

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ROBERTO JOSÉ FERREIRA DE ALMADA

A GARANTIA DA PUBLICIDADE NO PROCESSO CIVIL

VITÓRIA

2004

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ROBERTO JOSÉ FERREIRA DE ALMADA

A GARANTIA DA PUBLICIDADE NO PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Garantias Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor José Roberto dos Santos Bedaque.

VITÓRIA
2004

FDV

**MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS**

ROBERTO JOSÉ FERREIRA DE ALMADA

A GARANTIA DA PUBLICIDADE NO PROCESSO CIVIL

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, _____ de _____ de 2004.

À memória de meus pais, Roberto e Vilma.

À minha esposa, Ana Rosa.

À Juliana, Gabriela, Roberto Neto, Pedro Frederico e
Maria Vilma,
meus filhos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar.

À minha mãe, Vilma Paraíso Ferreira de Almada, pela inspiração.

À minha esposa, Ana Rosa Almada, pela paciência.

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Roberto dos Santos Bedaque, pela generosidade do convívio e das lições.

Aos meus amigos Geovany Cardoso Jevaux e Américo Bedê Freire Jr., pelo estímulo e pelo exemplo de perseverança.

Aos colegas da magistratura, pelo apoio.

Aos colegas e aos professores do mestrado, pelas experiências e pelas angústias compartilhadas.

Tudo o que sonho ou passo,
O que me falha ou finda,
É como que um terraço
Sobre outra coisa ainda.
Essa coisa é que é linda.

Por isso escrevo em meio
Do que não está ao pé,
Livre do meu enleio,
Sério do que não é.
Sentir? Sinta quem lê!

(ISTO, Fernando Pessoa)

RESUMO

A legitimação e a controlabilidade das atividades judiciárias dependem do respeito que se deve devotar à garantia processual da publicidade. Assim, o princípio processual da publicidade, direito fundamental das partes e do povo nas suas relações com os juízes e com o Estado, no plano da jurisdição, está expresso no reconhecimento formal dos direitos de acesso à justiça, de defesa e ao contraditório, aqui compreendidos como direito à adequada possibilidade de participação no processo e na implementação do mecanismo técnico e político de revelação transparente dos atos imparciais realizados pelo Estado. A combinação desses dois atributos, contidos na garantia da publicidade, prestam-se a dotar o processo da sua imprescindível essência democrática. Cumpre destacar que as idéias inspiradoras da garantia processual da publicidade assentam-se na noção de que o poder pertence ao povo, já as atividades exercidas pelo Estado são fundadas no princípio da delegação popular, e não se ignora que os delegados do povo agem em seu nome, o que basta para que deles sejam exigidas as devidas contas a propósito de tudo aquilo que se realiza em favor da comunidade afetada por tais ações. Isso é suficiente para demonstrar por que e como é efetivamente necessário que os atos judiciários sejam revelados e compartilhados publicamente com o auditório universal, para que possam angariar a sua legitimidade popular intercomunicacional. Convém ressaltar que o princípio processual da publicidade advém de um padrão ético mínimo, fixado pelo povo para manter a serenidade dos relacionamentos interpessoais, e funda-se na justificação democrática do poder político, de modo a identificar, no Estado de Direito, o paradigma de legitimidade de todas as ações do Estado. Desta forma, enquanto o princípio do contraditório, expressão interna da publicidade, cuida de satisfazer a exigência da democracia processual na perspectiva das partes, cabe à garantia externa da publicidade atender a essa mesma expectativa no plano difuso da comunidade universal. Consagrada a garantia processual da publicidade no ambiente constitucional, a legitimação do processo civil é angariada pelos mecanismos populares de fiscalização e de controle ao gosto da democracia participativa ditada pelo agir comunicativo, cujo exercício há sempre de pressupor a obediência ao *standard* mínimo que se exige na revelação transparente e socialmente compartilhada dos atos jurisdicionais.

ABSTRACT

Legitimacy and popular controlability of the courts activities depend on the respect to the so called guarantee of an open and public proceeding. The principle of the public proceeding, a fundamental right of the people and the parties vis-a-vis the judge and the State, actually is expressed on the right of defense (*audiatur et altera pars*) of the parties, which deserve sufficient information on a way to participate on the relationship established with the representative of the State, and also as a technical and political mechanism of public revelation of the acts done by the State on the exercise of jurisdiction – both of those elements, that make the substance of this fundamental principle, provide the desirable democratic spirit to the proceeding. The ideas related to the guarantee of publicity come from the principle of popular sovereignty, as soon as the people detains the exclusive power to run their lives and destinies. The activities executed by the State always must be founded on a popular delegation, also, and the delegates of the people must act only on the name of the people, what mean that they have to explain their actions to the community affected by them. It shows why and how the judiciary acts need to be explained to the universal auditorium, and shared with it, only way to get popular and intercommunicational legitimacy for them. As any other of the several fundamental guaranties of the proceeding, the principle of publicity comes from a minimum ethical standard elected by the people to justify the serenity of the interpersonal relationships and also, as soon as it shows the need to control and fiscalize the public administration, it comes from a democratic justification of the political power on a way to identify, on a civilized territory, the paradigmatic standard of legitimacy of the general acts of the State. On one hand, the right of defense recognized to be applied to the parties, internal expression of the publicity, attends the democratic needs of proceeding on their own perspectives, while on the other hand, the external expression of the publicity satisfies the same need expressed by universal *auditorium*, which involves the entire community geographically involved by the jurisdiction. Considering that the full guarantee of the open and public proceeding is consagrated by the current constitutionalism, the legitimacy of the civil proceeding is gained only by the popular mechanisms of control and fiscalization typical of the participative and intercommunicational democracy, meaning the necessary respect to the basic standard of the public and socially shared revelation of the jurisdictional acts.

SUMÁRIO

RESUMO	06
ABSTRACT	07
1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	09
1.1 JUSTIFICATIVA	09
1.2 A IMPERFEITA PERCEPÇÃO DA PUBLICIDADE COMO GARANTIA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO	12
1.3 A FEIÇÃO INTERVENCIONISTA E PÚBLICA DO PROCESSO	15
2 A HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL E A PUBLICIDADE	28
3 A PUBLICIDADE E A LEGITIMAÇÃO DO PODER E DA JURISDIÇÃO ...	40
3.1 O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA: DIFERENTES CONCEPÇÕES DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO, E SUA INFLUÊNCIA NA NOÇÃO DE PUBLICIDADE	51
3.2 A PUBLICIDADE NO SISTEMA DA ORALIDADE	55
4 O QUADRO GERAL DAS GARANTIAS DO PROCESSO	65
4.1 A CONCORRÊNCIA DEONTOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS	72
4.2 A ORDEM DE PREFERÊNCIAS OU DE IMPORTÂNCIAS?	75
4.3 A INTERPENETRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO	77
4.4 A INTERPENETRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DO JUIZ NATURAL, DO CONTRADITÓRIO, DO DUPLO GRAU E DA LEGALIDADE	83
4.5 A RESTRIÇÃO PREVISTA PARA A GARANTIA DA PUBLICIDADE E A PONDERAÇÃO DE DIREITOS	85
5 A GARANTIA PROCESSUAL DA PUBLICIDADE	94
5.1 AS CATEGORIAS DE PUBLICIDADE	103
5.2 A PUBLICIDADE INTERNA	113
5.3 A PUBLICIDADE EXTERNA	118
6 SANÇÃO PROCESSUAL PELO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL	129
7 CONCLUSÃO	145
REFERÊNCIAS	148

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1 JUSTIFICATIVA

Partindo-se da premissa de que não mais se concebe a falta de transparência na atividade pública de prestação da tutela jurisdicional, a modernidade enaltece a virtude da publicidade dos processos judiciais e dos seus julgamentos.

No âmbito do tratamento constitucional positivo dedicado ao tema, dois são os preceitos que disciplinam a publicidade dos atos do processo, sendo um deles de caráter garantístico e geral (art. 93, inciso IX), que trata da necessária feição pública dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, e o outro de caráter pragmático, ou funcional, tendente à sua restrição (art. 5º, inciso LX), ao admitir a relativização da garantia sempre que se mostrar necessária à preservação da intimidade e do interesse social¹.

A doutrina que se dedica ao estudo desse assunto sustenta que os atos de autoridade exercidos por delegação popular sempre devem estar fundados em premissas de índole cognitiva e jamais índole potestativa, para que se apresentem demonstráveis e controláveis. Também no que interessa à atividade jurisdicional² –

¹ Comoglio afirma que “A publicidade dos atos processuais é suscetível de restrições apenas quando o exija a proteção da privacidade ou o interesse social; por conseqüência, todos os atos dos órgãos do poder judiciário são públicos e as decisões jurisdicionais são motivadas, sob pena de nulidade; mas a lei, onde se imponha o interesse público, pode limitar a presença em juízo, para o cumprimento de determinados atos, às partes e aos seus advogados, ou apenas a estes” (Tradução nossa). Para conferir credibilidade, segue o texto original: “La pubblicità degli atti processuali è suscettibile di restrizioni unicamente quando lo esiga la protezione della riservatezza ovvero l’interesse sociale; di conseguenza, tutti i giudizi dinanzi agli organi del potere giudiziario sono pubblici e le decisioni giurisdizionali sono motivate, a pena di nullità; ma la legge, ove lo imponga il pubblico interesse, può limitare la presenza in giudizio, per il compimento di determinati atti, alle parti ed ai loro avvocati, o soltanto a questi”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (Modeli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo:RT, n. 90, ano 23, abril-jun. 1998, p.141-142)

² Taruffo aduz que “Sob o plano da jurisdição, isso significa que a justiça não é mais a manifestação da vontade do soberano, ou do *Führerprinzip*, mas resulta do exercício de um poder que o povo delegou ao juiz” (Tradução nossa). Segue texto original, para dar credibilidade, “Sul piano della giurisdizione, ciò significa che la giustizia non è più una manifestazione della volontà del sovrano, o del *Führerprinzip*, ma risulta dall’esercizio di un potere che il popolo ha delegato al giudice”. (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 41)

dada à necessidade da população resgatar a soberania que lhe é de direito³, é necessário assegurar aos destinatários finais da função pública o conhecimento dos negócios estatais e permitir que se desencadeiem os mecanismos de seu controle difuso, quebrando a lógica oculta, ou autoritária, das ações do administrador e substituindo-a por condutas transparentes e compartilhadas com os cidadãos.

É nesse contexto que a publicidade, lado a lado com a motivação das decisões judiciais, mostra-se apta a cumprir a nobre missão de permitir, não apenas às partes do processo, mas igualmente a qualquer um do povo, jurisdicionados potenciais em sentido *lato*, a constatação concreta da lisura e da legalidade dos atos judiciais, particularmente exigindo que sejam comunicados todos e tantos quantos por eles possam se interessar, dando-se-lhes conhecimento geral por intermédio dos meios usuais de revelação.

Assim posto, parece confortável imaginar que o ordenamento jurídico vigente e mesmo a praxe forense estejam em total harmonia com o valor fundamental da publicidade dos julgamentos, tal como o exige a ordem constitucional vigente, embora com a possibilidade de sua restrição em caso de ponderação de bens fundamentais de mesma feição constitucional (art. 5º, inciso LX).

Ocorre, porém, que as coisas não se passam exatamente da maneira sugerida pela apressada ilação supra, quer porque ainda não houve suficiente amadurecimento do conceito de publicidade do processo – tanto assim que a doutrina de melhor calibre tem por hábito relegá-la ao nível de somenos importância, desconsiderando a sua aplicação em situações para as quais seria ela ainda assim imprescindível -; quer porque ainda habitualmente se relativiza a garantia constitucional em casos alheios àqueles excepcionados pelo real espírito da norma tendente à sua restrição, mediante ponderação de bens ou de direitos, de igual modo constitucionalmente tutelados – art. 5º, inciso LX, Constituição Federal.

³ Andrea Proto Pisani diz que a jurisdição civil, função estatal típica, é expressão direta da soberania popular. (PISANI, Andrea Proto. **Il consiglio superiore della magistratura e l'indipendenza della magistratura in Italia**. Palestra, p.2)

É exatamente para esses aspectos, além da sistematização do princípio constitucional relativo à publicidade do processo, que estarão voltadas as atenções deste trabalho, com o objetivo de serem afinal reveladas as remanescentes deficiências e as incompatibilidades das normas infraconstitucionais de regência e de certas práticas cotidianas do foro, em cotejo com os bens tutelados pela indigitada garantia, bem como pelas imperfeitas interpretações dedicadas ao tema pela doutrina e pela jurisprudência.

Necessário se faz, também, sem prejuízo do que se pôs a cogitar nas linhas anteriores, legitimar a atividade jurisdicional numa perspectiva atenta aos ideais da cidadania, atribuindo à publicidade o meio “sine qua non” de validação da função estatal, sob pena de se operar a subversão dos valores da democracia⁴.

É aqui que se deseja demonstrar a excepcional importância da publicidade como mecanismo capaz de validar aos olhos populares a atividade jurisdicional, dela retirando o habitual ranço, advindo da sua condição intervencionista no âmbito das esferas particulares dos interesses afetados, adequando os mecanismos processuais às expectativas e aos bens compartilhados pelo auditório universal⁵.

A relevância dessa abordagem epistemológica encontra especial justificativa no fato – nem sempre bem explorado – de não serem eleitos os agentes do Poder Judiciário, ao contrário dos demais mandatários públicos que se fazem agraciados pelo voto popular. O fundamento das funções jurisdicionais deve, então, ser publicamente revelado, sem subterfúgios, permitindo o controle crítico difuso e

⁴ Enrique Vescovi lembra que “A democracia, mais que um simples regime político, constitui todo um sistema de vida e, além da dimensão política – como sua indispensável sustentação – se integra à democracia social e econômica” (Tradução nossa). Para atribuir fidelidade, segue o texto original, “la Democracia, más que un simple régimen político, constituye todo un sistema de vida y se integra, además de la dimensión política – y como sustento indispensable – con la democracia social y económica”. (VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 360-379)

⁵ Michele Taruffo certifica que “A motivação deve ser, ao contrário, potencialmente direta ao ‘auditório universal’, em uma acepção concreta e histórica do termo, ou seja, ao cidadão de média cultura no lugar, no tempo e no contexto sócio-cultural em que a decisão é pronunciada” (Tradução nossa). Atribuindo fidelidade, segue o original, “La motivazione deve essere invece potenzialmente diretta all’ ‘auditorio universale’ in un’accezione concreta e storizzata del termine, ossia al cittadino di media cultura nel luogo, nel tempo e nel contesto sócio-culturale nel quale la decisione viene pronunciata”. (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada

generalizado da parte daqueles a quem afeta a dita atividade pública, quer no plano dos interesses concretos envolvidos, quer no plano genérico e potencial dos sujeitos da comunidade.

1.2 A IMPERFEITA PERCEPÇÃO DA PUBLICIDADE COMO GARANTIA DO PROCESSO DEMOCRÁTICO

A se admitir a concepção Chiovendiana da jurisdição, segundo a qual a atividade jurisdicional seria fruto do poder-dever atribuído ao Estado de pacificação dos interesses em conflito, para, em última análise, ensejar a atuação da vontade concreta da lei⁶ – teoria esta que não é bem assimilada pela sociologia do Direito que, ao contrário, defende para a jurisdição a missão de controlar a comunicação e finalizar o discurso dialético impondo obediência⁷ –, é importante sustentar, mesmo neste caso, que, a exemplo do que ocorre em outros campos da atividade pública (v.g., tributação, produção legislativa), a esfera privada dos indivíduos é diretamente afetada quando a jurisdição se realiza. Cumpre ao juiz realizar a jurisdição, valendo-se de um específico meio instrumental que se concebe pela via do processo, observando procedimentos previstos em lei⁸, particularmente devotando respeito às garantias constitucionais da justiça, dentre as quais podem ser citadas, sem demérito às demais, as exigências do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais.

A doutrina de processo civil costuma advertir para a necessidade de que a jurisdição seja legítima, fazendo-se aceitável aos olhos dos seus destinatários⁹. Sem deixar de observar a dificuldade resultante da falta de eleição dos juízes pelos mecanismos populares do voto, Marinoni¹⁰ entende que essa legitimação na democracia contemporânea se opera mediante a participação dos sujeitos afetados pelo procedimento, com a observância das garantias gerais da jurisdição, particularmente o contraditório.

Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 50)

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p.45.

⁷ Geovany Cardoso Jevaux aduz que "...se se considerar o sistema jurídico mais que um conjunto de normas ou de instituições, mas um fenômeno de "partes em comunicação", onde estão pressupostos uma interação (troca de mensagens), um relato (informação contida na mensagem) e um cometimento (informação sobre como encarar a mensagem), a atuação do juiz-Estado como terceiro comunicador – além dos dois primeiros, que são as partes, as quais estarão sujeitas à decisão – ocorre numa situação de controle comunicativo para tornar a decisão um instrumento de suscitação de obediência, justamente através de um domínio e de uma estratégia de domínio". (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p.8)

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004, p.78-79.

⁹ Dinamarco, ao tratar de motivação das decisões judiciais, em sua obra "Instituições de Direito Processual Civil".(DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.241)

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. Cit.*, p. 78-79, ver nota 8.

Muito embora seja de inegável validade a premissa que se volta para a legitimação do processo e da jurisdição, na perspectiva das pessoas afetadas pela atividade correspondente, com o reconhecimento implícito da feição instrumental das garantias constitucionais da justiça para o alcance desse desiderato, é certo que a legitimação de qualquer poder público e das atividades por ele empreendidas não podem estar restrita à participação das pessoas diretamente interessadas, antes é necessário que a universalidade dos cidadãos possa conhecer, controlar e validar a jurisdição pelos expedientes compatíveis com o conceito de cidadania.

