignty. Implementation. Theory of the Speech.

Sumário: Introdução; 1- Aspectos histórico-conceituais da prova; 2- O provimento final no Estado Democrático de Direito : 2.1- Escolas de Processo; 2.2- Teoria do Discurso e Princípios institutivos do Processo; 2.3- A prova como *iter* para a construção do provimento final; Considerações Finais, Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo realizar um estudo sobre a temática do instituto processual da prova, visando diagnosticar a relação existente entre o referido instituto em consonância com a construção compartilhada¹ dos provimentos jurisdicionais finais no Estado Democrático de Direito². O que procurar-se-á demonstrar é que não é o livre convencimento do juiz, que prega a idéia de uma justiça salvadora, que estabelecerá o verdadeiro³ valor que deverá ser dado às provas; contemporaneamente “os estudos da prova não podem mais ser concebidos por meio de moldes judiciaristas, mediante avaliação de sua eficácia probante pelo poder da sensibilidade e talento da apreensibilidade jurisdicional”⁴. Há que deixar claro que no atual modelo de Estado, que tem como pilar o princípio da Legalidade, somente a lei, devidamente

¹ Ao mencionar construção compartilhada, pretende-se com o presente enunciado elucidar a participação da comunidade jurídica na construção do provimento jurisdicional final no Estado Democrático de Direito. Por isso, oportuno se faz mencionar a seguinte colocação do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves: “*A identificação do processo nessa estrutura normativa, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, supera a concepção de processo como relação jurídica. O contraditório é oportuno de participação paritária, é garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação. A possibilidade assegurada de participação em simétrica igualdade não se concilia com vínculo de sujeição*”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 193.

² Quando é mencionado Estado Democrático de Direito no corpo estruturante da presente pesquisa, pretende-se remeter o leitor a concepção de Democracia, pautada na fiscalidade ampla e irrestrita dos atos da Administração Governativa. Porque, será pelo povo, enquanto o seu verdadeiro legitimado, que se concretizará tal fiscalidade pelo *médium* do Devido Processo Constitucional estruturado nos princípios institutivos do processo, quais sejam: contraditório, isonomia e ampla defesa. Com a finalidade de justificar cientificamente tal colocação, oportuna a seguinte citação: “[...] porque instituir, na procedimentalidade democrática, é um decidir advindo de uma teoria processual de abertura ampla, isonômica e discursiva na formação da opinião e da vontade como fonte jurídica legitimadora do exercício da normatividade daí resultante. [...] A “valorização” no direito democrático ocorre pelo juízo discursivo processualizado ao atendimento de direitos fundamentais e não pelas estratificações ideologizadas das bases sociais pressupostas de uma racionalidade exorcizável. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 189.

³ “[...] A afirmação de que a ‘prova tem por objetivo a verdade’, porque a busca obsessiva da certeza há de se conter em Direito, nos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos”. DELLEPIANE, Antônio. *Nova teoria da prova*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1958, p. 40 *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 349. “*É mítica a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa*”. LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 351

⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IQB, 2004, p. 182.

produzida segundo a fiscalidade plenária do Devido Processo Legislativo, e com base nos princípios institutivos do processo⁵ (isonomia, contraditório e ampla defesa), é que poderão ser explicitados quais os requisitos objetivos a serem seguidos quando da valoração das provas, bem como os meios⁶ legalmente lícitos para a obtenção dos elementos necessários à construção do provimento final. Não será a sapiência nata nem a sensibilidade mítica do juiz que será o critério valorativo a ser adotado quando da apreciação das provas.

A escolha do presente tema ora em debate justifica-se pela sua relevância no mundo científico, bem como a premente necessidade de realizar uma releitura do instituto processual da prova nos moldes do Estado Democrático de Direito. Buscar-se-á, com isso, a ruptura daquela concepção de que o juiz possui ampla liberdade na valoração e apreciação das provas. O parâmetro do magistrado é a lei⁷ e não a sua vontade, haja vista que os destinatários da norma é que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional final. Somente dessa forma será viável estabelecer uma reflexão no sentido efetivo de imparcialidade do juízo.

A problemática levantada e posta em discussão é a seguinte: qual o parâmetro objetivo e balizador a ser adotado pelo juiz quando da apreciação e valoração das provas? A sensibilidade nata do magistrado pode ser levada em consideração na valoração das provas e conseqüentemente na construção do provimento final? A teoria do Direito Democrático convive harmonicamente com a atual teoria destinada ao estudo das provas? Essas são apenas algumas dentre tantas outras questões que serão debatidas fundamentadamente no curso do presente trabalho científico.

⁵ “Os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia, ampla defesa), em sua gênese hermenêutico-democrática, supõem autoconstrutividade no espaço discursivo-procedimental da soberania popular que confere caráter institucional legitimante da criação do ordenamento jurídico. Com efeito, o processo, mesmo se adotados idênticos princípios, numa concepção de modelo constitucional de Estado burguês que se põe como instrumento a serviço da jurisdição garantidora (guardiã ou depositária) última de direitos, perderia sua base institucional de ampla procedimentalidade discursiva como espaço estrutural de reconstrução ou reafirmação sistêmica do direito vigente”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 173/174.

⁶ “[...]Os meios (métodos) de prova são, portanto, argumentos e argüições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de elementos susceptíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a ato, fato, coisa, pessoa. A prova, como instituto criado pela lei, instiga, à sua conceituação, reflexões nas dimensões do espaço, tempo e forma, em que o espaço seria a condição da existência do elemento de prova, o tempo seria o meio de consciência da existência do elemento de prova e a forma seria o modelo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cartularizada do meio e elemento de prova”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 178

⁷ Lei no sentido atribuído pelo princípio da Supremacia da Constituição Brasileira

Com relação à metodologia, utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica, tendo em vista que só foi possível a construção do presente debate teórico através da consulta dos mais renomados autores a discutirem e abordarem o tema em comento. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção micro analítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica⁸.

1 ASPECTOS HISTÓRICO-CONCEITUAIS DA PROVA

Como advento do Estado de Direito Democrático⁹, não se tolera mais que os provimentos judiciais¹⁰ ocorram em desconformidade com a lei. Em tempos mais remotos, durante o denominado período sacerdotal¹¹, os líderes (sacerdotes, pajés, reis etc.), aplicavam a arbitragem facultativa. Neste período não havia uma preocupação, como contemporaneamente há, com aplicação do direito ao fato correspondente. Aplicava-se, através de critérios subjetivos sanções que incidiam sobre a pessoa (corpo) do réu, sem uma apreciação objetiva dos fatos através de provas para se verificar a verdade.

⁸ A crítica é o meio de apontar os vazios existentes na ciência. Por isso, ressalta-se: “[...] a ciência sem crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é a atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos”. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p.57

⁹ Denominação introduzida por LEAL. Reputamos mais correta, porque somente é possível Estado Democrático através do direito. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. P. 312.

¹⁰ Judicação é ato de decisão egresso do conteúdo da lei. É oportuna a seguinte colocação para deixar claro que Jurisdição é diferente de Judicação. Etimologicamente, jurisdição é a atividade do juiz de dizer o direito para cada caso concreto, segundo a Escola Instrumentalista de Processo (considerada uma evolução da Teoria do Processo como Relação Jurídica entre pessoas). No atual modelo de Estado (Estado Democrático de Direito) é inconcebível falar em jurisdição na concepção instrumentalista, pelo fato de que a norma jurídica só alcança a sua legitimidade quando submetida ao Devido Processo Legislativo. Daí não se admitir a idéia de que o juiz salvador e onisciente é o verdadeiro legitimado para a criação da lei para o caso concreto. O que deve ficar claro é que o juiz no Estado Democrático de Direito deve ater-se unicamente ao princípio da legalidade tendo sempre como parâmetro a Constituição.

¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 38

Historicamente, a apreciação do instituto vem evoluindo. O mais primitivo dos sistemas é o da certeza legal, onde a certeza dos fatos dependia de leis naturais ou divinas. Neste sistema, “legal” significa o que está contido na lei natural (ordálias)¹².

Um sistema posterior ao da certeza legal, é o da livre convicção. Este sistema orientou o sistema da *common law*, onde é reduzida a importância documental e as intimidades individuais não são muito respeitadas. A livre convicção conhece como princípios basilares a equidade e a conveniência, ficando entregue à subjetividade dos juizes as demandas litigiosas, a convicção do julgador ocorre *secundum conscientiam*¹³.

O sistema de persuasão racional tem como premissa direcionadora a implementação do princípio da legalidade como referência para a formação da convicção do julgador¹⁴.

Vários são os significados de prova. Verificados em dicionários de língua portuguesa, nenhum deles apresentando a compreensão jurídico-democrática do instituto, senão veja-se: demonstração; testemunho; sinal; indício; documento justificativo; atividade realizada no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento. Segundo Theodoro Junior¹⁵, são dois os significados para o instituto da prova no processo:

a) um objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia e etc.);

b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada do espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

¹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 179

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 179/180

¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral ao processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 180

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 40. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 674.

Porém, entende-se ser mais precisa e acertada a definição de Leal¹⁶, que realiza um estudo epistemológico do instituto processual da prova acerca do atual modelo de Estado adotado pelo Brasil, que é o Democrático. Verifica-se na obra em comento que o jurista referenciado oferta de maneira didático-científica um estudo da teoria da prova com projeção para a teoria do Processo enquanto Instituição¹⁷ garantidora da execução dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Isso representa cristalinamente a ruptura com a ultrapassada concepção de que o juiz, na condição de decididor solitário, teria a ampla liberdade quando da valoração das provas.

2 O PROVIMENTO FINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 ESCOLAS DE PROCESSO

A compreensão da construção do provimento final no Estado Democrático de Direito só é possível através de um rápido estudo acerca das principais Escolas de Processo.

Em 1800, Pothier, através de sua obra *Traité des obligations*, divulga a teoria do processo como contrato. Tal idéia é resultado do hábito da época, de relacionar-se os fenômenos da modernidade aos da antiguidade. Assim, considerando-se que o processo romano, até o aparecimento da Lei *Aebutia* (149 a. C.) e as duas Leis Julia, consistia em uma arbitragem privada, caracterizando-se por uma espécie de contrato entre os litigantes pelo qual

¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 312.

¹⁷ Em aprofundado estudo acerca das Teorias do Processo, o Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal adverte os estudiosos da Teoria Processual sobre a necessidade de revisitação de conceitos primordiais à reflexão científico-processual. Para tanto, propõe a Teoria Neo-institucionalista a concepção de que o processo deve ser visto como instituição constitucionalizada e legitimadora da jurisdição, servindo-se para a execução dos direitos fundamentais definidos no plano instituinte. Por isso, conforme já mencionado anteriormente, ressalta o autor que o estudo da teoria processual na pós-modernidade perpassa pela teoria do Discurso Democrático pautado nos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), que serão o *iter* legitimador do discurso, visando permitir a participação real da comunidade jurídica na construção dos provimentos legislativos, jurisdicionais e administrativos. Até mesmo porque, a função constituinte originária e derivada, como noticiado, não findam suas atividades com o exercício do sufrágio, nem tampouco com a promulgação da Constituição, levando-se em consideração, até mesmo por uma razão jurídico-justificadora, que os direitos fundamentais já se encontram acertados no referido plano instituinte. Fica claro, portanto, que assim como o conhecimento científico, todos os provimentos no Estado Democrático de direito sujeitar-se-ão constantemente a fiscalidade ampla e irrestrita pela teoria do Direito Democrático.

escolhiam o árbitro e se comprometiam a acatar a futura decisão. Pothier sinaliza:

[...] instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independeria de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos¹⁸.

Os estudos de Pothier foram também fortemente influenciados pelas idéias iluministas do século XVIII, que “colocavam a vontade individual como única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos pactos advindos dos particulares”.¹⁹

A debilidade da tese de Pothier era manifesta, uma vez que, já na época de sua elaboração, a coatividade da sentença independia da vontade dos interessados.

Em 1850, Savigny e Guényvau, também romanistas e estimulados pelo liberalismo político, entendendo que o processo não resulta da vontade livre, como o contrato, mas considerando que a *formula* romana, ao fixar a *litiscontestatio*, produzia efeitos como se fora um contrato, atribuíram ao processo a natureza de quase-contrato. Acreditavam que, quanto ao réu, não era necessária prévia aceitação dos efeitos da sentença, mas, quanto ao autor, seu ingresso em juízo representava seu prévio assentimento aos resultados do processo. Como esclarece Couture, tais estudiosos apoiaram-se em um fragmento do *Digesto* (que, por sinal, não dizia o que lhe era atribuído), e pensavam que, “não sendo o processo, como fonte de obrigações, nem um contrato, nem um delito, nem um quase-delito – deveria ser, por eliminação um quase-contrato”²⁰.

Essa teoria, como se percebe, sofre das mesmas deficiências da teoria apresentada por Pothier, pois, na época, a jurisdição já era obrigatória, não necessitando o juiz do consentimento prévio do autor para proferir sua decisão.

O jurista alemão Oskar von Bülow, também romanista, em sua obra intitulada *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*²¹,

¹⁸ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 87.

¹⁹ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 86.

²⁰ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 40.

²¹ Die Lehre von den Prozessinreenden und die Prozessvoraussetzungen.

conceitua o processo como relação jurídica de direito público, que se desenvolve de modo progressivo entre as partes, juiz, autor e réu, e que se diferencia da relação jurídica material pela exigência de configuração dos pressupostos processuais, requisitos de admissibilidade e condições prévias para a tramitação de toda relação jurídica processual.

Tratar-se-ia de relação jurídica de direito público porque formada com a participação direta de servidores estatais. À propósito:

[...] desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las torna en cuenta unicamente en el aspecto de su vinculación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia al derecho público y el proceso resulta, por tanto, una relación jurídica publica²².

Embora Bülow deixe claro em sua obra (ainda que em breves notas de rodapé²³) que buscou inspiração na máxima de Bulgaro (jurista italiano do século XII): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris e rei* (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu), e na obra de Bethamann-Hollweg (*Der Civilprozess Rechts in geschichtlicher Entwicklung, 1864-1874* - “O processo civil do direito comum em seu desenvolvimento histórico”)²⁴, não resta dúvida de que foi também fortemente influenciado pelas teses de Bernhard Windscheid, que em obra publicada em 1856, - *Die Actio des römischen Zivilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts* (“A ação do direito romano do ponto de vista do direito civil”), possibilitou a conciliação de uma determinada noção de direito subjetivo (prerrogativa sobre a conduta alheia) com a de processo²⁵, restando, portanto, a Bülow, apenas a estruturação da teoria

²² BÜLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p.2.

²³ BÜLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p.1, nota 1 e p. 3, nota 3.

²⁴ Segundo observa Bülow, nesta obra, Bethamann-Hollweg, embora sem maiores esclarecimentos, afirma que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas (BÜLOW, Oskar von. *La Teoria de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p.1, nota 1).

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 71.

da relação processual. Esta observação não escapou a Dinamarco²⁶:

von Bülow não foi, na realidade, o primeiro a intuir a existência dessa relação jurídica processual. Antes dele, já tinha sido feita uma referência a esta na obra de Benthmann-Hollweg, que ele próprio cita. Seu mérito indiscutível foi o de apresentar sistematicamente a teoria da relação processual, que antes fora objeto de um simples aceno [...] Essa discussão [refere-se ao debate entre Windscheid e Muther], porém, despertou a doutrina para a existência de dois planos a observar, o substancial e o processual, distinção esta que veio exposta sistematicamente na obra de Bülow, onze anos após encerrada a polêmica.

A teoria desenvolvida por Bülow encontra suas bases na idéia de subordinação de um dos sujeitos da relação jurídica processual ao outro, idéia esta compatível com as construções do direito privado da época, marcadas por concepções individualistas.

A teoria do processo como relação jurídica é a que prevalece hoje em, praticamente, todos os estudos jurídicos nacionais. Adotada pela escola instrumentalista do processo, tem como seus maiores expoentes, dentre tantos outros, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery. A Teoria do Processo como relação Jurídica (hoje Instrumentalista²⁷), predomina na confecção de códigos e leis processuais, tendo sido aperfeiçoada por Chiovenda, Camelutti, Calamandrei, Liebman, Alfredo Buzaid e Dinamarco. Embora os adeptos dessa teoria acreditem que fizeram a distinção clara entre processo e procedimento, o que se verifica é uma verdadeira confusão terminológica. Ada Pellegrini²⁸ entende que “procedimento é apenas o meio

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. V. I, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41-42, 44.

²⁷ Hodiernamente não se deve confundir a Escola do Processo como relação jurídica entre pessoas com a atual Escola Instrumentalista do Processo. A primeira tem como marco teórico a obra de Bulow; já a segunda escola parte da teoria bulowiana, trazendo questões até então não tratadas na obra do renomado jurista alemão. Os denominados instrumentalistas, ora representantes da tradicional Escola Paulista de Processo, além de tratar o processo como instrumento para o exercício da jurisdição, afirmam que o presente instituto processual possui escopos metajurídicos, o que não fora discutido na obra de Bulow, nos idos de 1868.

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.279.

extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica”. Já por processo entende-se marcha avante, caminhada, sendo o processo instrumento para o exercício da jurisdição.

A situação é agravada quando a chamada Escola Instrumentalista do Processo trata dos escopos metajurídicos do processo e da jurisdição, definindo o processo, nos dizeres do Professor Rosemiro Pereira Leal²⁹, “como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade”.

Como a teoria do processo como relação jurídica pauta-se no ideal do individualismo vigente quando do período do iluminismo, a mesma encontra-se atrelada à idéia de direito subjetivo na concepção romana de *facultas agendi*. As teorias que trabalham com os antigos conceitos de relação jurídica e de direito subjetivo, na clássica aceção, são ainda predominantes na ciência do Direito Processual³⁰.

O modelo clássico de relação jurídica construiu-se sobre a idéia de que ela é um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico³¹. Para a Escola Instrumentalista há uma hierarquia entre autor e réu, estando o autor em posição superior ao réu e estes subordinados ao juiz.

A teoria do processo como situação jurídica, criada por James Goldschmidt em 1910, para quem o processo, por não ser estático, não é uma relação jurídica, era compreendida como uma situação jurídica. Para Goldschmidt o processo é um duelo, com a criação e a utilização de inúmeras estratégias, nas quais a decisão do juiz será produto da atuação das partes. O processo é um meio de criação de expectativas de argumentos estratégicos destinados a convencer o juiz. O processo goldschmidtiano estrutura-se numa visão maniqueísta de ganhar e perder, sendo visto como um duelo entre as partes, um verdadeiro jogo no qual as partes buscam uma vitória espetacular. O juiz continua com os seus poderes e faculdades carismáticas na condução do processo³², praticando abusos e arbitrariedades quando da prestação jurisdicional. Para o Prof. Rosemiro “o processo era uma forma alegórica de canteiro judicial

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 89.

³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 72.

³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 73/74.

³² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 90.

onde as partes lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador”³³. Talvez nesta concepção esteja a origem de expressões comumente ouvidas pelos corretores de nossos fóruns, entre as quais, “fulano ganhou o processo”.

O espanhol Jaime Guasp foi o fundador da teoria do processo como instituição jurídica (1940), idealizando tal teoria sob o impacto do sociologismo reinante à época. A concepção institucional do processo se apóia em uma série de supostos mais sociológicos que jurídicos. O processo é um conjunto de condutas, como a instituição instrumental de direitos decorrentes dos costumes, ética social e dos direitos praticados pelos tribunais. Esta teoria tem cunho sociológico, tendo sido criada entre os anos 30 e 40 do século XX, período em que se deu a propagação das idéias positivistas e que faziam sucesso entre os intelectuais da época. Ao contrário do que pensava Guasp, atualmente o processo vem assumindo o *status* de direito fundamental constitucionalizado. No Estado Democrático de Direito não se pode falar em outro processo que não seja o processo constitucional.

O constitucionalismo, como arcabouço de garantias no Estado Democrático de Direito e limitação das condutas arbitrárias do Estado, é um movimento do nosso tempo, a partir da reorganização do mundo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Segundo o Professor Rosemíro Pereira Leal³⁴:

O movimento constitucionalista, após 1945, afora o golpismo de caserna que ainda marca algumas nações atrasadas, aflorou-se em necessidade de assegurar direitos fundamentais de liberdade e dignidade dos povos, por sua autodeterminação, em estatutos jurídico-políticos básicos (CONSTITUIÇÕES) votadas e aprovadas pelo povo, ou seus representantes diretos, como fonte, núcleo e paradigma dos ordenamentos nacionais.

Grande contribuição trouxe o processualista italiano Elio Fazzalari ao distinguir, com precisão, processo e procedimento, através de sua teoria do processo como procedimento em contraditório. Não se define processo como a mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas sim pela presença do contraditório entre as partes, em simétrica paridade

³³ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 90.

³⁴ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 91.

de armas. O processo deve ser visto como uma estrutura técnica construída pelas partes sob o comando do modelo normativo processual.

Na teoria fazzalariana, o processo é espécie do procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento final. Dessa forma, é possível afirmar que procedimento é gênero do qual processo é espécie.

A obra fazzalariana trouxe enorme contribuição para a ciência processual. Para Fazzalari, procedimento é uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais numa relação espaço-temporal segundo modelo legal, em que o ato inicial é pressuposto do ato consequente e este como extensão do ato antecedente e assim sucessivamente até o provimento final. Processo é a ordem progressiva de preclusões, ou seja, é espécie do procedimento à luz do contraditório. Ainda que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura jurídica espaço-temporal³⁵, não haverá processo. Nessa teoria a sentença não é um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores no procedimento em contraditório entre as partes.

A contribuição de Fazzalari se deu na distinção do processo e procedimento pelo atributo do contraditório. É o contraditório conquista histórica juridicamente constitucionalizada em direito-garantia, que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no processo. Embora Fazzalari não tenha idealizado o contraditório como um instituto do Direito Constitucional, tal não era de se esperar do ilustre processualista, visto que, à época em que se elaborou sua teoria, não havia iniciado os estudos do movimento constitucionalista, abordados a seguir.