Dinamarco¹¹, na linha do pensamento de Cappelletti, observa que o processo não passa de um microcosmo da democracia, vale dizer, instrumento democrático de atuação da vontade da lei, quer no âmbito dos interesses diretamente envolvidos e revelados pelas pessoas dos litigantes, quer numa dimensão mais envolvente e difusa, a abranger toda a coletividade. É imprescindível, então, que sejam revelados os atos do processo ao público geral, que Taruffo chama de auditório universal¹², a fim de que se possa ter por legítima a atividade específica e geral da jurisdição.

Não fosse assim, seria necessário admitir que o Estado pudesse intervir nos interesses alheios dos administrados, afetando seus direitos de toda ordem de importância, valendo-se de uma potestade que já não mais se harmoniza com os regimes democráticos de direito. A jurisdição é atribuição típica do Estado que em nada difere de qualquer outra função entregue, por delegação¹³, aos agentes de poder e, assim, deve ser legitimada pelas condições inexoravelmente morais, impessoais e públicas das condutas correlatas.

Há, não se pode negar, uma certa tendência no sentido de considerar que a atividade judiciária, por suas peculiaridades, isola-se de todo o resto do funcionamento da administração, encapsulando-se em ambiente hermético sujeito a regras próprias e estanques, inassimiláveis de tudo o que mais cumpre ao Estado

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 194.

¹² TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 50.

¹³ Ibidem, p.41.

fazer. Ledo engano. Embora a jurisdição consista numa atividade pública peculiar, nada nela existe que a possa distinguir de qualquer outro poder-dever estatal¹⁴.

Não estando suficientemente atentos os operadores do Direito, e mesmo uma boa parcela da doutrina de processo civil, às dimensões reais e concretas da legitimação da atividade jurisdicional a partir de uma perspectiva de cidadania popular – em que pesem as várias advertências dos pensadores mais afeitos à atualidade democrática – muito ainda se propaga em desfavor da feição pública e transparente da jurisdição.

É forçoso admitir que, no ambiente sócio-cultural brasileiro, não obstante o enorme avanço experimentado nas últimas décadas, a consciência coletiva carece de maturidade e de consistência histórica suficientes para a consolidação definitiva dos ideais da democracia. O autoritarismo teima em habitar o inconsciente popular e, lamentavelmente, é comum que o homem médio se curve resignado diante de atitudes arbitrárias das autoridades públicas. Decerto, por conta de vícios culturais da mais variada condição, que igualmente habitam as mentes de muitos juristas, é que assumem plausibilidade algumas absurdas interpretações legais que primam por defender a licitude de julgamentos secretos, feitos na penumbra – a portas fechadas – dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Não mais se afeiçoam, porém, ao ideário deontológico constitucional e às garantias da justiça posicionamentos dessa natureza, por ofensivos à publicidade dos negócios do Estado e, portanto, à ordem democrática do direito, exceto nas situações muito particulares em que a privacidade e o interesse público possam efetivamente recomendar a restrição do direito de informação e de acesso irrestrito aos acontecimentos do processo, por parte das pessoas do povo.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 193.

1.3 A FEIÇÃO INTERVENCIONISTA E PÚBLICA DO PROCESSO

Ao longo da história, muito se discutiu, na doutrina, a grande evolução dos conceitos de ação e de processo¹⁵. O processo, porém, seja lá qual for a concepção que se lhe tenha atribuído a doutrina no curso do seu tempo de evolução, dá ensejo à intervenção do Estado no domínio dos interesses individuais e coletivos dos particulares¹⁶.

Atualmente, não se discute a natureza pública da jurisdição, que resulta do exercício da ação e que faz surgir o processo, este entendido como relação jurídica própria e inconfundível com a relação de direito substancial em cujo contexto tem origem o conflito, embora dele sempre dependa. Instaurado o processo, nele passam a conviver autor, réu e juiz em procedimento que se desenvolve em contraditório e na conformidade das regras ditadas por lei, em busca da tutela jurisdicional¹⁷.

Ainda quando estava em voga defender a importância do processo e da sentença¹⁸, como instrumentos de pacificação dos conflitos sociais, era dito que o direito material, que existe para orientar a solução das possíveis controvérsias intersubjetivas (a força da lei), quando falhava no seu papel de instrumento original de regulação dos interesses disputados, fazia surgir uma segunda ordem, emanada da jurisdição, capaz de impor-se coercitivamente com base no princípio sociológico do poder superior (a força do juízo). Mas não é que exista um fundamento de validade diverso e superior da força do juízo em relação à força da lei, senão uma dualidade própria do direito, em que triunfa a ordem judicial sobre a ordem legal,

¹⁵ Dinamarco lembra que a polêmica entre os romanistas Alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther em 1856 serviu de base histórica para o advento da teoria abstrata de Bulow em 1868. Em verdade, diz Dinamarco, a obra de Von Bülow foi precedida desses “três estudos sobre a *actio* romana vista da perspectiva do direito moderno, nos quais já se lançaram as bases para a percepção da autonomia da ação em confronto com aquele conceito romanístico”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 193)

¹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 29.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 11

¹⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Campinas: Editora Minelli, 2003, p. 38-39.

sendo que aquela, necessariamente, remete-se a esta, vale dizer, a ordem judicial prevalente encontra amparo exatamente nas normas legais¹⁹.

Houve intensa disputa doutrinária a respeito do conceito da ação e seus efeitos no processo²⁰, mas também é antiga a defesa da importância da legitimação do desfecho processual no plano da expectativa dos sujeitos que a tanto se expõem. Não é nova a concepção, segundo a qual dois são os planos de expectativa do cidadão ao exercer o direito de ação: o primeiro de natureza abstrata, suposto processual; e o segundo de feição concreta, suposto material de justiça. Tais planos importam uma primeira exigência de que o Estado administre justiça, e uma segunda que se traduz na esperança de que seja outorgada proteção jurídica mediante uma sentença favorável. É natural, por conseguinte, que esse complexo de expectativas seja legitimado por ações transparentes e democráticas frente aos anseios populares²¹. Isso fica ainda mais claro quando se compreende a jurisdição como meio de se proporcionar o respeito à lei, ou seja, aquela surge apenas quando fracassa a obediência que os cidadãos devem devotar ao direito. Numa visão sociológica e metajurídica, portanto, a jurisdição assume o papel de uma segunda ordem, advinda do descumprimento da primeira que se contém na lei, nos casos de colisão de direitos²².

É ainda possível explicar o mesmo fenômeno associando-o à noção de garantia jurisdicional, que resulta da tarefa posta sob a responsabilidade do Estado com vista à observância do direito, apesar de ser sempre preferível que o cumprimento da lei

¹⁹ Goldschmidt diz que o direito é para o juiz que lavra a sentença não um súdito de suas ações, mas soberano capaz de fazer-se instrumento da atividade imperativa estatal, de que depende aquela segunda ordem (judicial) que advém e sucede o descumprimento da primeira ordenação feita, sem êxito, pela força da norma descumprida na origem do conflito. (GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Campinas: Editora Minelli, 2003, p. 45)

²⁰ Goldschmidt critica a concepção concreta do direito de ação de Wach – ação como exigência de proteção jurídica – e sem se filiar à teoria abstrata de Bülow – relação imperfeita entre a sentença e a realidade do direito material – adota a posição de Kohler quanto à pertinência do conceito de “situação jurídica” revelado pelo processo. (Ibidem, p.38)

²¹ Ibidem, p. 38.

²² Calmon de Passos, baseado em Luhmann, fala dos seguintes procedimentos redutores de complexidade no âmbito da produção do direito: a) a definição prévia de expectativas compartilháveis, expressas em termos gerais (direito material); b) a subsequente disciplina do procedimento a ser adotado pelos interessados e pelos agentes públicos, quando atuarem para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos pelos próprios interessados (direito processual); c) a organização da função e definição das competências dos agentes responsáveis pela composição dos conflitos (normas de organização). (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 20)

se passe de modo espontâneo no âmbito da relação de direito material a envolver as pessoas que dele participam²³.

A noção atual de efetividade da jurisdição já era prenunciada na Itália em tempos não tão recentes, partindo-se da premissa de que o papel do processo é impor ao vencido a observância da mesma conduta, e o mesmo resultado prático equivalente, que se lhe era esperado no plano da vontade espontânea que independesse da tutela estatal²⁴. Atualmente, fala-se da obrigação do Estado resolver os conflitos, propiciando ao cidadão uma tutela que corresponda, em termos práticos, à realização da ação privada (autotutela) que, com o avanço da civilização, foi proibida²⁵.

A doutrina mais antiga detectava, ademais, no contexto da relação psicológica que se estabelece entre o demandante e os efeitos que pretende retirar da jurisdição²⁶, certa relação de causalidade (finalidade), conduzida pela motivação interior, que busca dar êxito à proteção do bem da vida ameaçado ou lesado, coisa inerente ao princípio dispositivo (iniciativa processual correspondente às partes), demonstrando forte vínculo no campo do interesse público de permanente pacificação social pela

²³ Calamandrei diz tratar-se “de um remédio, de uma defesa, de uma extrema *ratio* destinada a fazer valer somente em um segundo momento, na falta de um evento com o qual se contava no primeiro momento e que, se tivesse ocorrido, teria tornado inútil a garantia. Diz-se que o Estado garante a observância do direito, enquanto o normal e o desejável é que o direito seja voluntariamente observado por aqueles aos quais se dirige como regras de sua conduta. Só quando falte essa observância voluntária, por parte dos mesmos, tem início o momento jurisdicional do Direito, ou seja, colocam-se em prática, por parte do Estado, os meios de garantia dispostos para fazê-lo observar, inclusive – em caso de necessidade – com a força. Ao mandado da lei, quando desobedecida, segue-se outro, “secundário e acessório do primeiro, pelo qual o Estado ordena aos próprios órgãos (jurisdicionais) observar um certo comportamento se continuar sendo desrespeitado o primeiro mandado [...] ao passar do primeiro para o segundo termo desse binômio o mandado contido na norma jurídica muda, por assim dizer, de direção: enquanto o mandado contido na norma primária se orienta à vontade do indivíduo para que ele tenha uma determinada conduta – o mandado contido na norma secundária se destina aos órgãos jurisdicionais para que coloquem em ação contra o indivíduo insubmisso os meios de coação estabelecidos”. (CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 120)

²⁴ Para Calamandrei, “A principal finalidade da garantia jurisdicional é a de agir na vida das relações humanas de forma a conseguir, independentemente da vontade do obrigado, o mesmo resultado prático (ou um resultado equivalente) que se teria alcançado se a norma jurídica tivesse sido observada voluntariamente”. (Ibidem, p. 123)

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 30.

²⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Campinas: Editora Minelli, 2003, p. 97-98.

via do processo²⁷, típico poder-dever do Estado resultado da obrigação de administrar justiça (fundamento público do processo).

Para a jurisdição, constatou-se, além disso, a feição de mandado concreto e individualizado, tendente, nos casos de tutela condenatória, ao exercício de poder prático coercitivo sobre o patrimônio do devedor como meio de forçar o concreto cumprimento da obrigação resistida, estampando o mais grave efeito intervencionista da atividade estatal realizada pelo processo²⁸.

É forte, ademais, na doutrina italiana do século passado, o sentimento, hoje ainda mais válido, de ligação entre as funções estatais legislativa e judiciária, esta dando efetividade concreta aos comandos abstratos estipulados por aquela, a um só tempo, portanto, estampando a intensa ligação que a contemporaneidade muito enaltece entre o direito substancial violado e a tutela jurisdicional capaz de restaurá-lo²⁹, além da feição intensamente pública da atividade jurisdicional³⁰⁻³¹.

²⁷ Jeveaux menciona que “Os conflitos não são eliminados, mas somente contornados, e a decisão não ocorre para uma opção de alternativa ótima, mas de uma alternativa aceitável, sendo pois um instrumento de ação de mecanismos políticos capazes de suscitar obediência”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p.65)

²⁸ O caráter coercitivo do mandado concreto e individualizado advindo da jurisdição desmente o seu fim pacificador, tal como denunciado pela leitura sociológica do Direito, pois a decisão judicial contorna a eterna dialeticidade do problema e impede o seu retorno às barras da Justiça, através da coisa julgada.

Acerca disso, Calamandrei diz que a função da jurisdição compreende “não só a atividade que o Estado realiza para aplicar a norma geral e abstrata, já existente, ao caso concreto e para caracterizar o mandado individualizado que dela nasce, mas também a atividade posterior que o Estado leva a cabo para fazer com que esse mandado concreto seja observado na prática (em si mesmo ou no preceito sancionador que o substitui), também, se necessário, através da força física destinada a modificar o mundo exterior e fazê-lo corresponder à vontade da lei. [...] Dessa maneira, enquanto as decisões pronunciadas com finalidade de simples declaração de certeza ou com finalidade constitutiva esgotam a função jurisdicional e encerram o processo, a decisão de condenação encerra a fase de cognição, mas abre a de execução forçada. A coação não pode ser posta em prática senão quando exista uma declaração de certeza que a autorize (título executivo); e a forma típica de título executivo é constituída precisamente pelas sentenças. Mediante a condenação realiza-se o que se pode chamar de conversão da obrigação em sujeição à força física: antes da condenação, o destinatário do preceito jurídico era um obrigado à ativa e voluntária colaboração, a quem estava confiado o cumprimento da obrigação e, por conseguinte, a observância do direito; após a condenação, ele se converte em um *subjectus*, passivamente exposto à força, cuja vontade já não tem qualquer relevância frente aos meios coercitivos que, queira ou não queira, o Estado põe em ação contra ele, sem absolutamente levar em conta sua autonomia e a intangibilidade de sua esfera jurídica”. (CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 145-147)

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 13.

³⁰ Em verdade, há que se atentar para a equivalência pública e privada dos fins do processo pois, segundo Couture, “Esse fim é privado e público. Satisfaz, ao mesmo tempo, o interesse individual comprometido no litígio e o interesse social de assegurar a efetividade do direito por intermédio da

Naturalmente, não se pode justificar a natureza pública e intervencionista da função estatal correspondente à jurisdição unicamente vinculando-a aos efeitos coercitivos (execução em sentido estrito) das sentenças condenatórias, tanto assim que nos dias atuais já se evoluiu a ponto de ser admitida a tutela de interesses inerentes a toda uma coletividade, mesmo quando os seus titulares não são passíveis de identificação, no âmbito dos chamados direitos difusos ou coletivos³². De todo modo, sem qualquer prejuízo à feição publicista do processo, sempre foi ressalvada a existência de tutelas que não pressupõem efeitos de índole executiva, tal como se passa com a supressão de incerteza pela via da tutela declaratória, ou pela tutela constitutiva (necessária) que se destina à restrição da autonomia da vontade nas relações intersubjetivas que se voltam para a criação, extinção ou modificação de negócios jurídicos³³.

É flagrante a percepção do caráter público do processo na teoria que atribui à ação o papel de atuar a vontade concreta da lei, ali se mostrando nítida a relação entre a jurisdição, em sentido amplo, e a lesão do direito material que se busca reprimir ou reparar. Não cuida o processo, portanto, aos olhos dos partidários de Chiovenda, de

incessante obra da jurisdição [...] Em nosso conceito, o interesse da coletividade não precede o interesse privado, senão que ocupa idêntico plano deste” (Tradução nossa). Para aferir credibilidade, segue o original, “Esse fin es privado y público. Satisface, al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción [...] En nuestro concepto, el interés de la colectividad no precede al interés privado, sino que se halla en idéntico plano que éste”. (COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2002, p.118-119)

³¹ Calamandrei fala das estreitas ligações que têm lugar, no sistema da legalidade, entre as funções jurisdicional e legislativa. Assim, “O Estado, à medida que cria o direito, estabelece abstratamente regras de conduta que devem ser observadas por outros, ou seja, pelos cidadãos em suas relações interindividuais. Mas se depois os preceitos concretos que, segundo as circunstâncias, nascem dessas normas, não são observados por aqueles em função dos quais se tenham individualizado, então, para que as leis tenham um valor prático, é necessário em um segundo momento por em ação essa atividade posterior, a qual serve para garantir que o Estado intervenha para fazê-lo observar por outros meios; e a jurisdição é constituída, precisamente, da colocação em prática desses meios. Parece evidente quando se observa o modo como é formulado e acionado o direito no sistema da legalidade, que a função jurisdicional persegue uma finalidade eminentemente pública”. (CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 149-151)

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 11.

³³ Calamandrei disserta sobre o conceito mais amplo da jurisdição, conforme o sistema da legalidade, esclarecendo que ela toma assento não só quando o preceito já tenha sido transgredido (garantia a posteriori), mas também, e em medida tanto mais ampla quanto mais acentuada for a tendência do Estado a restringir e a controlar a autonomia privada, quando o preceito seja incerto ou quando, pela natureza indisponível dos interesses aos quais o mesmo se refere, o Estado imponha, antes que o mesmo possa ser posto em execução, a declaração oficial de certeza (garantia a priori). (CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 154)

simples negócio entre particulares. A resolução do conflito, se por um lado aos litigantes interessa, por outro lado a eles somente não se restringe, uma vez que a consagração do império da lei e da justiça é do interesse coletivo, sendo deveras nobre e amplo esse papel atribuído à jurisdição, sem demérito da sua feição puramente casuística *a priori* detectada no âmbito dos interesses concretos assimilados pelo conflito³⁴.