O professor e constitucionalista mineiro, José Alfredo de Oliveira Baracho, pioneiro no mundo no estudo do tema Constituição e Processo, por meio da obra *Processo Constitucional*, criou a teoria constitucionalista do Processo, pela qual o processo é uma instituição constitucionalizada apta a reger em contraditório, ampla defesa e isonomia o procedimento. Como a obra foi lançada no início dos anos 80, quando ainda não havia sido implantado o atual modelo de Estado, sua teoria foi inicialmente incompreendida. Para tal teoria, o processo é direito-garantia fundamental, e não mero instrumento para o exercício da jurisdição, como ainda preconiza a Escola Instrumentalista do processo, que continua concebendo o processo numa acepção individualista e presa aos ideais

³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 59-154.

que nortearam a Revolução Francesa. O processo, quando visto como direito-garantia fundamental, pautado no devido processo legal, que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, representa uma conquista histórica da humanidade na luta secular contra a tirania, os abusos e arbitrariedades cometidas e causadas comumente pelo Estado. A soberania popular é a única fonte legítima de poder, haja vista a possibilidade do povo exercer a fiscalidade dos atos estatais a fim de coibir qualquer tipo de abuso na confecção e execução dos diplomas legislativos. O processo, dessa forma, deve ser visto como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania e, portanto, elemento essencial à construção de um conceito moderno de Estado Democrático de Direito.

A lei é um ato jurídico que, para sua legitimidade, nos Estados Democráticos de Direito, há de passar, em sua elaboração e discussão, pela procedimentalidade regida pelo processo em seus imperativos, que são a ampla defesa e o contraditório, em regime de isonomia entre os legisladores, no debate amplo, plenário, do projeto legislativo, até a sua aprovação, que é o provimento final denominado lei³⁶.

Destaca-se a recente teoria neo-institucionalista do processo, sugerida pelo também professor mineiro, Rosemiro Pereira Leal. Aqui não se atribui a concepção guaspiana de instituição. Este termo recebe a acepção, nas palavras do citado professor:

de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso a jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados³⁷.

³⁶ “São os destinatários da normatividade legislada que legitimam a validade e eficácia do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Os destinatários são os únicos legitimados a testificar incessantemente a vigência, a validade e a eficácia do ordenamento jurídico”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. v. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004, p. 92).

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 95.

Sabe-se que a teoria neo-institucionalista do processo só pode ser compreendida através de uma teoria constitucional de direito democrático³⁸ de bases legitimantes na cidadania. O que difere a teoria neo-institucionalista do processo da teoria constitucionalista é a consciência participativa do povo na construção dos provimentos jurisdicionais, na fiscalidade da confecção e execução dos diplomas legislativos. Parte-se, portanto, de uma aceção de exercício de uma completa cidadania como conquista histórica constitucionalizada de produção de direitos fundamentais em enunciados jurídicos plebiscitariamente decididos. A principiologia dessa teoria é a legitimidade conferida ao povo para a realização do controle irrestrito dos procedimentos político-jurídicos. Pauta-se, portanto, na teoria do discurso e buscando-se a efetivação permanente ou de reconstrução ampliativa da cidadania.

O processo, enquanto instituição constitucionalizada, deflui de uma Sociedade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado.

O Brasil adota, em seu artigo 1º da Constituição Brasileira, o modelo de Estado Democrático de Direito. Trata-se de norma constitucional a ser executada, não devendo prosperar a idéia de que a Democracia, em nosso país, é utopia. A Democracia existe pelo fato de se conferir legitimidade ao povo para o exercício da fiscalidade dos atos estatais, pois a participação ativa do cidadão no discurso jurídico é o elemento essencial à caracterização e realização efetiva da Democracia. O processo aqui é concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos.

O que se busca com a teoria neo-institucionalista é a definição de um conceito do que seja processo, fundada na estrutura de um discurso jurídico que possibilite o exercício permanente da cidadania. O processo enquanto instituição constitucionalizada tem como pressuposto democratizante e lógico a realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso constitucional.

³⁸ “A democracia não é algo acabado, consiste na participação de todos os destinatários, quer da lei ou do provimento, na produção, aplicação, interpretação e fiscalização incessante da constitucionalidade (co-instituições). O exercício da democracia não se limita à participação do povo nas eleições. Um decisão somente retratará “expectativas socialmente compartilháveis” se for construída por todos os destinatários e não pressuposta em algum momento anterior. Não bastam leis democráticas por si só, são necessárias implicações hermenêuticas (interferência intelectual) dos destinatários das normas e do provimento. A legalidade per se não suficiente para validar a legitimidade”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. In: *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. v. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004. p. 88).

2.2 - TEORIA DO DISCURSO E PRINCÍPIOS INSTITUTIVOS DO PROCESSO

Estudar a teoria processual em base epistemológica hodiernamente no direito brasileiro é uma tarefa bastante árdua, haja vista a prevalência de concepções equivocadas acerca dos institutos processuais (processo e procedimento), e interpretações que conferem plenas condições para a prática reiterada de ilegalidades³⁹. É por essa e tantas outras razões que o processo não pode continuar sendo visto como o instrumento para o exercício da jurisdição, como preleciona a Escola Instrumentalista do Processo (considerada uma evolução da Escola do Processo como Relação Jurídica entre pessoas), atribuindo escopos metajurídicos ao processo. Segundo o atual modelo de Estado, o processo deve ser visualizado como instituição constitucionalizada, ou seja, enquanto metodologia de execução e garantia dos direitos fundamentais⁴⁰. O caminho para o estudo do processo, segundo essa última corrente, é o devido processo constitucional, para que seja possível desvencilhar-se do que vem ocorrendo com as últimas reformas do Código de Processo Civil, onde é nítida a incompatibilidade das ditas reformas com os direitos e garantias fundamentais. Tais alterações na legislação processual civil pátria não distinguem até hoje

³⁹ [...] por ter sido confeccionado o vigente CPC (1973) sob a influência marcante dos discípulos de Liebman, torna-se penoso, para o estudioso do Direito Processual no Brasil, lidar com o seu discurso estatalista, autocrático, anacrônico e pretoriano, onde o juiz comparece com poderes e faculdades congênicos; a jurisdição é centro gravitacional do processo; o juiz justiceiro supre a figura do advogado e a inércia da parte; procedimento e processo não se distinguem; os prazos são fatais somente para os advogados: o Estado e o Ministério Público não sofrem sanções por denúncia infundada ou caluniosa, os bens do Estado são impenhoráveis; liminar e antecipações de tutelas são regradas por expressões herméticas e pela sensibilidade do juiz; a agilidade do processo se dá pela quebra do contraditório. A linguagem do Código é ambígua em vários aspectos [...]. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 101. Na construção do Estado Democrático de Direito deve-se romper com a tradição 'poderes instrutórios do juiz' com a finalidade de instalar efetivamente o discurso democrático no qual os verdadeiros destinatários dos provimentos participam da sua construção.

⁴⁰ O estudo do processo enquanto instituição constitucionalizada deve-se ao grande jurista brasileiro José Alfredo de Oliveira Baracho, ao mexicano Hector Fix-Zamudio bem como pelos estudos do ilatino Ítalo Andolina. Oportuna a observação de Leal: "[...] que o processo em seus novos contornos teóricos na pós modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se, em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, da legislação e da jurisdição". LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 93

processo de procedimento⁴¹, algo que já foi feito por Elio Fazzalari⁴² em sua teoria do processo como procedimento em contraditório.

Sendo o processo metodologia para a garantia dos direitos fundamentais, ressaltam-se os princípios que lhe são integrantes, quais sejam, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa. Com sede constitucional⁴³, tais princípios representam a espinha dorsal no estudo da teoria processual hoje, tendo em vista ser impossível falar em Teoria do Discurso⁴⁴ fora do âmbito da processualidade democrática⁴⁵.

⁴¹ Afirmando indistintos o Processo do procedimento, por conceituá-los de modo obscuro, os adeptos da escola da relação jurídica e os instrumentalistas falam em princípios gerais do direito processual, numa mistura em que se agrupam, num amontoado de conceitos, as características do processo, do procedimento e da jurisdição. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 102

⁴² Na concepção Fazzalariana, procedimento é gênero que comporta como espécie o processo. Assim, o elemento caracterizador e distintivo do processo e do procedimento é o contraditório. Dessa forma, Fazzalari foi o precursor da concepção do processo enquanto procedimento em contraditório. Ressalta-se que quando da criação da presente teoria o contraditório não dispunha de tratamento constitucional, e nem poderia esperar por isso do insigne jurista italiano, o que veio a ser feito na obra de José Alfredo de Oliveira Baracho, o precursor do estudo do processo constitucional no Brasil.

⁴³ Artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Brasileira.

⁴⁴ A Teoria do Discurso é o caminho para a legitimidade das normas jurídicas no Estado Democrático de Direito. Quanto se fala em Teoria do Discurso, necessariamente deve-se reportar ao estudioso Jürgen Habermas, que trouxe para a comunidade acadêmico-científica a reflexão do discurso pautada não na filosofia do sujeito, como preconizado até então por Kant, mas sim na filosofia da linguagem. Um recorte que deve ser feito na obra de Habermas é que ele trabalha na realidade nua, ou seja, na concepção discursiva desvinculada da processualidade democrática assegurada através dos princípios institutivos do processo. Por isso, quando se fala em discurso na teoria habermasiana deve-se tomar muito cuidado, até mesmo por se tratar uma teoria construída por um estudioso cuja formação é filosófica.

⁴⁵ O enunciado processualidade democrática é uma construção do Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal, que com a Teoria Neo-institucionalista do Processo faz a leitura do discurso em conformidade com os aspectos democráticos trazidos pelos princípios institutivos do processo. É com Leal que se pode realmente falar em Discurso Democrático. Oportuna a seguinte colocação: *"os liberais e republicanos ainda não perceberam é que o povo é um conjunto de indivíduos circunscritos a um recinto espacial no qual a plebiscitarização do direito, ao se fazer pela processualidade, em paradigmas institucionais democráticos já constitucionalizados, não ocorre pela mobilização ou escuta provocada das massas populares, mas pela fiscalização jurídico-processual abstrata e concreta, irrestrita e incessante, da constitucionalidade no espaço procedimental e não físico-nacional"*. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 181. Portanto, mobilizações de toda a ordem e categoria em nada transformarão as expectativas de direito preconcebidos no plano da efetivação dos direitos fundamentais, senão através de procedimento apto e adequando em que seja estabelecido um imediato diálogo no espaço procedimental com a valoração dos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa), bem como com a participação do advogado, por imperativo constitucional (artigo 133 da Constituição Brasileira) no controle dos atos praticados pelos ocupantes de cargos na esfera legislativa, executiva e jurisdicional.

A garantia constitucional do contraditório, antes restrita ao processo penal, encontra-se de forma expressa na Constituição do Brasil, em relação ao processo civil e administrativo, de modo a proporcionar aos litigantes e aos acusados o direito a exercer de forma plena a sua defesa. Acrescente-se às observações feitas que, embora seja um direito-garantia fundamentado na Constituição, há aqueles, como assinala Cretella Júnior, citado por Albuquerque, que persistem na afirmativa de que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias constitucionais próprias do processo penal⁴⁶. O fundamento do contraditório é a liberdade que cada parte tem de contradizer os argumentos da outra parte. O processo sem o contraditório perderia a sua base jurídico-democrática e se tornaria um procedimento inquisitório, em que o arbítrio do julgador *seria a medida imponderável da liberdade das partes*⁴⁷.

Em estudo recente o professor André Cordeiro Leal assim se manifesta acerca do contraditório: “O contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais”⁴⁸.

A isonomia, outro princípio institutivo do processo e com sede constitucional, é uma garantia prevista em vários países de feições democráticas. O que prevalece hoje no direito brasileiro com relação ao estudo do princípio da isonomia é que se deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, no âmbito de suas desigualdades. Trata-se de uma concepção tautológica que parte do pressuposto lógico de existência de uma desigualdade estrutural na sociedade, no qual o princípio da isonomia seria o balizador para amenizar essas diferenças; é daí que advém a diferenciação entre isonomia formal e material, defendida por renomado constitucionalista brasileiro⁴⁹. O que deve

⁴⁶ O mestre J. Cretella Júnior ao comentar esse princípio constitucional ensina que o instituto do contraditório é peculiar do processo penal e não se confunde com o instituto da contestação, típico do processo civil. Contudo, ao comentar o princípio da ampla defesa diz que este abrange a regra do contraditório, complementando-se os princípios e que se resumem os dois no postulado da liberdade integral do homem. Completando a sua argumentação, preleciona que a defesa a que se refere o inciso LV do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988, é a defesa em que há acusado, portando, a defesa em processo penal e fiscal-penal ou administrativo, ou policial. ALBUQUERQUE, João Batista de. *O contraditório e a sentença trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999, p. 27

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 104.

⁴⁸ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 88.

⁴⁹ Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213

ficar cristalino nessa análise é que não se pode falar na existência de uma desigualdade estrutural em sede de direitos fundamentais; mesmo havendo diferenças sociais e econômicas entre as pessoas, em sede de direitos fundamentais todos são iguais⁵⁰.

A ampla defesa é uma coextensão do contraditório e da isonomia, trazendo a idéia de oportunidade efetiva para que as partes possam se manifestar em tempo razoável⁵¹ e tenham a sua disposição os mais diversos instrumentos jurídicos de defesa. A crítica que se faz às recentes reformas do CPC é no que diz respeito à ofensa ao princípio da ampla defesa, tendo em vista a clara incompatibilidade de tais alterações legislativas com os direitos fundamentais; as técnicas de sumarização do procedimento são muitas vezes inconciliáveis com a amplitude de defesa. A mutilação do direito fundamental à ampla defesa representa claramente um retorno ao processo inquisitório. O princípio em comento no Estado Democrático de Direito deve ser visualizado como a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la.

2.3 - A PROVA COMO *ITER* PARA A CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO FINAL

Dezesseis anos já se passaram desde a promulgação da Constituição Brasileira e a execução dos direitos fundamentais por meio do processo constitucional ainda é uma novidade, haja vista as poucas mudanças que se nota na realidade sócio-jurídico-econômica brasileira. O Judiciário no Brasil ainda continua sendo um reduto de decisões imprevisíveis, tudo decorrente da equivocada concepção da teoria processual ainda vigente e difundida pela Escola Instrumentalista de São Paulo (considerada uma evolução da Escola do Processo como Relação Jurídica entre as pessoas, criada pelo alemão Oskar von Bulow nos idos do ano de 1868).

A lei, que deveria implementar o discurso democrático e ser o caminho para a implementação do Estado Democrático de Direito ainda continua em segundo plano para muitos magistrados. A raridade de decisões jurisdicionais

⁵⁰ O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do PROCEDIMENTO. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 104

⁵¹ Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 104

em que sejam mencionados os fundamentos⁵² e os objetivos fundamentais⁵³ do Estado brasileiro é uma realidade em nosso Judiciário, que infelizmente carece de pesquisa jurídica e reflexão científica compromissada com os pilares da democracia brasileira.