Para Andrea Proto Pisani³⁵, o grande significado da obra de Chiovenda consiste em haver, sob a influência da doutrina e da legislação alemã da segunda metade do século XIX, se esforçado em modificar o eixo do sistema processual civil, substituindo a prevalência do componente privatístico pelo componente publicístico. Com a afirmação do caráter público da ação e da jurisdição, Chiovenda desenvolveu o princípio da máxima instrumentalidade possível do processo relativamente ao direito substancial, princípio que se traduz na célebre máxima, segundo a qual o processo deve propiciar tanto quanto possível praticamente tudo que ao titular fosse dado obter - modo de atuação da lei de acordo com o possível, sem que as

³⁴ Para Chiovenda, há uma relação entre a ação judicial e a lesão de direito material, e o autor parte dos conceitos que a respeito do tema foram desenvolvidos por Adolfo Wach, sem validá-los integralmente, por não reconhecer adequada à tradição latina a visão germânica de direito de querela (direito a uma prestação, posto antes em face do Estado do que contra o adversário), trata-se a ação de “poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade concreta da lei”. Embora admita, na esteira do pensamento de Wach, que existem “vontades concretas da lei que só se concebe por obra dos órgãos públicos no processo, todavia normalmente esses órgãos só a pedido de uma parte podem promover a atuação, de modo que normalmente a atuação da lei depende de uma condição, a saber, a manifestação de vontade de um indivíduo; e diz-se que esse indivíduo tem ação, querendo dizer-se que tem o poder jurídico de provocar, com seu pedido, a atuação da vontade da lei”. Daí deságua Chiovenda naturalmente no conceito de jurisdição, embutido na idéia do processo civil, na condição de “complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”, esta aqui entendida como função estatal típica. Justifica-a lembrando que as leis modernas punem o exercício arbitrário das próprias razões, reprimindo-se a violência privada com enérgicas sanções – “o Estado moderno considera como função essencial própria a administração da Justiça; é exclusivamente seu o poder de atuar a vontade da lei no caso concreto, poder que se diz “jurisdição”. A função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei, relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela. Objetivo dos órgãos jurisdicionais é afirmar e atuar aquela vontade da lei que eles estimam existente como vontade concreta, à vista dos fatos que consideram como existentes. A atividade dos juízes dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata de lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato). Resultado de sua atividade será a atuação da vontade da lei, como o afirma o autor, se se reconhece existente, e mediante sentença de admissão, eventualmente execução, ou, diversamente, a atuação da vontade negativa da lei, pela rejeição do pedido. Para chegarem a esse resultado, os órgãos jurisdicionais procedem mediante substituição da atividade alheia pela própria: seja da atividade intelectual (que na sentença se substitui à atividade das partes e de todos no afirmar ou negar a existência de uma vontade concreta da lei), seja da atividade material, que na execução tende, em lugar do devedor, a procurar de fato para o titular do direito o bem que a lei lhe garante”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p.41-60)

delongas da marcha processual se traduzam em dano para o titular do direito. Dentro dessa perspectiva, assentam-se as idéias atuais de processo oral concentrado e imediato, que se desenvolve diante de um Juízo que ocupa uma posição central de órgão público interessado na realização da melhor e mais rápida justiça.

Em Carnelutti³⁶, o processo igualmente assume a feição de método necessário à aplicação do direito com o propósito de cessar a contenda e alcançar a paz social, de forma certa e justa, finalidade que se contém na composição da lide, aqui entendida como “conflito de interesses qualificado por uma pretensão contestada”.

A visão de Carnelutti sobre o conceito de lide parte do pressuposto de que o conflito é útil à sociedade como um todo, na medida em que afasta a debilidade e a incerteza dos direitos controvertidos, sendo muito mais do que simples pressuposto da resolução da disputa numa perspectiva particular do interesse lesado³⁷. Não obstante as severas críticas dedicadas pela sociologia do Direito a esse posicionamento³⁸, uma vez que o processo encerraria simples método de finalização do conflito pelo uso da técnica coercitiva de obediência, ainda assim é válido destacar o sentido publicístico, atribuído por Carnelutti ao processo, já que

o processo civil se desenvolve não no interesse das partes, e sim por meio do interesse das mesmas. O interesse das partes é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras, o interesse no conflito é aproveitado para a composição do conflito.³⁹

Sustenta-se aqui, basicamente, que o processo, ao dar a razão a quem a tem e, portanto, ao fazer justiça (compor a lide de forma justa, em razão das iguais

³⁵ PISANI, Andrea Proto. **Il código di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato**. Roma: Il Foro Italiano. Vol. 73, Marzo 2000, p.10-12.

³⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000, pp. 72, 76, 78, 93.

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 95.

³⁸ Geovany Cardoso Jevaux indaga “Será que realmente o processo tem obtido ou pode obter o propósito de ‘pacificar’ conflitos individuais e coletivos? Me parece que, em verdade, e por não ser um propósito concreto, e muito mais ideal, a ‘pacificação’ tem-se mostrado inalcançável por essa via [...] Por que o fato em si de se dar solução ao problema, via decisão, não o resolve, mas o contorna”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p.81)

³⁹ CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit, p. 337, ver nota 37.

oportunidades de convencimento distribuídas entre as partes), atendendo ao interesse geral da sociedade, cumpre a sua missão de ser o mandado concreto derivado da lei abstrata e genérica. Isso está dito de forma mais explícita na passagem em que Carnelutti disserta sobre o papel atribuído ao processo de fazer a justa composição da lide⁴⁰, quando defende que apenas a jurisdição realiza a suprema tarefa de fazer justiça às partes e à sociedade e, embora seja mais custosa do que os meios alternativos de resolução dos conflitos intersubjetivos, dentre os quais está a transação, é mais proveitosa ao interesse comum da coletividade, uma vez que prestigia sempre o direito e a legalidade, jamais podendo se desviar dos parâmetros ditados pela necessidade de justiça.

A conjugação das teorias finalísticas do processo e da jurisdição, defendidas por Chiovenda e Carnelutti, leva a doutrina, atualmente, a concebê-las em simbiose, revelando a um só tempo o papel do Estado de aplicar a vontade concreta da lei, com justiça, dando a cada um o que é seu, tal como previsto na ordem jurídica, e de compor a lide, fazendo cessar o conflito de interesses⁴¹.

Muito antes do desenvolvimento que se atingiu na atualidade a respeito da visão crítica do processo e da jurisdição, numa perspectiva garantística e comprometida com a angústia dos litigantes (hoje não mais sendo possível conceber o caráter reservado das funções estatais correlatas) a doutrina vinha amadurecendo com bastante acuidade noções que se mostraram fundamentais para que se pudesse alcançar o atual estágio conceitual. Exemplo disso é a teoria do “estado de incerteza” abraçada por Couture ao tratar do fenômeno consoante o qual as partes ficariam, no processo judicial, em estado de suspensão, aguardando o desfecho do caso, delas sendo provisoriamente retirada a razão invocada na defesa dos seus interesses. O mesmo se pode afirmar a respeito de Couture quanto cogita da ação como substituto civilizado da vingança particular⁴², a qual envolve pretensão que

⁴⁰ Ibidem, p. 371.

⁴¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p.107-109.

⁴² Couture assevera que “Somente à custa de grandes esforços históricos foi possível substituir na alma humana a idéia da justiça pelas próprias mãos pela idéia da justiça a cargo da autoridade”. (COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p.21)

tanto pode ser fundada ou infundada, tanto faz, dado aquele mencionado estado de incerteza que somente a sentença será capaz de por fim. Além disso, o célebre mestre uruguaio já aludia a conceitos hoje bastante em voga, de que é exemplo a carga de sacrifícios e de dor que o processo carrega e que a sentença jamais consegue reparar de modo integral⁴³.

O próprio conceito publicístico do processo é muito bem assimilado na doutrina do mestre uruguaio, quando trata da ação como meio de provocação da atividade do tribunal (direito de petição constitucional), fruto da evolução política dos Estados modernos que passaram a dispor desse instituto como garantia fundamental dos cidadãos⁴⁴. Exatamente isso é que fez surgir a necessidade de serem concebidas normas de feição constitucional capazes de assegurar o direito à justiça, passando o processo a se colocar “sobre a fronteira da Constituição, para garantir a eficácia dos direitos do homem no que diz respeito à justiça”⁴⁵.

Bastante curiosas são, ademais, as considerações de Couture acerca da posição do demandado em Juízo, que se vê obrigado a comparecer ao litígio sem que o deseje⁴⁶, advindo daí conseqüências de toda ordem, particularmente a necessidade de lhe serem respeitados os direitos que possa ter na causa em discussão, numa perspectiva que é pública, e não privada, de resguardo aos direitos do homem e do cidadão⁴⁷. Daí ser tão patente a necessidade de fundamentação exaustiva das razões de eventual acolhimento do pedido formulado na ação⁴⁸, jamais podendo haver condenação sem prévia ouvida do réu e sem a obediência ao devido processo legal⁴⁹.

⁴³ Ibidem, p. 21.

⁴⁴ Ibidem, p. 22-23.

⁴⁵ COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 24.

⁴⁶ Para Couture, “O fato é este: o demandado é perturbado em sua paz pelo litígio. O direito de petição não é inofensivo, sob a forma de ação e justiça, mas profundamente perturbador para a tranquilidade do adversário”. (COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p.34)

⁴⁷ É preciso observar, porém, que na origem dos direitos do cidadão (“Petition os Rights” de 1629; “Bill of Rights” Inglesa de 1688; “Bill” da Constituição da Virgínia de 1776; Declaração Francesa de 1789), a sua concepção e a própria proteção que se lhes dispensavam eram mais de ordem privada do que pública, tendo expressão mais econômica do que jurídica, cunhados que foram no estado de natureza – perspectiva originalista.

⁴⁸ COUTURE, Eduardo. Op. Cit., pp. 30 e 34.

⁴⁹ Ibidem, p. 35.

O processo, por seu turno, que Couture⁵⁰ lembra ter sido tratado quer como relação jurídica autônoma⁵¹ (a partir da obra de Bülow e com as contribuições de Wach, Degenkolb e Plosz – teoria abstrata da ação), quer como situação processual^{52,53}, assume o papel de uma instituição que se estrutura funcionalmente nos moldes de um método de debate, que não é vazio, mas dialético, porquanto opera mediante teses, antíteses e sínteses e, portanto, funda-se no contraditório, sendo também teleológico, pois busca alcançar a resolução de um conflito de interesses. Aqui é ressaltada a importância do ato de autoridade (Couture alude à doutrina de Zamora e Castillo⁵⁴), para, com base nisso, ser sustentado que tal fim é, ao mesmo tempo, público e privado - privado, porque interessa às próprias partes fazer cessar o conflito; público, porque o fim do processo é de interesse da comunidade, “garantindo a efetividade do direito em sua integralidade, na condição de instrumento de produção jurídica e forma incessante de realização do direito”⁵⁵.

Muito embora ainda não cuidasse a doutrina de Couture propriamente das idéias mais avançadas que primam pela transparência das ações do juiz que se relacionam

⁵⁰ Couture adota o termo “instituição” com o propósito de demonstrar para o processo os sentidos de permanência e continuidade no âmbito da coordenação no campo social dos interesses públicos e particulares (substituição do *eu* pelo *nós*); o processo se encontra em um ponto em que os interesses públicos e os privados interferem constantemente, de modo que a iniciativa particular da ação faz resultar um instituto unitário e orgânico (o processo) que penetra profundamente no mundo social. O próprio Couture usa essa imagem unicamente para ilustrar o seu raciocínio, uma vez que se declara partidário da concepção do processo como relação processual. (Ibidem, p. 74-75)

⁵¹ Dinamarco ressalta ter cabido à Bülow a identificação do processo como relação jurídica especial distinta da relação jurídico-material litigiosa por conta dos seus sujeitos (juiz, autor e réu), seu objeto (provimentos jurisdicionais) e seus pressupostos (pressupostos processuais). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 257)

⁵² A respeito do processo como situação jurídica, Dinamarco lembra que a posição de Goldschmidt, pouco aceita pela doutrina em geral, teve o mérito de apresentar grande rigor científico e de sistematizar as diferenças entre a categoria dos ônus processuais e os deveres e obrigações. (Ibidem, p. 258)

⁵³ Goldschmidt rebela-se contra a teoria do processo como relação jurídica por não compartilhar com Bülow da opinião de que os pressupostos processuais sejam pressupostos inerentes ao processo, mas, ao revés, entendendo-os como elementos de decisão típica sobre o mérito, já que integram e são resolvidos no andamento do processo, fazendo parte dele, e não de uma etapa preliminar *in iure* à moda romana. Para Goldschmidt, o juiz está obrigado a conhecer a demanda com fundamento no direito público, que independe da relação processual, advindo do dever do Estado administrar justiça através do juiz, “cujo cargo, por sua vez, lhe impõe simultaneamente obrigações diante do Estado e do cidadão”. (GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p. 20)

⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p. 34.

⁵⁵ Ibidem, p. 45.

à declaração de direitos para, por conta disso, instrumentalizar a “paz jurídica”⁵⁶, já lá se reconhecia a necessidade de a jurisdição se dar na conformidade dos ideais que atualmente são associados à democracia. Numa crítica a Montesquieu, o mestre uruguaio lembra que o juiz é homem e não um ser inanimado ou um signo matemático, jamais podendo ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei,

porque a lei não tem a possibilidade material de pronunciar todas as palavras do direito; a lei procede com base em certas simplificações esquemáticas, e a vida apresenta, diariamente, problemas que não puderam entrar na imaginação do legislador.⁵⁷

Já era, além disso, criticada e desmistificada, com veemência, a natureza eminentemente lógica da sentença, nela não sendo reconhecido o caráter de norma pura mas, ao contrário, típico resultado da obra humana, criação da inteligência e da vontade ligada ao espírito⁵⁸. O juiz, portanto, não fabrica simples silogismos, pois na sentença se contém uma pequena constelação de induções, de deduções e de conclusões particulares; tampouco o juiz pode ter caráter voluntarista desvinculado da lógica. Na realidade, o juiz tem as suas ações ditadas pelo direito, dispondo de uma certa margem de liberdade na construção da solução jurídica dedicada ao caso concreto. Aqui é que se revela o lado crítico da missão jurisdicional: sendo falível o juiz, por suas ambições, paixões, impulsos e debilidades⁵⁹, a criação e a produção do direito dependem da possibilidade de serem inibidos os vícios do espírito humano, pois, do contrário, o direito acabará valendo sempre o que valem os homens que o pronunciam. É, então, imprescindível, a partir dessa premissa, que as ações decisórias se mostrem transparentes a todo e qualquer um que delas deseje cientificar-se ou inteirar-se.

É impossível, portanto, não perceber a destacada importância que assume a publicidade dos atos praticados no processo pelo juiz, de modo a afastar a

⁵⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p. 04.

⁵⁷ COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 53.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁹ COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 56-57.

possibilidade das decisões se fundarem em motivos inconfessáveis. Ao lado da motivação das sentenças, a publicidade se põe a socorrer a democracia e a legalidade, estampando e tornando visíveis as atitudes dos agentes estatais delegados responsáveis pela jurisdição, particularmente dando eficácia aos direitos fundamentais associados à moralidade, à impessoalidade e à legalidade das condutas da administração que, tanto quanto se passa no âmbito da exteriorização geral das condutas do Estado, aplicam-se igualmente à atividade pública da jurisdição⁶⁰.

O processo, que já foi dito tratar-se de relação jurídica, exterioriza-se no procedimento realizado em contraditório que, advindo do exercício da ação, possibilita à jurisdição satisfazer o seu escopo último de típico instrumento de “pacificação social”⁶¹.

Há, porém, uma parcela muito respeitável da doutrina que defende tratar-se o processo não mais do que procedimento em contraditório, pouco importando que se configure como relação jurídica mas, antes disso, tendo a sua *ratio distinguendi* explicitada pela condição dialética da sua estrutura (*struttura dialética*)⁶². Fazzalari, aliás, é bastante explícito na defesa da sua posição:

O processo é um procedimento em que participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a se fazer efetivo: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar (suprimir) essa atividade [...] Em suma, o processo se dá quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de uma ato é contemplada a participação não só —e obviamente— do seu autor, mas ainda dos destinatários dos seus efeitos, *in contraddittorio*, de modo que estes possam desenvolver atividade a ser levada em conta pelo autor do ato; e cujo resultado pode até ser desatendido, mas jamais ignorado.⁶³

⁶⁰ Calmon de Passos fala que “a ameaça à cidadania vem do poder não submetido a efetivos controles sociais, e isso não diz respeito apenas ao Executivo, à Administração Pública, mas a todas as funções do Estado e aos que a desempenham, incluídos, portanto, o legislador e o julgador”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.117)

⁶¹ Não é possível, todavia, esquecer o papel que a sociologia jurídica atribui ao processo e à sentença, impondo uma solução rigorosa para estancar os efeitos prejudiciais que o conflito provoca no ambiente das relações jurídicas, sufocando o diálogo e forçando o acatamento da sentença pelo mecanismo da coisa julgada.

⁶² FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. VIII edizione. Padova: Cedam, 1996, p. 84.

⁶³ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. VIII edizione. Padova: Cedam, 1996, p. 83.

No mesmíssimo sentido pauta-se a doutrina de Vincenzo Caianiello:

O que distingue o processo – que se desencadeia em juízo – do procedimento é o contraditório, pressuposto indefectível ao seu desenvolvimento num plano de paridade entre as partes. Paridade significa, portanto, que todas as partes atuem no processo gozando de situação processual simétrica e paritária em relação ao adversário. Na teoria geral do processo, a paridade das partes constitui precondição do contraditório, que, por sua vez, é a essência do processo.⁶⁴

A toda e qualquer pessoa assiste o direito de demandar em juízo⁶⁵, sendo isso fruto do direito subjetivo e incondicionado que se intitula direito de ação, tal como se extrai do art. 5º, XXXV, da Constituição; ao provimento sobre a situação jurídica material controvertida, ou seja, à sentença de mérito, só têm direito aqueles que se mostram capazes de preencher certos requisitos, genericamente conhecidos como condições da ação. A tutela jurisdicional, esta sim, finalmente, é reservada apenas e tão somente para as pessoas que estejam concretamente amparadas pelo direito material, sendo exatamente esse o escopo final do processo⁶⁶. Vale dizer o amparo do direito material litigioso e, por conseqüência, a pacificação do conflito através do acolhimento da pretensão de uma das partes. Mais do que isso, a tutela jurisdicional que se logra obter pela via do processo é o modo de se garantir a proteção efetiva de todos os demais direitos dos cidadãos⁶⁷, sendo imprescindível que ela se apresente tempestiva e efetiva, atenta ao plano do direito material para fazê-lo valer concretamente⁶⁸.

A noção cunhada na atualidade para a tutela jurisdicional é fundamental, portanto, para a explicitação da natureza pública do processo, que só se legitima no plano da intervenção sobre a esfera privada dos litigantes, notadamente numa perspectiva mais difusa e geral do seu campo potencial de incidência, caso sejam observados os

⁶⁴ CAIANIELLO, Vincenzo. Riflessioni sull' art. 111 della costituzione. **Rivista di Diritto Processuale**. VIII edizione. Padova: Cedam, Gennaio, Marzo 2001, p. 48.

⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 27.

⁶⁶ Ibidem, p. 28

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 30.

princípios do Estado democrático de direito, em particular, a publicidade das ações da administração que se traduzem na específica prestação do serviço público correlato.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 3.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 29.

2 A HISTÓRIA DO PROCESSO CIVIL E A PUBLICIDADE

Não se reconhece o caráter científico e a própria autonomia, do direito processual civil senão depois de meados do Século XIX⁶⁹; antes disso, não havia qualquer separação entre o direito material e a ação que lhe pudesse preservar a integridade, que a nada mais se prestava senão à pronta resposta, ou reação, diante da injusta agressão perpetrada ao direito alheio.

Ainda assim é possível examinar as características da jurisdição ao longo da história, desde que observadas as peculiaridades associadas ao fato dela consistir numa atividade processual desprovida de existência própria, representando mero conjunto de formalidades para a aplicação do direito privado⁷⁰.

Em Roma, nos dois primeiros dos três períodos de evolução do processo civil, chamados das *legis actionis* e *per formulas*, aquele durando desde a fundação de Roma (754 a.c.) até o ano de 149 a.C. e este dali até o Século III da era cristã, concebia-se a *jurisdictio* totalmente desprovida de “imperium”, que se exercitava através do procedimento privado da *actio*. Nesse tempo, concedida a ação pelo magistrado ao final da fase *in iure*, era designado o *iudex*, árbitro particular responsável pela condução da fase subsequente do processo, chamada *in iudicio*, e pela prolação da sentença e declaração do direito controvertido. Sendo inteiramente oral o procedimento, era necessário que as partes acorressem à presença do magistrado e, depois disso, do árbitro, acompanhadas de parentes e amigos, incumbidos de gravar, na memória, os parâmetros da *litiscontestatio*, os quais não eram levados a registro pelo signo da escrita. Mesmo ao tempo da República e no período formulário, foram mantidas as duas fases do procedimento (*in iure* e *in iudicio*), com a diferença de que era concedida aos interessados na solução do litígio uma fórmula escrita em que se explicitava o seu objeto. De resto, desde que aceita a ação pelo pretor, dava-se início à segunda fase, *in iudicio*, sob a responsabilidade do árbitro privado (de regra já nomeado na fórmula gravada num pequeno pedaço de

⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 24.

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 77.

madeira, a qual ainda compreendia os termos da *litiscontestatio* e o inteiro objeto da controvérsia).

O papel do juiz privado (*iudex*) era, então, o de unicamente declarar o direito controvertido na causa, sem que lhe fosse reconhecida a possibilidade de lançar mão de atos de força, imperativos⁷¹. Uma vez declarado o direito, cumpria ao sucumbente satisfazê-lo no prazo de trinta dias, conforme previsão da Lei das XII Tábuas, sob pena de o credor pôr-lhe a mão em cima (*manus injectio*) e conduzi-lo à presença do pretor (*in ius ducito*)⁷². Havia a possibilidade de ciência dos atos do *iudex* pelas pessoas próximas aos litigantes, uma certa publicidade, há de se convir, mas a jurisdição tinha feição eminentemente privada.

O terceiro e o último período do processo romano foram denominados *cognitio extraordinaria*, ou *cognitio extra ordinem*; tendo durado entre 294 d.C. até aproximadamente 530 d.C., decorreu da atribuição dada pelo governo imperial aos funcionários do Estado para o exercício das funções judiciárias⁷³. Consta que a estatização da jurisdição foi fruto da exigência de se impor, aos povos dos territórios conquistados pelo Império, o respeito às leis romanas⁷⁴. A partir de então, a jurisdição passou a ser estatal, desde a instauração do processo até os atos de sua execução, deixando de lado as fórmulas e a bipartição do procedimento em duas fases. As alegações das partes, autor e réu, deixaram de ser orais e passaram a ser feitas por escrito (*libellus convencionis* e *libellus responsionis*), tanto quanto a *sententia* do magistrado, que já admitia recurso.

⁷¹ “As medidas executivas se realizavam sem qualquer auxílio da autoridade. Quando da execução, era o credor que se incumbia de ultimá-las, alcançando tanto os bens imóveis e móveis do devedor, quanto os eventuais direitos que este possuísse.” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996, p. 134-135)

⁷² GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.

⁷³ Na *extraordinaria cognitio*, o magistrado-*iudex*, quando não era o próprio monarca, intervinha não como autônomo titular de uma função jurisdicional destacada do poder político, mas, sim, como imediata emanção deste, atuando como delegado da autoridade que se postava no vértice do governo imperial. E isso de tal modo que o detentor da supremacia política, visando a impor sua vontade aos cidadãos nos quadrantes de todo o império, delegava poderes a certos magistrados para que julgassem diretamente as controvérsias. (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 139, ver nota 71)

⁷⁴ GRECO, Leonardo. Op. Cit., p. 23, ver nota 72.

A maior importância desse período final, já na fase de desagregação do Império Romano, reside na força coercitiva do Estado para fazer valer as suas sentenças⁷⁵, passando a ser admitido que se seguissem ao ato de declaração de direitos as atividades tipicamente executivas da sentença (*pignus ex causa iudicati captum*). Quanto à participação de pessoas estranhas aos litigantes nos atos do processo, arremedo de publicidade motivada por razões de mera instrumentalidade do procedimento, ela deixa de se justificar nos moldes anteriormente praticados (períodos das *legis actionis* e formulário), uma vez que a escrita passou a registrar os principais atos da *cognitio extra ordinem*. A jurisdição, enfim, deixou de ter a feição de um negócio particular entre os litigantes, assumindo clara função pública voltada para a paz social, mas sem que houvesse qualquer interesse na revelação dos seus atos a terceiros.

Curiosa é a observação feita por Ovídio Batista a propósito da jurisdição romana⁷⁶, ao menos no período clássico, dizendo que abrangia exclusivamente a *actio*, vale dizer, tinha por única função a declaração de direitos, com a exclusão das demais atribuições afetas ao *praetor*, inseridas no âmbito dos *interdicta*, onde se incluíam as *stipulationes praetoriae* e a *restitutio in integrum*, tidos e havidos como providências de natureza administrativa. Somente a *actio*, desenvolvida conforme o procedimento *ordo iudiciorum privatorum*, nos tempos da *legis actionis*, possuía natureza jurisdicional, a significar precisamente relação de direito privado (tanto que era particular a pessoa escolhida do *iudex*). O *imperium*, por outro lado, inerente aos interditos e desde que exercido pelo pretor, advinha de um vínculo de natureza publicística⁷⁷.

⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

⁷⁶ SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996, p. 33.

⁷⁷ A esse propósito é bastante elucidativa a lição de Cruz e Tucci e Azevedo, os quais lembram que, com a evolução dos tempos, o pretor passou a ser autorizado a exercer tipos especiais de tutela, dentre as quais os *interdicta*, as *missionis in possessionem*, as *stipulationes praetoriae* e as *restitutiones in integrum*, cujos interesses resguardados eram predominantemente públicos, particularmente no caso dos *interdicta*, dado que ao pretor incumbia fundamentalmente, dentre outros encargos, a administração da *res publica*, cuja ordem era calcada no poder do *imperium*, de caráter administrativo. (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996, p. 113)

Essas constatações históricas são interessantes para explicar a dicotomia entre os interditos e a jurisdição romana, sendo aqueles utilizados sempre que se deparasse com direito previamente reconhecido, enquanto esta pressupunha direito duvidoso ainda pendente de declaração (algo como o que hoje se denomina atividade cognitiva). Não é por outra razão que os interditos, em Roma, implicavam atividade administrativa visceralmente pública, enquanto a jurisdição era típico negócio privado de interesse adstrito às partes.

As mesmas premissas acima reveladas mostram-se decisivas, ademais, para a compreensão dos motivos que levaram os sistemas modernos derivados do direito romano canônico (Europa Continental e América Latina) a se manterem fiéis à tradição meramente cognitiva e declaratória da *actio*, negando para a jurisdição, via de regra, o poder de *imperium*,⁷⁸ ao ponto de ainda se exigir uma atividade processual autônoma para os atos executivos das obrigações de pagar (apenas recentemente foram admitidos atos executivos *lato sensu* no âmbito do processo de conhecimento para as obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa – art. 461 e 461-A do CPC). Contrariamente, o direito anglo-americano manteve precisamente a parcela mais significativa dos poderes atribuídos aos magistrados romanos, diz Ovídio Batista, dando destacada importância, no âmbito da jurisdição, aos atos de coerção e de império.

Enfim, no direito romano a jurisdição tinha, ao menos no período clássico, feição claramente privada e representava o poder da parte vencedora exigir do vencido a prestação do direito declarado pelo árbitro⁷⁹. Quando se converte em atividade pública entregue à responsabilidade do Estado, já ao tempo de esfacelamento do Império, a jurisdição passa a se reger por procedimento escrito e, por conseguinte, já não mais admite a participação de pessoas estranhas às partes, comprometendo seriamente o arremedo inicial de publicidade.

Com a queda do Império Romano e o início da Idade Média, os povos bárbaros invasores instituíram nos territórios ocupados, uma jurisdição rudimentar baseada

⁷⁸ SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996, p. 9-10.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 64-65.

em procedimentos assembleares orais sob a presidência de um prócere⁸⁰. Esse modelo de julgamento convinha à tradição de uma gente de cultura nômade, cuja história foi marcada por uma enorme vivência comunitária, organizados que eram em comunas e clãs dentro dos quais se formou o hábito de que as deliberações de interesse geral se dessem em ambiente participativo e público. Não é de estranhar, portanto, do ponto de vista histórico, que o mesmo se passasse com as soluções exigidas para os litígios, levadas a efeito em praça aberta e com a participação livre de todos os viventes⁸¹. Foi então que teve lugar o bizarro sistema instrutório fundado em juramentos, ordálias e duelos⁸² e, além disso, a vinculação *erga omnis* da sentença dada pela assembléia⁸³, a demonstrar o caráter público da jurisdição, que a todos interessava e afetava. De forma peculiar, era ainda o fato de o procedimento ser invariavelmente unitário, englobando cognição e execução, tanto que a sentença gerava efeitos mandamentais imediatos, sem maiores formalidades⁸⁴.

Não tardou, entretanto, passado o tempo da chamada “alta idade média”, para que o direito canônico de forte inspiração romana⁸⁵ exercesse influência sobre o direito bárbarico, deformando-o de modo a reincorporar instituições clássicas inimagináveis aos povos germânicos, particularmente no que interessa à dicotomia entre atos cognitivos e executivos. Isso se deu em decorrência do fato de o direito romano jamais ter perecido, não obstante tenha havido a dissolução do Império, subsistindo nas chamadas regiões dominadas (Veneza, Roma, Nápoles e Sicília), além da

⁸⁰ Limongi França observa que o Direito Intermédio iniciou-se em 476 d.C., quando Odroaco, rei dos Hérulos, subjogou o Império do Ocidente, sendo que, cerca de meio século antes (410/415), Aulfo, rei dos Godos, já havia dominado a Península Ibérica, tudo isso fazendo com que se não fosse às inteiras, mas, ao menos em parte, o Direito Bárbaro já desde então vigisse em território Romano, estendendo-se por toda a Idade Média. Em Portugal, o Código Visigótico constituiu lei até o advento da primeira das Ordenações em 1446. (FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade da lei e o direito adquirido**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.24-25)

⁸¹ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 26.

⁸² A respeito da evolução histórica das provas judiciárias, ver – GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 711 e seguintes.

⁸³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44-45.

⁸⁴ SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996, p.60.

⁸⁵ Limongi França diz que “a marca romanística do Direito Canônico é inelutável, a começar da linguagem dos textos que não mais é o latim bárbaro das Constituições Góticas ou do Direito de Reconquista, mas um latim, quando não clássico, pelo menos semelhante ao das Constituições Justinianéias”. (FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade da lei e o direito adquirido**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.27)

contribuição dada à sua sobrevivência por obra e graça da Igreja⁸⁶. Os bárbaros, ademais, adotaram desde sempre o princípio da personalidade do direito, aplicando também para a sua gente o direito germânico e reservando o direito romano aos povos dominados⁸⁷.

A miscigenação envolvendo o direito germânico e o direito romano revelou-se, assim, inevitável com o passar do tempo, dando origem ao que Limongi França denomina “direito de multiformes manifestações”⁸⁸, fruto do encontro natural das culturas dos povos vencedores e vencidos e do comércio entre os europeus, embora ainda incipiente e rudimentar. Coube aos estudos romanísticos, iniciados na Universidade de Bolonha⁸⁹, sepultar de vez as possíveis resistências à mistura das práticas processuais, fazendo definitivo o ressurgimento no continente europeu do direito romano⁹⁰, e dando início ao tempo dos glosadores, dos pós-glosadores, dos canonistas e dos práticos, que forçaram definitivamente a contaminação dos costumes jurídicos do povo germânico pelo direito romano, a esta altura já culturalmente enraizado⁹¹. Foi então que surgiu o chamado direito romano-canônico, que se espalhou por toda a Europa Ocidental, mais tarde alcançando as terras da América. Tendo reprimido a feição originariamente pública e popular (assemblear) dos julgamentos do tempo de apogeu do Direito Germânico da alta idade média, o processo civil assumiu caráter excessivamente formalista, por inspiração dos

⁸⁶ John Gilissen lembra que, nos séculos X-XII, particularmente em França e no Império, a divisão do poder conduz ao desmembramento das jurisdições: feudais, territoriais, senhoriais. Ao mesmo tempo, em consequência do enfraquecimento das jurisdições laicas, as jurisdições eclesiásticas atingem o seu máximo desenvolvimento, adquirindo competência cada vez mais alargada, mesmo em matérias que, noutros tempos couberam aos tribunais laicos. Como os tribunais eclesiásticos aplicavam em matéria civil um processo escrito, inspirado em grande escala pelo processo do direito romano, pareceu natural que as jurisdições laicas adotassem, sobretudo a partir do século XVI, o processo escrito baseado no direito canônico. A isso se somou o fato da função jurisdicional ter passado progressivamente, entre o século XIII e o século XVIII, das mãos de juizes populares para as mãos de juizes profissionais, com formação jurídica adquirida em universidades e com forte inclinação para a romanização do direito. (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 383-391)

⁸⁷ GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 28.

⁸⁸ FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade da lei e o direito adquirido**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15).

⁸⁹ Ibidem, p. 28.

⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 77.

⁹¹ José Frederico Marques explica que os glosadores assim eram chamados por conta das breves notas (*glossae*) de interpretação elaboradas em torno dos textos romanos; os pós-glosadores eram homens práticos envolvidos com o direito que se debruçavam sobre as glosas do período anterior e que buscavam soluções para os casos cotidianos. (Ibidem, p.78)

doutores da Igreja, e complicado, por conseqüência da multiplicidade de fontes e da variedade de comentários da doutrina.

Com o passar do tempo, porém, esse procedimento rebuscado e demasiado formal sofreu os efeitos inexoráveis ditados pelas transformações sociais, gradativamente adotando características de oralidade e de sumariedade, como forma de reprimir a ineficácia funcional da jurisdição diante dos reclamos dos fatos da vida⁹². Reduzidas então as formalidades, o procedimento sumário passou a atuar *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicis*⁹³.

O processo civil começou, desta forma, a se afastar paulatinamente do processo romano-canônico próprio da fase intermédia, sendo nesse exato contexto, particularmente na França, com a concentração do poder monárquico do absolutismo, baixadas as ordenanças régias (a partir do Século XIV), voltadas para a simplicidade, a oralidade e a publicidade (aqui entendida como mecanismo de ciência às partes dos acontecimentos de seu interesse) dos atos do processo, passando o juiz a deter o poder de admitir com liberdade a prova dos fatos controvertidos, tudo isso culminando, em 1806, com a implantação do Código de Processo Civil francês, fortemente inspirado na Ordenança Civil de Luiz XIV, de 1667.

A codificação francesa passou então a influenciar toda a Europa⁹⁴, em especial a doutrina italiana e o processo civil adotado na Alemanha e na Áustria, ainda presos ao excesso de formalismo dos primeiros tempos de influência da Igreja, dando início

⁹² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.47.

⁹³ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 79.