O Estado que se rotula Democrático de Direito ainda caminha a lentos passos rumo aos ideais que se quer propagar no plano do sistema normativo e no plano do discurso constitucional, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais enumerados no artigo 5º da Constituição⁵⁴. Nesse espaço reflexivo, e no trato dos princípios que norteiam o estudo do processo na pós-modernidade⁵⁵, têm-se a pretensão de palmilhar, ainda de forma propedêutica, pesquisa centrada na *Teoria da prova como iter para a construção do provimento final*.

Os primeiros condutores constitucionais, nesse sentido, são os conteúdos extraídos do artigo 5º, incisos LV e LVI⁵⁶. O que se pretende esclarecer nessa pesquisa é que os provimentos jurisdicionais finais só serão legítimos quando construídos conforme o direito processual da pós-modernidade⁵⁷. São esses direitos fundamentais inseridos na Constituição os responsáveis pela releitura da teoria da prova no direito processual brasileiro.

Na teoria do direito democrático o estudo da prova perpassa pelos seguintes princípios: indiciariedade, idearidade e instrumentalidade⁵⁸. Leal

⁵² Artigo 1º da Constituição Brasileira

⁵³ Artigo 3º da Constituição Brasileira

⁵⁴ Ressalta-se que o artigo 5º traz um rol meramente exemplificativo dos direitos fundamentais e que os mesmos devem ser interpretados de forma extensiva, e nunca restritiva.

⁵⁵ *"A pós-modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixada ao longo de séculos de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, que, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seu juízo de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedade pluralísticas e transculturais da atualidade"*. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 30

⁵⁶ Art. 5º, inciso LV e LVII CF/88: aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

⁵⁷ *"Ao se falar num direito processual da pós-modernidade, almeja-se com essa expressão, identificar nos textos positivados o conjunto de normas institucionalizadas pelo modelo jurídico do devido processo constitucional que, em sua gênese, reina significância de superação da heteronímia produtiva do direito de tal modo a ensejar a construção procedimental de uma legalidade que se abre à crítica corretiva ampla e irrestrita"*. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 28

⁵⁸ *"Assim, os princípios conceituais da prova consistem na indiciariedade (existência de elemento sensível na realidade objetiva), na ideariedade (apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto), e na instrumentalidade (materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídico)"*. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 178

ressalta que o estudo da prova deve ser feito nas dimensões de tempo, espaço e forma, ou seja, o elemento de prova relaciona-se ao espaço, o meio de prova é um conceito aderido ao elemento tempo, qual seja, é a consciência da existência do elemento de prova, e ao final a forma é a instrumentalização do elemento de prova através de documentos e demais formas, tais como a verbal⁵⁹. Provar não é o sinônimo de reconstruir a verdade, mas sim o momento assegurado às partes para a demonstração dos elementos relevantes à construção participada do provimento jurisdicional final.

Outra relevante discussão diz respeito à legalidade e legitimidade das provas. Capez⁶⁰ afirma categoricamente em sua obra que provas ilegítimas são aquelas eivadas de vício concernentes às normas de direito processual, enquanto as provas ilegais seriam aquelas com vícios de direito material. Percebe-se que tal dicotomia não se coaduna com a teoria do direito democrático, tendo em vista não trabalhar nessa visão maniqueísta entre direito material e direito formal; em se tratando de direitos fundamentais, construídos discursivamente no plano constituinte, todos são direitos, sendo assim desnecessária tal classificação.

Importante destacar o tema legalidade das provas, meios, elementos e instrumentos. Sabe-se que tal discussão remeterá o leitor à própria legitimidade das normas jurídicas que autorizam a sua produção. Em se tratando de normas legítimas, ou seja, normas jurídicas produzidas conforme o disposto no Devido Processo Legislativo (considerado uma vertente do Devido Processo Constitucional), conseqüentemente poder-se-á falar em legalidade das provas.

A prova não se destina à formação do livre convencimento do julgador, mas deve ser caminho necessário à construção do provimento final. Essa é uma crítica que se faz ao entendimento que a Escola Instrumentalista de Processo tem sobre o instituto processual da prova. Sabe-se que a prova não deve ser produzida com o fim voltado à formação do convencimento do julgador, ela pertence ao procedimento jurídico-processual instaurado pelos jurisdicionados e tem como função o esclarecimento da pretensão levada ao Judiciário.

O que o Estado Democrático deve garantir ao jurisdicionado é a oportunidade de utilizar de todos os mecanismos probatórios lícitos e legítimos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Só assim é que poderá implementar efetivamente o contraditório, a ampla defesa e a isonomia enquanto princípios institutivos do processo. Oportuna a seguinte citação: "*Se jurisdição sem processo é inconstitucional (art. 5º LIV, da CR/88), a teoria da prova,*

⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 178

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 241.

como instituto jurídico, é imprescindível à compreensão da procedimentalidade democrática.⁶¹

Ressalte-se que Fazzalari, quando elaborou sua teoria: "*Processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes*", de forma esclarecedora, proporcionou ao mundo jurídico novas reflexões, relegando a um segundo plano a Escola Instrumentalista de Processo (considerada uma evolução da Escola da Relação Jurídica), porque, não voltada às dimensões democráticas instaladas no Brasil.

Aroldo Plínio Gonçalves pondera:

o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento. O provimento é um ato do Estado, de caráter imperativo, produzido pelos seus órgãos no âmbito de sua competência, seja um ato administrativo, um ato legislativo ou um ato jurisdicional⁶².

Ressalta-se ainda o entendimento de Fazzalari:

A atividade preparatória do provimento é o procedimento que, normalmente, chega a seu termo final com a edição do ato por ele preparado, por isso, esse mesmo ato de caráter imperativo geralmente é a conclusão do procedimento, o seu ato final⁶³.

Fazzalari conseguiu distinguir processo de procedimento. Assim, ressaltam-se as seguintes intervenções teóricas do Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves:

O procedimento não é atividade que se esgota

⁶¹ LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 185

⁶² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 102.

⁶³ Elio Fazzalari. *Instituzione di Diritto Processuale*. 5ª edição, Padova: Cedam, p. 7/8.

no cumprimento de um ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que o disciplinam, em conexão entre elas, regendo a seqüência de seu desenvolvimento⁶⁴.

Destaca-se a própria manifestação de Fazzalari acerca do tema:

O processo começará a se caracterizar como uma “espécie” do “gênero” procedimento, pela participação na atividade de preparação do provimento, dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius*, dessas pessoas⁶⁵.

Os interessados no bem da vida não só detêm interesses específicos, como estão aptos a argumentar suas ponderações que o direito lhes contempla de forma e modo eficiente, dinâmica e real, e não como “atores coadjuvantes que situam-se no palco” a espera da resposta do decisor, que “oportuniza ou não” a produção de provas, quando na realidade deveriam ser os protagonistas. Mesmo porque “poderes instrutórios do juiz” não se coadunam com o marco teórico da presente pesquisa.

Ainda com relação à garantia constitucional do *contraditório*, Aroldo Plínio Gonçalves resgata:

O contraditório não é apenas “a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, aqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do

⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 108.

⁶⁵ Elio Fazzalari. *Instituzione di Diritto Processuale*. 5ª edizione, Padova: Cedam, p. 54.

provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor⁶⁶.

Afirma-se que o contraditório hoje, frente ao modelo de Estado Democrático de Direito, é direito fundamental de todas as pessoas que participam direta ou indiretamente da construção do provimento jurisdicional final. Em se tratando de Democracia, no sentido de fiscalidade e participação ampla e irrestrita do povo nos atos da Administração Governativa, sabe-se que a construção do provimento jurisdicional final perpassará também por essa fiscalidade processualizada e que tem como estrutura os princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa). Aroldo Plínio Gonçalves leciona o tema ora posto em debate:

O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável a outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo. O contraditório não é por isso, a mera participação no processo. Essa era a idéia originária do contraditório, quando a participação era concebida como o auge das garantias processuais. Participação no processo têm todos os sujeitos do processo, caso contrário não seriam “sujeitos dos atos processuais”. Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa entre elas, sendo elas as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento⁶⁷.

Na pós-modernidade, inviável ainda o continuísmo da figura do julgador como sendo o instrutor único e soberano, representando a figura do pretor

⁶⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120.

⁶⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 121.

romano, ditando regras que não se amoldam às diretrizes do Estado Democrático de Direito.

O que se denomina poderes instrutórios do juiz, também há de ser revisitado, com novos contornos e estudos jurídicos centralizados para assegurar às partes, além de igual tratamento, a ativa participação na preparação do provimento, porque, como salientado anteriormente, os efeitos do referido provimento serão suportados pelos jurisdicionados e não pelo agente público que representa e elabora aquele, e que após esta fase não possui mais qualquer compromisso com a sua decisão (seqüelas inerentes às decisões judiciais, “boas ou ruins”), vez que a tutela se fez exauriente, ao menos na concepção do julgador.

No estudo do Direito Processual Constitucional focaliza-se um marco teórico que veio a corresponder às expectativas dos juristas pós-modernos e realmente compromissados com a construção do processo no modelo do Estado Democrático de Direito.

Foi palmilhando lentamente que na disciplina de direito *processual constitucional* fora observado:

A palavra-chave para sintetizar o princípio do contraditório deixou de ser, pois, o termo defesa (“no sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheira”) para passar a ser o vocábulo *influência* (“no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo”) ⁶⁸.

Desse modo, se o provimento é construído entre as partes de forma ativa, a teoria da prova no Estado Democrático de Direito objetiva afastar a figura do decisor solitário e onisciente, visto que os efeitos do provimento jurisdicional final serão suportados pelas partes. Dessa forma ressalta-se o posicionamento de Rosemiro Pereira Leal acerca do tema:

A “valoração” no direito democrático ocorre pelo juízo discursivo processualizado ao atendimento de direitos fundamentais e não pelas estratificações ideologizadas das bases sociais pressupostas de uma racionalidade exorcizável. O direito democrático não tem bases fixas numa identidade suposta de entendimento popular por uma base silenciosa

⁶⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

de convenções alusivas a direitos não procedimentalmente decididos, porque o falante na democracia não é uma pessoa participante ou produtora de normas num espaço argumentativo sem balizamentos da processualidade⁶⁹.

Depreende-se que ganha potencialidade, principalmente com o pós-guerra, no qual o movimento constitucionalista se fez presente após grandes conquistas, que o ensino do Direito Processual Constitucional, como referencial torna-se tendência mundial; nesta particularidade, igualmente o estudo científico da teoria da prova, porque, pelo plano discursivo o processo constitucional tem a função precípua de fiscalidade.

Nos dizeres de Baracho

A exigência do Processo Constitucional surge como elemento da estrutura de um ordenamento jurídico complexo, no qual é indispensável o constante controle da conformidade da norma ordinária com a Carta Constitucional. É preciso que o remédio possa ser concebido e delincado em enquadramento instrumental que o aceite como princípio geral. O Processo Constitucional move-se em abstrato, não para regular um direito, mas sim estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito. Não fixa uma situação constitutiva, não realiza uma composição jurídica, comum às sentenças do juízo ordinário, mas limita-se a verificar a conformidade de uma norma vigente com a Constituição⁷⁰.

Em estudo epistemológico Rosemiro Pereira Leal esclarece:

Foi Echandia que mais estudou a *prova* em seus contornos taxionômicos, examinando-a de ângulos diversos, segundo objeto, forma,

⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 189/190.

⁷⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 347.

estrutura, função e outros múltiplos aspectos, como categoria, função, sujeito, utilidade, oportunidade, licitude. Destaca os principais pontos dessa reflexão enumerando-as: “Quanto ao *objeto*, referiu-se a *provas diretas* (testemunho ocular); *provas indiretas* (laudo pericial), *provas principais* (inspeção judicial), *provas secundárias* (testemunhas, confissão em audiência). Quanto à *estrutura*, *pessoais* (prova testemunhal, de parecer técnico) e *materiais* (mapa, fotografia, arma, objeto físico). Quanto à *função histórica* (fato ocorrido no passado) e *lógica* (presunção, indício, representatividade). Tem eixo fundamental na categoria tempo-meio a assegurar a conquista histórica do processo constitucionalizado que se configura pela conjugação-garantia dos princípios jurídicos da isonomia, ampla defesa, contraditório e do *due process of law* (direito à procedimentação das alegações de direitos pela conexão normativa de fonte democrática e não pela relação jurídica entre os sujeitos do procedimento)⁷¹ .”

Portanto, mister se faz a reflexão no âmbito do direito processual penal que, aliás, deve ser revisitado nos moldes da teoria do direito democrático, haja vista que a estrutura processual penal é produto de um período de exceção do direito brasileiro, com uma casta de juristas comprometidos com pequenos grupos sociais e que ainda persistem em continuar a refletir sobre a teoria da prova em traço meramente dogmático, como se fosse algo definido, perfeito e acabado.

Assim sendo, e com apoio na lição do jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, tem-se a título de exemplo a Lei nº 9.034/95⁷² que arbitrariamente veio a

⁷¹ Echandia. Teoría general de la prueba judicial. Buenos Aires:Zavalía, 1970, p. 51 e ss. *apud*. LEAL. Rosemiro Pereira. *Teoría geral do processo*. 5. Edição, São Paulo: Síntese, p. 179 e 184.

⁷² “*Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*. Artigo 1º. Esta lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando.

Artigo 2º. *Omissis*

II – a ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada. desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”.

conferir amplos poderes instrutórios⁷³ ao decididor, permitindo que o mesmo participe das investigações representando uma clara ofensa aos direitos fundamentais⁷⁴ assegurados no plano constituinte. A presente lei é um típico exemplo de ofensa aos princípios constitucionais orientadores da teoria processual democrática, mais especificamente quando se analisa o disposto no artigo 3º⁷⁵, onde é latente o desrespeito ao princípio da publicidade elencado no *caput* do artigo 37⁷⁶ da Constituição Brasileira que veio a estabelecer os princípios constitucionais orientadores da atividade estatal.