⁹⁴ Segundo Michele Taruffo, "No curso do século XIX, parece verificar-se uma convergência oculta à imitação, que se difunde na Europa, do modelo constituído pelo *code de procédure civile* napoleônico, mas essa convergência diminui no final do século essencialmente por causa da ruptura determinada pela *Zivilprozessordnung* austríaca, que se põe como novo e diverso objeto de inspirações e de imitações por grande parte da doutrina e por alguns sucessivos legisladores processuais" (Tradução nossa). Para dar credibilidade, segue o original, "Nel corso del secolo XIX sembra verificarsi una convergenza docuta all'imitazione, che si diffonde in Europa, del modello costituito dal *code de procédure civile* napoleonico, ma questa convergenza viene meno verso la fine del secolo essenzialmente a causa della rottura determinata dalla *Zivilprozessordnung* austriaca, Che si pone come nuovo e diverso oggetto di ispirazione e di imitazione per gran parte della dottrina e per alcuni legislatori processuali successivi". (TARUFFO, Michele. **Osservazioni sui modelli processuali di civil law e di common law**. IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil)

a uma nova fase evolutiva dos métodos de procedimento civil. Foi sob a inspiração dessa fase nova do processo civil que surgiu, na Alemanha, o Regulamento Processual de 1877 (*Civilprozessordnung*), por cujo intermédio foi implantado o procedimento oral de feição sumária, gerando, por conseqüência, a adoção de mecanismos afeitos à concentração, à imediatidade, à publicidade e à liberdade de condução do processo pelo juiz no tocante à prova⁹⁵.

A essa altura da história é que teve lugar o acontecimento reconhecido como definitivo para a renovação científica do Direito Processual Civil, tal como se operou em 1868 por obra e graça de Oscar Bulow, com a publicação do seu trabalho sobre a *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, permitindo, enfim, o nascimento da relação processual e a sua sistematização⁹⁶. Seguiram-se as contribuições de Kohler, com o desenvolvimento da teoria da relação processual, de Adolf Wach, com a defesa da ação como direito público e autônomo, e Degenkolb, com sua doutrina da ação como direito abstrato, dando impulso ao movimento que permitiu a consolidação da cientificidade do direito processual civil⁹⁷.

No que importa mais especificamente ao direito luso-brasileiro, é de ser lembrado que na Península Ibérica a influência dos direitos romano e canônico igualmente operou-se durante boa parte da Idade Média, embora mesclando costumes germânicos enraizados e consolidados no Código Visigótico de 693, também chamado *Fuero Juzgo*.

Com a separação do Condado Portucalense do resto da Ibéria em 1139 e sob a influência do direito romano (imposto pelo reis para enfraquecer o poder da Igreja), adveio, em 1446, no reinado de Afonso V, a primeira das Ordenações portuguesas, as Afonsinas, cujo terceiro livro foi dedicado ao processo civil, reunindo regras de

⁹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.48.

⁹⁶ Goldschmidt, ao discorrer sobre a obra de Bülow, diz chamar “A Teoria das Exceções Dilatórias e os Pressupostos Processuais” (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*), salienta, ainda, que ele teve o mérito de formar a base de todos os sistemas do processo, “sendo indubitável que a partir de Bülow, e não antes, começa a se formar uma ciência própria do Direito processual”. (GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p.17)

⁹⁷ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p.81.

direito romano e de direito canônico, normas de direito foraleiro (Cartas de Foro dos primeiros tempos do reino), normas costumeiras e disposições da Lei das Sete Partidas (de substância romana, organizada por Afonso X de Castela e traduzida para o vernáculo por ordem de D. Diniz)⁹⁸.

As Ordenações seguintes, Manuelinas e Filipinas, respectivamente de 1521 e 1603, mantiveram as linhas mestras da tradição do processo civil português, aplicando-se no território brasileiro até época relativamente recente⁹⁹. Caracterizavam-se as Ordenações pela existência de um procedimento ordinário mais formalista e de outros ritos mais simplificados, sumário e especial, estes relativos às demandas do tipo possessórias, despejos e executivo-fiscais. Já quanto ao rito ordinário, caracteriza-se por conter fase postulatória dilatada, com libelo, contrariedade, réplica e tréplica, além da clara separação das fases e procedimentos seguintes, instrutória, decisória e executória, sendo que, no contexto das provas, merece relevo o fato de as testemunhas serem ouvidas em segredo, comprometendo seriamente a atual noção da garantia de publicidade¹⁰⁰.

Proclamada a independência do Brasil, as leis portuguesas permaneceram em vigor; com a promulgação do Código Comercial de 1850, seguiu-se o Regulamento 737, que continha regras de processo exclusivas para as lides mercantis. Continuaram as causas civis a serem reguladas pelas Ordenações e pelas leis extravagantes até o advento da Consolidação Ribas, em 1876, de curta duração diante da ordem do Governo Republicano Provisório de que as causas cíveis também se regulassem pelo Regulamento 737, excepcionados os processos especiais e os de jurisdição voluntária, regidos ainda pelas Ordenações.

A confusão no campo normativo do processo civil foi agravada a partir da Constituição de 1891, com o implemento dos Códigos Estaduais de Processo Civil, a maior parte deles inspirada nas Ordenações Filipinas e no Regulamento 737, exceto nos casos da Bahia (1915) e de São Paulo (1930), além do Distrito Federal, que já

⁹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.50.

⁹⁹ Leonardo Greco lembra que as Ordenações vigoraram até o século XX no Brasil. (GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38)

adotavam o pensamento renovador e científico adotado na Alemanha para o processo civil.

O Código de Processo Civil de 1939, editado para satisfazer o espírito de reunificação do direito processual ditado pelas Constituições de 1934 e 1937, representou um sério avanço científico, que Moacyr Amaral Santos¹⁰¹ ilustra, salientando a feição do processo como instrumento do Estado no desempenho da função pública jurisdicional, norteando-se pelos princípios da publicidade e da oralidade (concentração dos atos, imediação do juiz com as partes e os meios de prova e identidade física do juiz), além da combinação do princípio dispositivo com o princípio do juiz ativo. Foram os seus defeitos em matéria de recursos e de execução, além das dificuldades relacionadas à implementação da celeridade e da concentração dos atos, que induziram a reforma de 1973, cujo Código com as devidas atualizações se encontra em vigor, por intermédio do qual foram inicialmente abrandadas as linhas diretrizes de sua original inspiração.

De todo modo, conforme será visto em tempo oportuno, as parcas referências até aqui feitas à publicidade prendem-se ao conceito de ciência, pelas partes, dos atos do processo, particularmente os de iniciativa do adversário, como meio de permitir o desenvolvimento concentrado do fluxo procedimental, algo que hoje se conhece como publicidade endoprocessual. Somente no tratamento dedicado ao processo civil pelo direito positivo posterior à Segunda Grande Guerra, em virtude da implantação do Estado Social e com o objetivo de serem afugentadas as horrorosas lembranças do nazismo, é que os institutos processuais passaram a espelhar os ideais da democracia, assumindo o conceito de publicidade, a noção de transparência externa e de controlabilidade popular.

Historicamente, portanto, a noção mais amadurecida de publicidade, nos moldes tais como hoje ela é proclamada, é, sobremaneira, nova, em que pese Chiovenda¹⁰²

¹⁰⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.50.

¹⁰¹ Ibidem, p. 56.

¹⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 105.

defenda que a publicidade tenha sido, ao menos em parte, observada nos processos mais antigos, romano e germânico, e excluída dos processos intermédios¹⁰³.

No que se refere à história das provas no processo civil e naquilo que possa interessar ao estudo da publicidade processual, são curiosas as observações de John Gilissen¹⁰⁴, particularmente ao lembrar que, enquanto no direito romano clássico eram admitidos todos os meios de prova, tais como a confissão, o testemunho, o escrito (*chirographum* – declaração escrita pelo devedor para provar o seu compromisso) e o juramento, na idade média teve lugar o “sistema das provas irracionais” que, embora tenha entrado em crise por volta dos Sécs. XII e XIII, desaparecendo da Europa entre os Séculos XIII e XV, foi mantido até o fim do Século XIX em certas regiões, nomeadamente na Inglaterra e na Rússia.

Nesse sistema, recorria-se a um ente superior, por exemplo Deus, para ajudar o juiz a fazer justiça, submetendo-se a parte a uma prova chamada ordálio (cf. o alemão *urteil*, decisão, sentença) ou juízo de Deus. De acordo com o resultado da prova, desfecho que se impunha querido pelo ente sobrenatural, assim o juiz decidia o conflito. Consta que o juiz não era obrigado a recorrer a ordálios, podendo admitir provas racionais como testemunhos e documentos, havendo, portanto, uma coexistência do místico e do racional; desde, porém, que o juiz impusesse uma certa prova, o seu papel tornava-se passivo, cumprindo-lhe apenas constatar o seu resultado.

¹⁰³ Na verdade, Chiovenda refere-se à publicidade nos moldes tais como hoje se conhece pela sua qualidade endoprocessual, que, de fato, houve em Roma, tanto assim que Cruz e Tucci e Azevedo afirmam, relativamente à sentença do período *extraordinaria cognitio*, estar ela sujeita a certas formalidades, em especial ser escrita e lida publicamente na presença dos litigantes. Mais tarde, no tempo de Constantino, quando se iniciava o gradativo esfacelamento do Império Romano e eram freqüentes as práticas de corrupção e abusos na administração da justiça, previu-se ampla publicidade para as causas criminais e cíveis, e foram estimuladas as acusações contra autoridades das províncias. A publicidade, então, se prestava, fundamentalmente, à preservação dos interesses legítimos das partes, inclusive na execução, fossem credores ou devedores. Já no tempo do processo justiniano, a partir do ano 527 d.C., sob a influência das primeiras migrações germânicas, em audiência pública, eram definidos os limites da controvérsia, produzidas as provas e prolatada a sentença, que inclusive poderia ser objeto de impugnação oral e imediata através da *appellatio*, tomando-a por termo, embora também pudesse se dar por escrito no prazo de dois dias. (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996, pp. 147, 153, 156, 160, 161, 170)

¹⁰⁴ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 711 e seguintes.

Os ordálios podiam ser unilaterais ou bilaterais. Os unilaterais, na idade média, eram, sobretudo, as provas de ferro em brasa (não se podia queimar a mão que segurasse o objeto), da água fervente ou da água fria (o mergulho se dava com pés e mãos ligados) e do cadáver (tocava-se o cadáver sem que o pudesse fazer sangrar). Nos ordálios bilaterais, os litigantes se confrontavam para prevalecer o seu direito. Assim, no *iudicium crucis* (julgamento da cruz), bastante difundido na época carolíngia, as duas partes ficavam pelo tempo máximo que suportassem de braços estendidos; a primeira que deixasse cair os braços perdia a questão. O meio mais difundido de ordálio bilateral foi o duelo judiciário, em que as duas partes (ou seus campeões) se batiam à espada, à paulada ou de outra forma, vencendo a questão quem vencesse o duelo – subsistiu até o Século XV e até o Século XX na modalidade de duelo de honra. Por fim, o juramento purgatório, espécie de ordálio, mediante o qual as partes eram instadas a jurar a verdade quanto à razão invocada, sob pena de confissão em caso de recusa, ou de automaldição, punindo Deus quem houvesse prestado falso juramento – não obstante tenha desaparecido em questões de Direito Penal, em matéria cível permaneceu sob o nome de juramento litisdecisório (Código da Itália de 1942 e do Egito de 1948).

Com a proibição dos ordálios pelo Concílio de Latrão desde 1215, é natural que o sistema romano canônico tenha buscado inspiração nos elementos colhidos do direito romano. Baseado em classificação sistemática das provas em graus, o seu tratamento se dava nos seguintes níveis de hierarquia: a) *notorium*, distinguindo três tipos de notoriedade: *notorium facti* (o que ressalta aos olhos de todos – *publice coram omnibus*), *notorium iuris* (autoridade do caso julgado e confissão em juízo) e *notorium praesumptionis* (presunção *iuris et de iure*); b) *probatio plena*, baseada em duplo testemunho ou em ato escrito público; c) *probatio semiplena*, baseada em testemunho isolado, documentos particulares, fuga ou fama; d) *iudicium* ou indícios de fato (ameaça, rumores, inimizade).

Depois de uma fase de larga utilização da tortura e da sua indireta inserção entre as provas legais, como subproduto da modalidade *iudicium* adotada na época do processo inquisitório, quando houve grave comprometimento às idéias da publicidade, em substituição aos ordálios, que durou entre os séculos XV e XVIII (embora a tortura não fosse propriamente tida como prova mas meio de se chegar

até ela, por confissão, pois Deus daria ao inocente forças para resistir à dor), adotou-se a partir do século XIX, em matéria penal, o sistema da prova livre, cumprindo ao juiz julgar conforme a sua convicção íntima, valendo-se de todas as provas admitidas sem valor legalmente estabelecido entre elas. Para as matérias cíveis, sobretudo durante e a partir do século XX, particularmente na Europa, prepondera a tendência de se passar do sistema das provas legais para o sistema da prova livre, embora ainda prevaleça o maior prestígio dedicado à prova documental, em detrimento do testemunho.

3 A PUBLICIDADE E A LEGITIMAÇÃO DO PODER E DA JURISDIÇÃO

Exposta a questão em termos diretos e claros, é preciso que o exercício do poder público, inclusive no que diz respeito à tutela jurisdicional, esteja fundado em premissas de validade que lhe possam dar sustentação. Carente desses pressupostos, o poder perde legitimação e o seu exercício passa a representar uma clara usurpação da soberania popular.

A garantia da publicidade, para o processo, cumpre, exatamente, o papel de revelar aos jurisdicionados e ao povo em geral, a legitimidade dos atos estatais exercidos no âmbito jurisdicional. Garantia de segundo grau, como lembra Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁰⁵, citando Cappelletti, serve a publicidade para atestar o respeito pelo Estado às demais garantias processuais, notadamente à cláusula do devido processo legal de duas diferentes formas, denominadas publicidade interna e publicidade externa.

Sendo dialético o processo, ele resulta da existência de diferentes versões para o mesmo fato e de diferentes percepções normativas associadas à interpretação e à aplicação do ordenamento jurídico, conforme os interesses disputados pelas partes na lide. Disso advém a necessidade de que se realizem os seus atos em contraditório, cujo respeito só se viabiliza mediante a revelação aos interessados que participam da relação processual, de tudo o que no processo se contém. A publicidade nesse contexto, portanto, denominada de publicidade interna, traduz-se num instrumento que possibilita o exercício do contraditório, atestando sempre a legalidade e a validade do procedimento adotado pelo Estado à luz dos interesses diretos dos litigantes.

Já na perspectiva da publicidade externa, o Estado de Direito adota a exigência fundamental de que às pessoas do povo seja demonstrado que os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário se operam dentro das balizas da democracia, sob pena da jurisdição perder a sua sustentação de validade, ou seja, revelar-se ilegítima. Cumpre à publicidade, por conseguinte, cumprir esse papel de revelação

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001, p.35.

pública da regularidade do procedimento adotado no processo, satisfazendo a necessidade popular de verificação da legitimidade do exercício do poder pelos agentes públicos delegados. Afinal de contas, numa democracia, a atividade dos órgãos públicos funda-se no conceito de soberania, isso implicando a contínua necessidade de resgate pelo povo da titularidade do poder, através da ciência e da aprovação de tudo aquilo que se realiza em seu nome.

Costuma-se satisfazer a exigência de fundamentação e de legitimação do poder estatal com base na legalidade, decorrendo a aceitação e a justificação das ações públicas sempre que sejam elas exteriorizadas de modo compatível com o modelo fixado em regras pré-existentes. Abstraída a dualidade entre a moral e o direito, por razões de ordem funcionalista bem ao gosto do positivismo, e supondo-se que o que está na lei atende ao padrão ético mínimo da coletividade, a lei (em sentido lato) tende a ser, enfim, o grande elemento lógico de fundamentação do poder¹⁰⁶.

O discurso pós-moderno, contudo, critica com veemência essa percepção simplória da legitimidade do poder, reputando-a insuficiente para atender aos reclamos da sociedade pluralista contemporânea e insistindo na necessidade de serem identificados novos paradigmas de fundamentação do Estado e do Direito¹⁰⁷.

Tanto assim que há um certo tom de inconformismo no discurso de Habermas, quando relata a pobreza da interpretação positivista do direito, dizendo que se trata de simples

forma que reveste determinadas decisões e competências com força de obrigatoriedade fática. [...] Direitos valem, desde a época de Windscheid,

¹⁰⁶ Para Habermas, “O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo”. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, 114-115)

Isso, porém, gera “o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. Por que se trata de um paradoxo? Porque esses direitos dos cidadãos têm a mesma estrutura de todos os direitos, os quais abrem ao indivíduo esferas da liberdade do arbítrio”. Quanto a isso, Jeveaux lembra o fenômeno da auto-asserção, ou o “elogio da lei pela lei”, da lei conferir legitimidade a si própria, espécie de auto-imunidade, de pouca ou nenhuma coerência científica – “a lei é justa pelo fato de ser lei. A questão da justiça pressupõe a convenção (lei), mas reduz-se a justiça à questão de validade (existência). Portanto, ainda que injusta, a lei é válida”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p. 23)

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p. 117.

como reflexos de uma ordem jurídica, a qual transmite a indivíduos o poder de vontade incorporada objetivamente nela: Direito é um poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica.¹⁰⁸

É idêntica a abordagem crítica que Habermas dedica ao positivismo de Kelsen, uma vez que

desengata o conceito do direito do da moral, e inclusive do da pessoa natural, abrindo o caminho da dogmática do direito para uma interpretação puramente funcionalista dos direitos subjetivos que, através de decisões metódicas, se livra de todas considerações normativas.¹⁰⁹

Com o fim da Segunda Grande Guerra, surgiu a necessidade de ser repensada a legitimação do direito, já que o positivismo deixou de se mostrar suficiente para atender aos anseios críticos da sociedade, que passou, cada vez mais, a buscar a compreensão normativa para fundamentação da ordem jurídica. Para Habermas, isso adveio do desencadeamento de reações espontâneas contra o destronamento e solapamento moral do direito¹¹⁰.

Retomou-se, então, a histórica busca de consenso¹¹¹ a respeito da maneira pela qual se pode legitimar¹¹² a ação do Estado junto à esfera dos particulares, pelo uso do ordenamento jurídico, inclusive no âmbito da jurisdição.