No estudo da teoria processual é importante ressaltar o que trata a presente lei com relação ao instituto probatório da ação controlada. Por ação controlada, enunciado usado pelo legislador, entende-se como a “infiltração de agentes públicos” em situações reais, nas quais aqueles, “respaldados pelo Estado e pelo decisor”, buscam elementos que entendem lícitos. Mas é fato notório, e a realidade assim o tem dito, a violação flagrante a preceitos constitucionais, visto

⁷³ “ Na doutrina não faltam vozes a considerar que a concentração de poderes nas mãos do juiz tem uma clara índole política, sendo expressão típica dos Estados ditatoriais”. Peyrano citado por BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 149

⁷⁴ “Também é oportuno que se esclareça direitos fundamentais, que, na pós-modernidade não pode designar o que é eternamente intrínseco ao ser humano como integrante de um Estado-Nação e que se explicitasse pelo reconhecimento recíproco entre os homens como atributos inatos e individuais de liberdade, igualdade e dignidade, porque os fundamentos desses congominados direitos humanos não de ser, na teoria de democracia, postos pela decidibilidade de cunho discursivo como forma processual ilustrada de institucionalização jurídica da vontade soberana da comunidade, que, por se prover pela teoria do processo de direito democrático, cumpre estabelecer os princípios a serem observados atinentes à isonomia, ampla defesa e contraditório, como fundamentos (autoprivação de liberdade) de demarcação do exercício da vontade criadora de direitos.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2002. p. 31

⁷⁵ “Artigo 3º da Lei 9034/95: nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. § 1º para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. § 2º o juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse feito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão *ad hoc*.” Do análise do presente texto de lei extrai-se o seguinte: a possibilidade conferida pelo legislador infraconstitucional ao magistrado de conduzir as investigações nas hipóteses de organizações criminosas certamente ofenderá a garantia constitucional da imparcialidade do juízo.

⁷⁶ Artigo 37 *caput* da Constituição Brasileira: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.”

que há uma verdadeira “fábrica de provas ilícitas”, provas estas que serão *oportuno tempore* manejadas no processo penal com repercussão na construção do provimento final. O contraditório passa a ser apenas uma “garantia” situada no corpo da Constituição, porém, não verificável em termos práticos. A propósito, Marcelo Cunha Araújo demonstra: “O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real, substancial”⁷⁷. A não participação do suposto autor de uma infração penal na fase pré-processual representa nítida contrariedade a teoria democrática do estudo da prova.

Relevante a discussão da celeridade processual no estudo da teoria da prova. As recentes reformas ocorridas no direito processual brasileiro retratam a busca incessante pela rapidez na marcha processual, comprometendo assim a executoriedade dos princípios institutivos do processo, bem como ofendendo profundamente a possibilidade do jurisdicionado de produção de provas que entenda relevantes a fundamentação de sua pretensão. Essas recentes reformas vem retratar na verdade da “legalização de ilegalidades pelo legislador infraconstitucional”, pois no Brasil o sistema de controle de constitucionalidade ainda é algo que causa insegurança em muitos magistrados. Assim retrata o Prof. Rosemiro Pereira Leal:

Proibindo-se meios ilícitos, a expressão *meios lícitos* significaria articulações lógico-jurídicas em espaço estrutural amplo, porque seria uma incongruência assegurar *ampla defesa* pela sumarização cognitiva, isto é, estrangulamento ou supressão do tempo-espaço de *provar* como se faz nos regimes autocráticos, em que se castiga, com uma *justiça rápida*, aqueles que por querelas desvaliosas e insignificativas vivem a ocupar o Poder Judiciário e a tranquilidade dos governantes e o bem-estar da Pátria⁷⁸.

Hodiernamente é impraticável o estudo “mascarado” da teoria da prova através de uma roupagem constitucional formal, sem garantir o efetivo acesso do jurisdicionado aos meios e elementos de prova nem tampouco a sua real participação ativa na construção do provimento final. No exemplo acima

⁷⁷ ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 p. 123.

⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB. 2004, p. 185

mencionado, é nítida a participação apenas de “agentes públicos” na construção do futuro provimento.

“O procedimento processualizado é a prova das provas. Sem procedimento (relação espaço-temporal formalizada) não há como operacionalizar democraticamente o instituto da prova”⁷⁹. É salutar a crítica elaborada por Rosemiro Pereira Leal quando menciona: “o que mais se lamenta, na prática, é o julgador escusar-se de valorar a prova, isto é, sequer dizer que viu a prova nos autos, motivando interposição de embargos declaratórios que, muitas vezes, também não são lidos pelo julgador”⁸⁰. Entende-se que o julgador não é o destinatário final de todas as provas, e igualmente o “senhor” na delimitação das mesmas e sua necessidade.

Voltado aos ideais para a efetiva construção do Estado que se quer Democrático de Direito, novos comportamentos tendem a romper com a tradição positivista extremada, que é totalmente “vesga” na aplicação, preparação e condução do provimento jurisdicional com o enfoque voltado ao princípios da legalidade e cumprimento efetivo da Constituição, ou seja, para a Hermenêutica Constitucional pautada na filosofia da linguagem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É mister a revisitação do estudo da teoria do processo nos moldes do direito democrático, o que pressupõe a fiscalidade ampla e irrestrita dos atos da Administração Governativa. Isso é possível através de um discurso processualizado pelos princípios institutivos do processo, porquanto a legitimidade de todos os provimentos construídos no Estado Democrático de Direito é alcançada por meio do Devido Processo Constitucional.

Sabe-se que a Teoria do Discurso na pós-modernidade levou a comunidade acadêmica a repensar os institutos processuais, dentre os quais o instituto da prova, numa vertente direcionada à participação ativa e plebiscitária do jurisdicionado na construção dos provimentos, buscando-se a implementação gradativa do atual modelo de Estado.

A reestruturação do estudo do direito processual deve-se à Escola Mineira de Processo, que, preocupada com a compatibilidade das reflexões da teoria

⁷⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004, p. 187.

⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004., p. 188.

processual aos moldes da concepção democrática preconizada em nossa Constituição, vem rediscutir concepções e institutos até então sedimentados em todo o ensino jurídico-pedagógico ministrado no Brasil pela Escola Instrumentalista de Processo.

Sabe-se que o pilar de toda essa reflexão encontra-se nos princípios institutivos do processo, considerados o meio legitimador do discurso democrático, porque, a normatividade até então operacionalizada concentra a sua discussão no plano da validade e eficácia das normas jurídicas. Sabe-se que atualmente tal discussão é questionável, porque a construção do modelo de Estado Democrático passa pela discursividade processualizada e legitimadora dos atos legislativos implementadores do princípio da legalidade enquanto estrutura procedimental do presente regime político.

Toda a discussão exposta deve ser aproveitada no estudo da prova enquanto instituto do direito processual. Pelo discurso democrático sabe-se que os provimentos jurisdicionais só adquirirão legitimidade quando submetidos à real participação do jurisdicionado na sua construção. Essa proposta teórica não se concretizará por intermédio de decididores acostumados com a pseudo-discricionariedade vigente no meio jurídico, pautada na sapiência nata do julgador, cuja formação dogmática inviabiliza a discursividade ora proposta.

Deve-se deixar cristalino que o instituto processual da prova não pertence ao juiz, mas ao procedimento jurídico-processual instaurado. A prova não tem a finalidade de formar a livre convicção do juiz, visto que todos os provimentos democráticos, sejam eles legislativos, judiciais ou administrativos, serão legítimos se construídos mediante participação do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, João Batista de. **O contraditório e a sentença trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

ALMEIDA, Andréa Alves de. A efetividade, eficiência e eficácia do processo no Estado Democrático. In: **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. v. IV. Síntese: Porto Alegre, 2004.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O Novo Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

BÜLOW, Oskar von. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los presupuestos Procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichteschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. v. I, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni Di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1989.

GOMES, Luiz Flávio (org.). **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRECO, Leonardo. **A prova no Processo Civil**. Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina, v.5/6, n.1, p. 93-123, 2004.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio

de Janeiro: Forense, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Thompson-IOB, 2004.

_____. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

_____. A prova na teoria do processo contemporâneo. **Temas atuais de Direito Processual Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEAL, André Cordeiro. O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