Mauro Cappelletti, aliás, é bastante enfático quando discorre sobre a encruzilhada que se apresentou no caminho do processo civil, excessivamente oneroso e delongado, incapaz de atender aos anseios da moderna noção de acesso à justiça. Para ele, o litígio judicial deixou de ser atraente aos olhos do público exatamente porque a jurisdição tornou-se o resultado de um emaranhado de procedimentos complicados e de excessivo formalismo, realizada em “ambientes que intimidam,

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 117.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 118.

¹¹⁰ Ibidem, p. 119.

¹¹¹ Geovany Cardoso Jevaux fala que “o Poder é um recurso gerado pela formação de uma vontade comum, isto é, pela capacidade dos membros de uma comunidade política de concordarem com um curso comum de ação. Donde a necessária ligação com a idéia de consenso, que nada mais é que a retórica da legitimação do poder estatal. E o consenso é obtido na medida em que o discurso ideológico da integração social, em torno de um projeto político em implantação (ato de origem), é persuasivo o suficiente para obter a adesão da maioria”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p. 17)

como o dos tribunais, onde juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”¹¹³.

Buscando demonstrar que é possível reverter o desprestígio da jurisdição em certas camadas sociais, sob a perspectiva intrínseca da legitimação popular, Cappelletti parte da premissa de serem de diferentes tipos os litígios e diferentes as repercussões sociais que deles advém para a sociedade, para sugerir a existência de cortes e procedimentos especiais para causas peculiares.¹¹⁴ É nesse contexto que cita os interessantíssimos casos do denominado “modelo de Stuttgart”, o qual adota procedimento de extrema oralidade e informalidade, cada vez mais difundido no processo civil germânico¹¹⁵, e dos tribunais de pequenas causas da Austrália¹¹⁶.

Enfim, desde que Deus foi substituído pela razão no campo da justificação da estrutura político-organizacional da sociedade¹¹⁷, a ordem jurídica tem padecido da falta de consenso a respeito dos seus fundamentos, especialmente por ser recusada a existência de direitos naturais absolutamente intangíveis, sujeitos que são à

¹¹² Para Geovany Cardoso Jevaux, “Quando a decisão conduz à convergência de valores entre quem a emite e quem a recebe, fala-se em legitimidade”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p. 27)

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 24.

¹¹⁴ Os litígios diferem em natureza e em complexidade, em montante financeiro envolvido, em quantidade de pessoas potencialmente atingidas, em forma de resolução e, finalmente, em tempo necessário a ser despendido para a sua composição. (Ibidem, p. 71-72)

¹¹⁵ As partes dialogam sobre os fatos e o direito com o juiz, de forma concentrada, produzindo de uma só assentada todas as provas e as alegações, e discutindo o teor da decisão proposta, podendo optar por conciliação a qualquer tempo. Disso resulta uma satisfatória compreensão e assimilação do conteúdo da sentença e um baixíssimo índice de recursos, sendo que três quartos das causas terminam no espaço de apenas seis meses. (Ibidem, p. 78)

¹¹⁶ O juiz é mais ativo e menos formal e senta-se junto com os litigantes em torno de uma mesa de café, pondo-se a conversar; quando o juiz sente necessário confirmar alguma versão dos fatos, ele próprio telefona a alguém que possa servir de testemunha. (Ibidem, p. 103)

¹¹⁷ Friedrich Müller menciona que “Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia perfeitamente ter sido consultado. Mas nesse caso os donos do poder deveriam ter se contentado com a população real, e nesse caso resultariam sempre desejos distintos, o caráter heteróclito das necessidades, a contrariedade dos interesses, a incompatibilidade das intenções, em suma, a situação real. Em vez disso, e provavelmente também por causa disso, a despedida de Deus não foi aceita sem ambigüidades. E o dono do poder (juntamente com os seus adversários que queriam tornar-se donos do poder) criou o povo conforme a sua imagem; conforme as suas necessidades e o seu gosto ele o criou”.(MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: RT, 2004, p.21-22)

permanente mutação e relativização frente a outros direitos fundamentais do homem.

Bobbio fala, a propósito disso, que três são os possíveis modos de serem fundados os valores supremos da humanidade¹¹⁸: (a) a descoberta deles a partir de um dado objetivo constante, tal como se passa com a natureza humana; (b) a sua identificação como verdades evidentes em si mesmas; e (c) a generalidade de sua aceitação, concluindo que apenas o último alcança certa plausibilidade normativa. Afinal, não se pode considerar a natureza humana um dado objetivo invariável e, além disso, não se lhe pode conhecer a essência a ponto de serem nela identificados valores universais (a), sendo ademais recusada a possibilidade de que verdades evidentes associadas à natureza humana possam resistir ao fluxo da histórica e à modificação das suas bases axiológicas (b).

O último dos meios de justificação de valores universais – critério advindo do consenso (c) – e apenas ele, sustenta Bobbio, pode ser factualmente comprovado e, portanto, acatado, de tal modo que um valor (jurídico) “tanto mais será fundado quanto mais for aceito”¹¹⁹.

Para que haja a possibilidade de consenso, seria necessário que os indivíduos juridicamente afetados no plano normativo sejam convocados a participar do processo e possam eventualmente manifestar sua aceitação. O papel da publicidade, na condição de garantia do processo, é exatamente permitir que os atos nele realizados sejam compartilhados com a opinião pública, além das pessoas que participam diretamente da relação processual, demonstrando a legitimidade dessas ações e angariando a aprovação sob a forma de respeito e acatamento ao império da Justiça.

Basta que se oculte da comunidade o conhecimento dos assuntos processuais, ou que a sua revelação seja restrita unicamente aos interessados diretos da causa, para que se impeça qualquer aprovação popular a respeito do modo de realização da jurisdição, perdendo-se a fundamentação democrática dos julgamentos estatais.

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 26-27.

¹¹⁹ Ibidem, p. 27.

O antídoto para esse mal indesejável se revela na publicidade externa dos procedimentos e dos julgamentos judiciais, permitindo a partilha pelos detentores da soberania (o povo) daquela parcela de poder objeto de delegação ao Estado.

Ausente a publicidade, ou mitigada a sua aplicação, a jurisdição deixa de ser atividade pública fundada, ou legitimada, nos ideais democráticos de cidadania, tornando-se instrumento de arbítrio e de falsas promessas de justiça. Presente a publicidade, porém, nos moldes constitucionalmente desejados, a revelar inclusive o respeito dos atos do processo às demais garantias fundamentais do Estado de Direito, será sempre possível lograr o desejável consenso público a respeito dos meios de realização da justiça.

Tal é a posição que se adota atualmente a respeito da fundamentação da ordem jurídica e, conseqüentemente, a respeito da legitimação dos julgamentos do Poder Judiciário. Atentos, com efeito, à nova ordem social marcada pela generalização das técnicas industriais (e sua influência nos modos de reflexão filosófica) e pela intersubjetividade comunicacional, os pensadores da Escola de Frankfurt deram enorme contribuição à pós-modernidade, reformulando os modos de legitimação do Direito.

Karl Otto Apel defendeu que a comunicação intersubjetiva e de feição técnica presente nos mínimos aspectos da vida cotidiana acabaram por fazer da comunicação lingüística uma norma racional fundamental¹²⁰, tornando lugar comum a assertiva de que a comunicação é pressuposto de validade de qualquer compreensão. Habermas, discípulo de Apel, partiu dos fundamentos dessa teoria para desenvolver a concepção da sua denominada “prática comunicacional”, entendida como intercompreensão dos fundamentos dos bens jurídicos, a significar “participação dos parceiros, sua inevitável participação no processo de compreensão, o entendimento entre sujeitos capazes de falar e de agir”¹²¹. Aqui o que há de prevalecer é a intersubjetividade alcançada pela linguagem, de que só se pode cogitar caso os interlocutores possam dispor da possibilidade de participar do

¹²⁰ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 300.

¹²¹ Ibidem, p. 304-305.

mecanismo de legitimação do processo pela linguagem, vale dizer, caso sejam inteirados dos acontecimentos de seus interesses, pela revelação pública dos seus contornos intencionais e possam ser ouvidos para que suas opiniões sejam tomadas em conta.

Tendo a Escola de Frankfurt dado início na filosofia ao que se chamou de “teoria da ação”, filosofia da práxis, Habermas rompeu com os paradigmas do passado para sustentar que apenas pela via da comunicação intersubjetiva é possível conhecer as intenções normativas do direito e validá-las:

a exigência deontológica associada a mandamentos e normas não se identifica com uma exigência assertória de validade. Kant tem razão contra Hegel: os enunciados éticos e jurídicos, diferentemente dos enunciados científicos, necessitam de uma legitimação, que pode ser assumida pela via processual da discussão.¹²²

Ao criar uma ética cognitiva dos direitos, Habermas indica, ao mesmo tempo, a deficiência das convenções positivistas e a fraqueza intrínseca das teorias clássicas do jusnaturalismo; sustentando que a razão não pode ficar segura de si mesma, conclui que o conceito de discursividade (verdade, sinceridade, justiça), ou de comunicação, torna-se exigência de legitimação dos enunciados jurídicos em sua normatividade e, portanto, o seu núcleo de racionalidade prática¹²³.

Segundo o autor, nos tempos atuais marcados pelo enorme tecnicismo das condutas humanas e pela dinâmica dos mecanismos de comunicação de massa,

sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo...Numa sociedade pluralista, as normas de convivência tornam-se reflexivas e exigem orientações de valores universais; ao mesmo tempo cresce a necessidade de legitimação que só pode ser satisfeita através de discursos morais, voltados ao regulamento imparcial de conflitos de ação. É então que surge a consciência lógica de questões éticas e morais, embutida nas estruturas de agir orientado pelo entendimento.¹²⁴

¹²² GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305.

¹²³ Ibidem, p. 306-307.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 131-132.

Está muito claro que a sociedade já não mais se pode colocar impávida diante das ações estatais, percebendo-as como condutas sacrossantas ou naturalmente inevitáveis, sendo antes preciso compreendê-las e legitimá-las. Isso só é possível pelos mecanismos¹²⁵ de intercompreensão ao gosto do discurso crítico e reflexivo, a que somente se pode chegar, no plano prático e no funcional, assegurando-se o acesso popular aos atos do poder público, tarefa primordialmente afeta à publicidade. Isso se deve ao fato de que o fundamento dos institutos do direito

já não reside no ordenamento da natureza, nem na razão como marca da natureza humana, nem na postulação de uma ciência dedutiva e causal da realidade social. Pertence à consensualidade das máximas da ação intersubjetiva – uma norma só tem alguma chance de ser seguida de efeitos se é ligada à disposição de agir de todos os elementos concernidos.¹²⁶

Enorme, portanto, é a contribuição da garantia da publicidade dos atos do processo e dos julgamentos do Poder Judiciário para o aperfeiçoamento das instituições de direito, em particular para a legitimação da jurisdição, já que apenas por seu intermédio é possível desencadear a participação intersubjetiva e discursiva dos elementos populares associados à respectiva atividade pública. Isso naturalmente sem que se perca de vista o conjunto formado pelas demais garantias constitucionais do processo, indispensáveis à ordem jurisdicional justa e democrática¹²⁷.

Habermas, fazendo referência a Rawls, sustenta a respeito da sua teoria de justiça que

na verdade não existe visão geral e abrangente que possa fornecer um fundamento publicamente aceitável para a justiça. Toda a teoria da justiça

¹²⁵ Jeveaux fala da “legitimação por procedimentos, vale dizer, mecanismos de produção organizada de decisões. O direito é a estrutura dos sistemas sociais, que assegura as suas opções decisórias. E aqueles processos legais não sistemas sociais sincronizados com os processos de decisão. A legitimação é, pois, a institucionalização do reconhecimento das decisões como obrigatórias, tanto pelo lado dos participantes, como dos não participantes do procedimento”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, pp. 31, 33)

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 308.

¹²⁷ Cappelletti e Garth advertem que jamais podem ser abandonadas as garantias fundamentais do processo civil – “procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças [...] Não se pode permitir que as pressões sobre o sistema judiciário venham a subverter os fundamentos de um procedimento justo”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 163-164)

deve levar em conta o fato do pluralismo e, portanto, possuir uma dimensão concreta na qual a prática prevalece sobre a teoria. Em outras palavras, o que é reconhecido justo deve obter a sustentação de um consenso por coincidência parcial, o único que de fato caracteriza a justiça como equidade...Portanto, os fios condutores de uma teoria de direito, bem como as regras publicamente aceitas que o estruturam e lhe orientam a prática, pertencem ao tecido social e ao conhecimento público do senso comum – a livre razão pública. A unidade social, assim situada na origem de sua concepção de justiça, implica sobretudo que a vantagem e o bem de cada qual seja publicamente aceito como base de acordo em confrontos intersubjetivos, e que os princípios da justiça sejam objeto de uma publicidade que os ponha ao alcance de todos os cidadãos.¹²⁸

Esse é, portanto, o único meio para que, na visão de Rawls, explicitada no discurso de Habermas, haja justificação ou legitimação para as estruturas da ordem social, política e jurídica¹²⁹. Desta forma, consoante Habermas, desde que o direito foi aliviado dos seus fundamentos sagrados, passou a receber pressão da sociedade, aqui compreendida como totalidade de ordens legítimas que se concentra cada vez mais no sistema jurídico. As ordens modernas do direito, portanto, só podem ser legitimadas a partir de fontes que não o coloquem em contradição com as idéias de justiça e os ideais de vida pós-tradicionais, que se tornaram decisivos para a cultura e a conduta de vida¹³⁰. Argumentos em prol da legitimidade do direito devem ser, então, compatíveis com os princípios morais de justiça e da solidariedade universal, bem como com os princípios éticos de uma conduta de vida auto-responsável, projetada conscientemente, tanto de indivíduos, como de coletividades¹³¹.

Na realidade, toda a teoria de Habermas, a propósito de uma ordem jurídica democrática, assenta-se na premissa de autocompreensão, a que se chega racionalizando a tensão entre as pretensões normativas das ordens democrático-constitucionais e a facticidade de seu contexto social, a isso chamando de tensão entre facticidade e validade. Em outras palavras, o direito não é bastante apenas de per si, sendo, antes, necessário acoplar aos fundamentos normativos de validade – contidos na legitimidade presumida do processo legislativo sufragado pela soberania popular – os elementos concretos da vida social, tal como se apresentam nas expectativas populares cotidianas. Chega-se a isso convocando as pessoas

¹²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 316.

¹²⁹ Ibidem, p. 319.

¹³⁰ Ibidem, p. 133.

¹³¹ Ibidem, p. 133.

(potencialmente atingidas pelas ações estatais previstas na norma) à manifestação de consenso e à aprovação para que o direito ganhe a sua necessária legitimidade.

A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou pode encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por conseguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelece se o sistema dos direitos apresenta as condições exatas sob as quais as formas de comunicação podem ser institucionalizadas juridicamente.

A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se realiza quando se consegue decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos¹³².

A garantia processual da publicidade, portanto, como forma de dar transparência e conhecimento geral das coisas feitas pelo Estado no plano normativo, aí percebida numa perspectiva jurisdicional concreta individual ou coletiva, é o modo excelente, na visão atual da teoria do direito, de se obter a legitimidade das suas instituições.

Hoje em dia, na perspectiva de Habermas, apresenta-se de forma muito clara, particularmente no plano da jurisdição (o processo judicial é tido como ponto de fuga para a análise global do sistema jurídico) a necessidade de permissão jurídica para o emprego da força legítima pelo Estado¹³³. O autor identifica a tensão entre facticidade e validade no plano da jurisdição estatal como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas; a assimilação recíproca dessas tensões é a única forma de se obter a desejável racionalidade da jurisdição¹³⁴.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas racionalmente, para que possam ser aceitas e acatadas no plano externo. Isso é ponto pacífico. A legitimação que se

¹³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 138-139.

¹³³ Ibidem, p. 244.

obtem pelo positivismo jurídico, através da legalidade, já não satisfaz a reflexão crítica da sociedade pluralista, que não mais admite a máxima segundo a qual as regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme o modelo fixado pelas instituições competentes. É que, afinal, a concepção de direito positivo faz com que a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção, vale dizer, deixa-se um largo espaço, nos casos de imprecisão normativa incapaz de regular os casos concretos, para que o juiz atue no processo segundo o seu próprio arbítrio, efetuando escolhas de preferências que nem sempre são juridicamente sustentáveis e valendo-se de padrões morais tampouco autorizados pelo direito¹³⁵. Com isso, limita-se sensivelmente a racionalidade das decisões judiciais, retirando a validade das escolhas judiciais que, é cediço, nem sempre se sustentam em razões confessáveis¹³⁶.

É então flagrante a necessidade de que as decisões judiciais sejam moralmente compartilhadas pelos seus destinatários específicos ou potenciais, para que possam ser antevistos os critérios deontológicos adotados no caso concreto, ainda que à luz fria da lei e detectada a racionalidade decisória, legitimando cotidianamente a jurisdição e fazendo-a transparente aos olhos dos jurisdicionados. A isso se chega, ou se pode chegar, enfim, de modo ótimo, pela via da publicidade dos atos e dos julgamentos do Poder Judiciário, fazendo com que a tal garantia do processo civil ganhe foro de premissa lógica e racional do sistema estatal de distribuição de justiça, dando-lhe enfim a imprescindível legitimação social.

¹³⁴ Ibidem, p. 245.

¹³⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 251.

¹³⁶ Buscando eliminar as imprecisões racionais dos critérios adotados no sistema positivista, Dworkin elabora a sua teoria dos direitos, elegendo uma norma fundamental ao estilo de Kant e de Rawls, que se traduz no direito natural dos homens esboçarem projetos e fazerem justiça. Essa teoria apóia-se na premissa de que a jurisprudência contempla pontos de vista morais relevantes que foram incorporados pelo positivismo ao longo da história (aliás, mesmo o processo democrático de legislação deve contemplar argumentos morais, segundo Alexy). Dworkin desemboca na necessidade de que as decisões consistentes sejam ligadas a regras ou princípios, que resultam da apropriação crítica da história institucional do direito, e que acabam por compor os seus argumentos de princípios, imprescindíveis para a justificação externa das decisões judiciais. Enfim, com base em Dworkin, recusa-se a neutralidade moral do direito, tendo em vista que o discurso normativo incorpora, ainda que de modo sutil, princípios morais e finalidades políticas que são injetados na linguagem dos códigos jurídicos. Daí porque o positivismo jamais conseguiu se desvencilhar da busca de validade de direito legítimo, levando Habermas a sustentar que a justificação externa das decisões judiciais transparece em decorrência “do direito vigente já incorporar conteúdos teleológicos e princípios morais, assimilando os argumentos da decisão do legislador político”. (Ibidem, p.251)

3.1 O LIBERALISMO E A DEMOCRACIA: DIFERENTES CONCEPÇÕES DO DIREITO, DA JURISDIÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NA NOÇÃO DE PUBLICIDADE

No início da idade moderna, tempo em que o liberalismo surgiu para se opor ao absolutismo, quando ruíam as instituições políticas européias, foi no direito que se encontrou a única resposta possível diante da falta de consenso moral dos iluministas. O positivismo então, inspirado pelo imperativo categórico de Kant, passou a adotar fórmulas escritas de comportamento negativo, do tipo “a todos cabe o dever de não causar prejuízo a outrem”, espécie de moral universal, gerando com isso a impressão de que o direito pudesse pretender-se avesso à história – mesmo evoluindo, com era de se lhe admitir, supunha-se mantida a sua essência¹³⁷.

Foi sob o influxo dessas idéias que adveio na França o Código de Napoleão, em larga medida adotado como modelo de inspiração (ou simples cópia) de inúmeros diplomas de Direito Civil, inclusive o brasileiro, marcando uma longa fase de compreensão individualista do fenômeno jurídico. O grande defeito dessa dimensão liberal do direito advém da falta de qualquer preocupação com a sua legitimação popular. Friedrich Müller diz, a propósito disso, que toda a ordem jurídica liberal se sustentava em falsas promessas de liberdade e de igualdade. Tomando-se em consideração, porém, que a realidade dos sistemas jurídico-constitucionais define-se pela sua prática, e não pelo conteúdo formal dos diplomas que os instituem, não tardou para que se notasse que as tais promessas de igualdade e de liberdade só eram eficazes para os membros das minorias privilegiadas, a ponto de serem individualmente desvalorizados os que não pudessem, de fato, usufruir dos direitos formais reconhecidos, fracos que se mostravam na nobre missão de subirem na vida¹³⁸.

Bem ou mal, porém, essa duradoura fase de concepção liberal do direito deixou profundas cicatrizes no pensamento jurídico e, como não poderia deixar de ser, isso acabou por influenciar a própria noção historicamente atribuída à garantia da publicidade do processo e da sentença. É dessa época do pensamento jurídico que

¹³⁷ SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996, p.192-193.

advém a noção de publicidade tão somente como exigência de serem cientificados os litigantes judiciais dos acontecimentos do processo capazes de prejudicar os seus interesses, dela fazendo um típico instrumento (garantia de segundo grau) de realização do contraditório – publicidade interna. No mais, particularmente no que interessa à revelação pública dos atos processuais, para eventual controle e censura popular das atividades judiciais e mesmo para legitimação das ações estatais realizadas no âmbito jurisdicional – publicidade externa - supunha-se que a exigência da legalidade bem se prestava a suprir as necessidades correlatas.

Ocorre, todavia, que a realidade do mundo contemporâneo tornou explícita a utopia da neutralidade da lei, em razão da pluralidade de interesses políticos e morais envolvidos nas situações concretas da vida a reclamar o fenômeno da sua incidência. A par disso, não se pode deixar de perceber a contribuição dada pela globalização - e as suas repercussões na criação de uma cultura de massa apátrida – na evolução dos padrões de comportamento social, afetando profundamente as noções atuais de bem comum. Mudou o conceito da lei¹³⁹, portanto, que passou a representar a expressão dos interesses políticos vitoriosos no jogo de forças partidárias, retratando uma vontade que não se harmoniza necessariamente com os interesses gerais da coletividade, mas com a vontade da força política legislativamente dominante.

A legitimação pública da jurisdição, portanto, não se obtém pela simples adequação do método jurisdicional à legalidade estrita, mas, sobretudo, pela revelação inequívoca das boas razões de julgamento e da lisura dos atos processuais a toda e qualquer pessoa que por eles possa se interessar. O processo justo, na sua atual acepção, é aquele capaz de se harmonizar com os bens da democracia, ocupando-se da sua transparência e da visibilidade do seu conteúdo, nada tendo a esconder e não se fazendo passar por instrumento de opressão. Até mesmo porque, conforme lembra Calmon de Passos¹⁴⁰,

¹³⁸ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: RT, 2004, p. 27-28.

¹³⁹ SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996, p. 203-204.

...também a função jurisdicional se coloca sob o império da lei e sujeita-se à deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo, diretamente...Não se eximiu nenhum agente da função política da necessidade de sua prévia e adequada legitimação para desempenhá-la, nem do imperativo de ser responsabilizável todo e qualquer agente público, dada a incompatibilidade, num sistema democrático, de outorgar-se poder sem se fazer possível a responsabilização do outorgado.

Enfim, passado o tempo do liberalismo e sob a forte influência dos ideais democráticos inerentes à noção de Estado de Direito, não mais se pode conceber a garantia constitucional da publicidade como um arremedo de revelação individual dos atos do processo, que somente aos litigantes possa interessar – a eles também se revela eficaz a garantia da publicidade na condição de direito fundamental ao exercício pleno do contraditório, estampando internamente e sem restrição o conteúdo dos acontecimentos processuais para eficaz resguardo de seus interesses. É igualmente nobre, porém, a missão reservada para a publicidade externa, única capaz de demonstrar aos quatro cantos do mundo a lisura dos procedimentos estatais afetos à jurisdição, e submetê-los à atividade censória permanente e democrática¹⁴¹.

Ainda que sem prejuízo direto para as partes, a falta de publicidade externa em dado processo faz da jurisdição um mero mecanismo privado de composição de conflito, afastando por completo do controle popular a atividade estatal. Numa perspectiva democrática da atividade jurisdicional, é absolutamente impensável que se possa dar respaldo à semelhante situação hipotética, uma vez que se estaria a retroceder ao tempo dos obscuros porões das ditaduras e da feição absolutista do exercício jurisdicional.

¹⁴⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 90-91.

¹⁴¹ Jevaux discorre sobre a feição necessariamente dúplice da publicidade (interna e externa): “O que realmente importa é que, no âmbito do processo, os participantes acreditem que possuam as mesmas oportunidades para influenciar o convencimento do magistrado, e que este não ofereça motivos ou desconfiança a qual lado vai pender e que, ainda, mesmo com resultado adverso, ter-se-ão novas e novas oportunidades por meio dos recursos. Para os não participantes a crença também vale, ante a expectativa de que, se vierem a estar na mesma situação, terão as mesmas chances. Só que isso não vale exclusivamente para dentro do processo, mas também, e principalmente, para que todos da comunidade acreditem que todo aquele aparato está realmente ali, à sua disposição, somado a outros tantos que, por assim dizer, estabilizam as suas expectativas e forcejam a ilusão de que, idealmente considerados, virão em seu socorro caso necessário”. (JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio: Forense, 1999, p. 83-84)

Calmon de Passos é preciso ao demonstrar o seu repúdio à quebra das garantias democráticas do processo, dizendo da importância do Direito e particularmente da magistratura para a democracia, de modo a imunizar

a sociedade contra a tentação diabólica de transformarem-se os produtores do direito em novos tiranos...A independência de que precisam desfrutar os juizes em face dos agentes das demais funções do Estado é diretamente proporcional à sua responsabilidade sócio-política, vale dizer, a sua submissão a controles sociais institucionalizados, capazes de coibir-lhes os abusos e os desvios deslegitimadores.¹⁴²

¹⁴² CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 106.

3.2 A PUBLICIDADE NO SISTEMA DA ORALIDADE

Desde o início do século XX, particularmente no continente europeu, tem havido um grande esforço de aperfeiçoamento dos procedimentos judiciais; sob a designação “oralidade”, ocupa-se essencialmente do aprimoramento de institutos tais como “a livre apreciação da prova”, a “concentração do procedimento” e o “contato imediato entre juízes, partes e testemunhas”, bem como a utilização dos “juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade”¹⁴³.

No Brasil, experimentou-se primitivamente o mesmo expediente, tanto assim que o CPC de 1939¹⁴⁴ adotava o processo oral¹⁴⁵ e, portanto, por exigência legal, previa-se que todo o debate empreendido pelas partes fosse travado em audiência¹⁴⁶. Decorria daí a necessidade não apenas de que na audiência se desse a demonstração dos fatos controversos como, sobretudo, ocorresse a aplicação do direito ao caso concreto. À luz daquele sistema primitivo, Liebman se posicionava dizendo que “a realização da audiência é uma garantia essencial e imprescindível para o conhecimento suficiente da causa¹⁴⁷”; e mais, que seria impossível no regime do Código de Processo Civil de 1939¹⁴⁸, ao juiz, sem a prévia realização da audiência, decidir o mérito da causa¹⁴⁹.

Sabe-se, contudo, que a reforma do Código de Processo Civil ocorrida em 1973 abrandou a aplicação do instituto da oralidade¹⁵⁰. Desse modo, não mais é possível

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 76.

¹⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 81.

¹⁴⁵ Conforme Liebman, “a oralidade foi concebida como o principal instrumento para garantir por sua vez todos os outros intuitos visados pelo legislador: a concentração as atividades instrutórias na audiência, o contacto imediato do juiz com os meios de prova, a livre convicção do juiz na apreciação das provas, a direção do processo nas mãos do órgão jurisdicional e, acima de tudo, a concepção do processo como instrumento público de administração da justiça”. (Ibidem, p. 81,82)

¹⁴⁶ Ibidem, p. 82.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 83.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 84.

¹⁴⁹ Liebman é textual ao dizer que “a lide não pode ser julgada sem a prévia realização da audiência”. (Ibidem, p.84)

¹⁵⁰ Dinamarco fala de oralidade bastante atenuada, reduzindo-se a sua prática às poucas audiências que o sistema inclui, autorizando-se a plena recorribilidade das decisões interlocutórias em primeiro grau de jurisdição, mas assegurando-se parcialmente a identidade física do juiz que houver dado início à instrução oral da causa. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.184)

defender que o art. 444 do Código vigente, que reproduz o teor do art. 263 do CPC de 1939 e que trata da publicidade da audiência, esteja a contemplar de modo satisfatório a exigência constitucional da publicidade dos atos do processo. Afinal de contas, a partir de 1973 não mais se admite o acompanhamento público de uma considerável gama de atos processuais, os quais são em sua grande maioria produzidos por arrazoados forenses, fora do ambiente da audiência, sem os signos da oralidade e da concentração¹⁵¹.

Veja-se, a propósito, que Buzaid foi muito claro ao discorrer, na exposição de motivos do CPC de 1973, sobre o abandono do princípio da oralidade nos moldes adotados pelo ordenamento processual anteriormente vigente¹⁵². No Brasil, portanto, não é propriamente através da audiência que se realiza a publicidade do processo, ao menos não nos casos vários, e tantos, em que a oralidade restou extirpada do procedimento (excetuam-se desse contexto, v.g, o rito sumário e o procedimento que rege os feitos perante os Juizados Especiais, sob a égide da Lei 9.099/95)¹⁵³.

¹⁵¹ Comoglio aduz que “A oralidade não é um valor absoluto e dominante, mas se realiza em medida atenuada, no âmbito de um sistema complessivamente misto, que prescreve e mantém a forma escrita em muitos atos do processo” (Tradução nossa). A fim de atribuir credibilidade, segue o original, “L’oralità non è un valore assoluto e dominante, ma si realizza in misura attenuata, nell’ambito di un sistema complessivamente misto, che prescrive e mantiene la forma scritta per molti atti del processo”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”* (Modeli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo:RT, n. 90, ano 23, abril-jun. 1998, p.144)

¹⁵² Buzaid, na Exposição de Motivos do CPC de 1973, diz que “a extensão territorial do país, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica, vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade física do juiz, consagrado em termo rígidos no sistema do Código [...] Não se duvidava, pois, da excelência da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira [...] O projeto manteve, quanto ao processo oral, o sistema vigente, mitigando-lhe o rigor, a fim de atender às peculiaridades da extensão territorial do país. O ideal seria atingir a oralidade em toda a sua pureza. Os elementos que a caracterizam são: a) a identidade da pessoa física do juiz, de modo que este dirija o processo desde o início até o julgamento; b) a concentração, isto é, que em uma ou em poucas audiências próximas se realize a produção das provas; c) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, evitando a cisão do processo ou a sua interrupção contínua, mediante recursos que devolvem ao tribunal o julgamento da decisão impugnada. Falando do processo oral em sua pureza, cumpre esclarecer que se trata de um tipo ideal resultante da experiência legislativa de vários povos e condensado pela doutrina em alguns princípios [...] Ocorre, porém, que o projeto, por amor aos princípios, não deve sacrificar as condições próprias da realidade nacional. Atendendo a essas ponderações, julgamos de bom aviso limitar o sistema de processo oral, não só ao que toca ao princípio da identidade da pessoa física do juiz, como também quanto à irrecorribilidade das decisões interlocutórias”.

¹⁵³ Para Barbosa Moreira, “O processo civil brasileiro não é um processo essencialmente oral, no sentido clássico da expressão. Salvo no procedimento sumaríssimo (CPC, art. 278) e no dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 7.244, de 7-11-1984, art. 31), onde ao réu é lícito defender-se oralmente, toda a fase postulatória – em que as partes expõem suas pretensões ao juiz – processa-se por escrito (petição inicial, contestação, exceções, reconvenção). Pode acontecer que nem sequer se realize uma audiência: cabe ao órgão judicial, em vários casos, proferir

Há que se buscar, então, nova justificativa para a publicidade, particularmente no que interessa à sua visibilidade externa para, com isso, permitir que as pessoas interessadas no acompanhamento dos casos forenses possam se inteirar dos episódios do feito, de pouca valia se revelando o enunciado do art. 444 do CPC em vigor.

Para as muitas situações, com efeito, em que não se adota a realização concentrada dos atos em audiência (a forma se exterioriza por meio de documentos escritos e protocolados nos autos, sendo a sentença proferida nos gabinetes, à distância das partes e do público), é necessário que seja franqueado o acesso dos interessados aos autos, para manuseio e obtenção de certidões, uma vez patenteada a mudança de rota do processo civil a partir de 1973¹⁵⁴.

Nessa medida, então, não mais se pode usar a regra do art. 444 do CPC para que seja legitimado o caráter público do processo, dada a sua limitada aplicação no âmbito do processo civil, sendo, antes, preciso, para os inúmeros casos em que se dispensa a realização da audiência (ou dela se ocupa apenas para a prática de atos instrutórios, sem espaço para as alegações orais das partes e tampouco para prolação da decisão final), que a publicidade seja efetivada por meio de outros mecanismos capazes de permitir o maior acesso do público aos atos forenses.

Mostra-se fundamental a mudança da prática usual dos cartórios judiciários, os quais, por mazelas culturais do passado que pouco condizem com os ideais democráticos da modernidade, têm por hábito recusar o acesso de pessoas comuns, diversas das partes¹⁵⁵, aos autos para que possam se inteirar do andamento de feitos, muito menos se dispendo a permitir a manipulação dos elementos materiais correlatos¹⁵⁶.

sentença sem realizá-la, inclusive para julgar o mérito da causa: assim, por exemplo, quando não for necessária a colheita de provas a serem produzidas em audiência, porque a controvérsia respeita unicamente a questões de direito ou comporta deslinde à luz exclusiva das provas já constantes dos autos (CPC, art. 330, nº I)". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 5. série. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 4)

¹⁵⁴ Embora o processo civil não seja de regra propenso à realização de debates e de julgamentos em audiência, percebe-se o seu gradual retorno às origens, em busca de uma maior efetividade, de que é exemplo o procedimento de pequenas causas.

¹⁵⁵ Estudantes e pesquisadores, por exemplo.

¹⁵⁶ Couture lembra que "O expediente judicial pode ser consultado, dentro do nosso direito, pelas partes, seus defensores e por todo aquele que tiver interesse legítimo na sua exibição" (Tradução

Do contrário, dar-se-á prosseguimento à falácia de sustentar que a publicidade do processo se verifica pela possibilidade de amplo acesso das pessoas do povo aos recintos onde se realizam as audiências, algo que foi uma realidade ao tempo de vigência do CPC de 1939, mas que, a partir de 1973, salvo as exceções veiculadas, não mais se aplica¹⁵⁷.

Não se nega, entretanto, e ainda no campo das normas infraconstitucionais que regem a garantia da publicidade do processo, que o art. 155 do CPC a contempla, ao menos no plano programático. O seu parágrafo único restringe a obtenção de certidões e o direito de consulta dos autos por qualquer que seja a pessoa, ainda que não tenha interesse indireto no resultado da causa, apenas naqueles casos em que se justifica a tramitação do feito em segredo de justiça. É preciso convir, todavia, que o preceito legal aqui comentado (art. 155 do CPC) é muito pouco eloqüente ao tratar da publicidade dos atos do processo, fazendo-o de forma lacônica e imprecisa, sem sequer sugerir o modo de realização desse ideal político e social; a regra adquire maior grau de concretude e especificidade apenas quando restringe a garantia da transparência no seu parágrafo único, disso resultando a impressão de um certo desprestígio normativo dedicado ao instituto.

A insensibilidade diante da relevância do princípio constitucional da publicidade que se contém nos preceitos do Código de Processo Civil destinados à sua

nossa). Para ser fiel, segue o original, “el expediente judicial puede ser consultado, dentro de nuestro derecho, por las partes, sus defensores y ‘por todo el que tuviere interés legítimo en su exhibición”. (COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4.ed. Buenos Aires: Júlío César Fairs Editor, 2002, p.158)

¹⁵⁷ Eduardo Couture asegura que “A publicidade, com a natural conseqüência de ensejar a presença do público nas audiências judiciais, constitui o mais precioso instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados e defensores. Em última análise, o povo é o juiz dos juizes. A responsabilidade pelas decisões judiciais ganha ampla dimensão caso tais decisões sejam proferidas logo em audiência pública com a presença das partes e do povo. O método escrito que vigora na maioria dos países hispano-americanos diminui a efetividade do princípio da publicidade. Não se pode dizer que nosso processo seja secreto; mas o método escrito virtualmente torna impossível a obra de fiscalização popular a que acabamos de aludir” (Tradução nossa). Para conferir credibilidade, segue o original, “La publicidad, com su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el juez de los jueces. La responsabilidad de las decisiones judiciales se acrecienta en términos amplísimos si tales decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo. El método escrito que rige en la mayoría de los países hispano-americanos, disminuye la efectividad del principio de publicidad. No puede decirse que nuestro proceso sea secreto; pero el método escrito hace virtualmente imposible la obra de fiscalización popular a que acabamos de aludir”. (Ibidem, p. 158)

regulamentação (com as escusas históricas de terem sido recepcionados pela ordem constitucional em vigor que, a toda evidência, deu muito maior ênfase à indigitada garantia do que se costumava anteriormente fazer), decerto contribui para que esse tema receba, na doutrina de processo civil, tratamento um tanto acanhado, ressalvadas as valiosas contribuições advindas de uma ilustre parcela de juristas que gradativamente têm dedicado uma maior atenção à matéria.

É preciso reconhecer, por outro lado, que as regras infraconstitucionais atualmente vigentes as quais se dedicam à disciplina da publicidade não mais se mostram aptas a regular com precisão essa garantia processual de tamanha relevância, devendo ser modernizado ou o texto da lei, ou a sua interpretação e aplicação, com vistas à preservação e à evolução do instituto.

Nesse contexto, assume especial relevo o lúcido enfoque dado ao tema por Enrique Vescovi¹⁵⁸¹⁵⁹, que chama a atenção para a necessidade de um maior controle

¹⁵⁸ VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 360-379.

¹⁵⁹ Na visão de Enrique Vescovi, “Enfocando o tema da Justiça, resulta elementar que o reclamo pela democracia participativa se estenda a esse ramo, dado que o Poder Judiciário, junto com o Legislativo e o Executivo, constituem as funções essenciais de governo. Dito de outra maneira, que a função jurisdicional também se integra ao governo, considerado em sentido amplo. E não há dúvida de que os magistrados exercem tarefa de governo. Por isso tudo é que a participação que se reclama, com razão, nessa tarefa, sirva para conformar um sistema essencialmente democrático. [...] A questão se torna problemática quando se trata de resolver em que grau a participação popular pode – ou deve – ser admitida na Justiça e no processo, tema crucial e difícil de resolver pelas muitas arestas que contempla. [...]”

Em princípio, uma parte da doutrina tem reclamado a participação popular na Justiça. Em especial a italiana, entre outras razões por conta da norma do art. 102 (Ord. 30), uma vez que estabelece caber à lei “regular os casos e as formas da participação direta do povo na administração da Justiça”. [...]

A participação popular mais direta que pode surgir em matéria de Justiça e processo se constitui quer pela designação de juízes eleitos pelo voto popular, sistema adotado nas comunidades locais dos Estados Unidos, quer pela própria designação de juízes populares nos moldes dos tribunais de camaradas soviéticos. Ou, em todo caso, o sistema misto de formação do tribunal por juízes técnicos e leigos, conforme o regime dos tribunais trabalhistas mexicanos, por exemplo. [...]

Parece-nos, examinados os diversos aspectos da questão, que as qualidades dos juízes, como tem sido dito reiteradamente, não podem ser apreciadas popularmente e o efeito da política seria negativo em nossos países para admitir a eleição popular. [...]

Dentre todas as formas possíveis de participação popular no processo, optamos pela atividade de controle que se realiza através do sistema do processo por audiência pública. [...] Consideramos que em nossos atuais sistemas democráticos, deve ser exigida ao máximo (e também ao mínimo) a possibilidade de controle popular amplo de todas as funções de governo. [...] Da experiência vivida nos últimos anos de governos militares nas democracias do cone sul-americano, resultou de indubitável transcendência (negativa) a falta desse controle, isto é, a faculdade de governar, em todos os planos, sem a mínima possibilidade de crítica (nem cabe falar em consenso) pública (e também privada) da tarefa de governo. Às vezes sem o menor conhecimento da existência de decisões transcendentais para toda a população, quando não da forma com que essas decisões são adotadas,

público e democrático das atividades judiciais, uma vez estarem elas inseridas no contexto geral das funções essenciais do governo. Depois de se mostrar avesso à

seu real conteúdo, seus fundamentos, etc. Revela-se de importância transcendente, portanto, para nossas renascentes democracias representativas, a atividade de controle que se realiza popularmente através da publicidade dos atos de governo. [...]

Temos reiterado de diversas maneiras a adesão ao sistema da oralidade na organização do processo. E o processo oral é o único no qual se pode dar a publicidade reclamada por todos sem discrepância. Em termos puros, não se trata de reclamar um processo exclusivamente oral, senão misto, mas que, fundamentalmente, se realize através de audiência. Em outros termos, o chamado processo por audiência.

Assim mesmo, cabe reiterar que é somente neste (ou por intermédio do sistema da oralidade) que realmente podem ser realizados os princípios que todos os processualistas reclamam como essenciais: concentração, imediação, economia, abreviação e publicidade.” (Tradução nossa).

Com fim de credibilidade, segue o original, “Enfocando el tema de la Justicia, resulta elemental que el reclamo de Democracia participativa debe extenderse a esta rama, dado que el Poder Judicial, junto com el Legislativo y Ejecutivo constituyen las funciones esenciales de gobierno. Dicho de otra manera, que la función jurisdiccional también se integra en el Gobierno, considerado en el sentido amplio. Y no cabe duda, que los Magistrados ejercen tarea de Gobierno. Por todo ello la participación se ha reclamado, con razón, en esta tarea, para conformar un sistema esencialmente democrático.

La cuestión se plantea cuando se trata de resolver qué grado de participación popular puede – o debe – admitirse en la Justicia y en el proceso, tema crucial y difícil de resolver en sus distintas aristas. [...]

Em princípio uma parte de la doctrina há reclamado la participación popular em la Justicia. Em especial la italiana, entre outras razones por la norma constitucional del Art. 102 (Ord. 30), en cuanto establece que “la legge regola i casi e le forme delle partecipacione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia”. [...]

La participación popular más directa que puede surgir en materia de Justicia y proceso la constituye, sea la designación de jueces elegidos por voto popular, sistema que se ensaya en las comunidades locales de los Estados Unidos, así como la propia designación de jueces populares tales como los tribunales de camaradas soviéticos. O, en todo caso, el sistema mixto de conformación del Tribunal por jueces técnicos y laicos, tales como el régimen de tribunales laborales mexicanos, por ejemplo. [...]

Nos parece, por sobre todas las cosas, que las cualidades del Juez, como se ha dicho reiteradamente, no son apreciadas popularmente y el efecto de la política sería negativa en nuestros países para admitir la elección popular. [...]

De entre todas otras formas de participación popular en el proceso hemos elegido la actividad de contralor que se realiza a través del sistema del proceso por audiencia pública. [...] Consideramos que en los actuales sistemas democráticos cabe reclamar por sobre todo (y también como mínimo) la posibilidad de contralor popular amplio de toda la función de gobierno. [...] En la experiencia vivida en los últimos años de gobiernos militares em nuestras democracias del Cono Sur americano, resultó de indudable transcendencia (negativa) la falta de ese contralor. Esto es, la facultad de gobernar, en todos los planos, sin la mínima posibilidad de crítica (ni que hablar de consenso) pública (y aún privada) de la tarea de gobierno. A veces sin el menor conocimiento de la existencia de decisiones trascendentes para toda la población, cuando no de la forma en que se adoptaran dichas decisiones, su real contenido, sus fundamentos, etc. Resulta entonces trascendente para nuestras renascentes democracias representativas la actividad de contralor que se realiza popularmente y a través de la *publicidad* de los actos de gobierno. [...]

Hemos reiterado de diversas maneras la adhesión al sistema de oralidad en la organización del proceso. Y en el proceso oral, es el único en el cual se puede dar la publicidad reclamada por todos sine discrepandi. En puridad no se trata de reclamar un proceso puramente oral, sino más bien uno mixto, pero que, fundamentalmente, se realiza a través de la audiencia, En otros términos, el llamado *proceso por audiencia*.

Asimismo cabe reiterar que es solo en este (o en el sistema de la oralidad) que realmente pueden realizarse los principios que todos los procesalistas reclaman como esenciales: concentración, imediación, economía, abreviación y publicidad”. (VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 360-379)

implantação da eleição direta dos juízes, por sistema de voto popular, em razão das deficiências culturais dos povos latino-americanos e da falta de critérios adequados para aferição de mérito dos bons julgadores os quais, a seu juízo, não deveriam ser envolvidos em processos político-eleitorais, Vescovi demonstra a sua adesão ao princípio da oralidade em sua expressão elementar de audiência pública. Para ele, não há outra forma de ser plenamente efetivada a publicidade e propiciado o controle popular dos atos processuais, senão pela via do processo oral¹⁶⁰ ou, como ele próprio diz, *proceso por audiencia*, indispensável para que possam na verdade ser realizados todos demais princípios “*que todos los procesalistas reclaman como esenciales: concentración, inmediación, economía y abreviación*”, além da publicidade. É textual a observação de Vescovi. Nas palavras do autor, percebe-se que

No que se refere a esse último não cabe dúvida de que não se pode realizar dentro do processo escrito (desesperadamente escrito) de que padecem os sistemas latino-americanos. Por mais que se reclame a publicidade do expediente, o processo não tem a menor publicidade e, muito menos, um controle da atividade jurisdicional pelo povo. O sistema escrito, no processo civil e penal, supõe que tudo se restrinja ao expediente, que a maior parte da atividade seja realizada por funcionários na sede do Juízo, e que a elaboração da sentença seja feita pelo juiz fechado em seu gabinete (ou trabalhando em sua casa, como é habitual em nosso país) [...] Resulta disso, então, que se queremos publicidade – a cujo respeito não há questionamento – esta só se mostra viável através do sistema do processo oral (por audiência), e, assim mesmo, se queremos um efetivo controle popular do processo, isto só se pode realizar pelo dito meio.¹⁶¹

¹⁶⁰ Comoglio, discorrendo sobre a forma dialética oral do processo, diz que “Il che non è soltanto la più semplice e diretta espressione delle opinioni, delle divergenze o delle conoscenze umane, ma è anche la più trasparente, essendo costantemente controllabile pure da chiunque vi possa assistere *ab externo*, senza trovarvisi personalmente coinvolto”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo”**: modelli a confronto. Revista de Processo, n. 90, ano 23, abril-junho de 1998, p. 109)

¹⁶¹ Para conferir credibilidade segue o texto original – “En lo que refiere a este último no cabe duda que no puede realizarse dentro del proceso escrito (desesperantemente escrito) del que padecen los sistemas latinoamericanos. Por más que se proclame la publicidad del expediente, el proceso no tiene la menor publicidad y, mucho menos, un contralor de la actividad jurisdiccional por el pueblo. El sistema escrito, en el proceso civil y el penal, supone que todo se vuelca en el expediente, que la mayor parte de la actividad se efectua por funcionarios en la Sede de la Oficina Judicial, y que en el dictado de la sentencia es el Juez encerrado en su gabinete (o trabajando en su casa, como es habitual en nuestro país), que realiza dicha actividad [...] Resulta, entonces, que si queremos publicidad – en lo cual no hay cuestionamento – esta solo cabe a través del proceso oral (por audiencia). Y, asimismo, si queremos un efectivo contralor popular del proceso, este solo puede realizarse a través de dicho meio”. VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 360-379)

Bem se vê que a doutrina de Vescovi pugna, de modo peremptório, pela reforma da legislação processual civil e pela implantação, ou reimplantação, do sistema da oralidade como único meio de ser efetivada, de forma plena, a garantia da publicidade nos moldes constitucionalmente preconizados, numa clara apologia aos tempos pretéritos ao Código de Processo de 1973.

Embora a tanto não se chegue no plano da ordem positiva infraconstitucional, não há como negar a pertinência do pensamento do mestre Uruguiaio, quando afirma que o princípio da publicidade, notadamente na sua perspectiva extraprocessual, vale dizer, como meio de legitimação e de controle popular dos atos jurisdicionais, não se coaduna com o processo escrito¹⁶². Hermético e avesso aos olhos da população, quando não o é à própria visão dos litigantes, o processo escrito, afora o seu excesso de formalismo e os defeitos relacionados ao ritmo lento da marcha procedimental, enclausura-se nos cartórios e serventias e se fecha ao mundo exterior.

A ser mantida a atual feição escrita como característica modal de uma significativa parcela dos casos encaminhados ao Poder Judiciário, é preciso então rever o modo de realização efetiva da garantia da publicidade dos julgamentos e dos atos processuais, para tanto não mais se prestando a mera remissão legislativa ao caráter público das audiências (art. 444, CPC), rarefeitas que se revelam na própria previsão do sistema processual. De muito pouca valia se reveste, ademais, a lacônica (embora elegantemente burocrática) enunciação de pouca funcionalidade que está contida no preceito que prevê a natureza pública dos atos processuais (art. 155, parte inicial, CPC), por força do seu pequeno apelo pragmático.

Não se pode negar, todavia, que se prevê para o processo civil a tentativa obrigatória de conciliação quando da abertura da audiência de instrução, nos casos do litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado (art. 447, CPC), tampouco se deve ignorar a previsão de que possa ser designada audiência de

¹⁶² Tanto isso é verdade que Vescovi recorda das bases uniformes adotadas para o projeto de reforma da legislação processual dos países latino-americanos, cujo anteprojeto proposto contemplava o processo oral por audiência para o processo civil, de sorte a prestigiar o princípio da oralidade. (VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia:

conciliação quando a causa igualmente versar sobre direitos disponíveis (art. 331, CPC). Esses preceitos, em parte, atendem às recomendações feitas por Vescovi a propósito daquilo que chama de audiência preliminar, reservada para que “*el juez y las partes se miren a los ojos*”¹⁶³. Finalmente, por intermédio da conjugação desses preceitos se cumpre o saudável desiderato de que os atos processuais contemplem “*una audiencia preparatoria, la cual se inicia con la tentativa de conciliación*”¹⁶⁴. Dela se diz preparatória porque ao mesmo ensejo da audiência, desde que frustrada a conciliação, devem ser resolvidas as questões processuais pendentes, fixados os pontos controvertidos e deliberados os meios de prova a serem produzidos (par. 2º, art. 331, CPC).

Acontece, porém, que ambas as regras da legislação processual civil infraconstitucional mencionadas não se revelam incidentes na globalidade dos casos, começando pelo art. 447, pois a tentativa prévia de conciliação ali prevista, com a convocação obrigatória das partes, está sempre a depender da necessidade de que seja realizada a instrução da causa em audiência, sendo cediço, porém, que nem todos os litígios demandam tal providência. Quanto ao art. 331, a sua incidência somente tem lugar quando não se adota o julgamento conforme o estado do processo, em cujo contexto se inserem as hipóteses inúmeras das causas que dispensam atos instrutórios, ficando comprometida a publicidade em razão da prolação habitual das chamadas sentenças de gabinete.

A ser mantido o esquema metodológico avesso à oralidade, há de permanecer deficiente o alcance pleno do ideal democrático do processo sob a perspectiva da sua publicidade¹⁶⁵, abandonando a forma mais salutar de acesso popular à jurisdição, pois,

el proceso por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 371).

¹⁶³ VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 374.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 377.

¹⁶⁵ Na linha de pensamento de Comoglio, “A oralidade não se sobrepõe à publicidade mas se desenvolve em paralelo com ela – podendo subsistir também onde esta ocorra menos – e, em todo caso, tende a reforçá-la. De fato, apenas um debate ou um juízo oral – no qual, assinalo, qualquer audiência (ou pelo menos aquela principal em discussão) se conduz oralmente – pode-se dizer realmente aberto ao público e exposto ao controle direto da opinião pública. Ambas as garantias são, de qualquer modo, agora concebidas – seja nas tradições do *common law*, seja naquelas do *civil law*

Em definitivo, em todo caso, o processo se realize diante do povo, isto é, de forma pública, em suas etapas essenciais. São escritas apenas as peças de ingresso e de contestação, os recursos e alguns incidentes, excepcionalmente, pois as questões suscitadas em audiência se resolvem, de ordinário, no ato. Todo o resto, isto é, o desenvolvimento essencial do processo, o fazer judicial, se realiza de forma pública e sob a batuta do controle permanente de todos os que possam presenciar a audiência. Em salas, cuja porta permaneça sempre aberta, salvo no caso, ditado por razões especiais, do Tribunal determinar o sigilo da causa.¹⁶⁶

– como elementos cardeais de qualquer processo moderno, civil ou penal, perfilando-se como aspectos essenciais de uma justiça eficiente, liberal e socialmente avançada”. Para efeito de credibilidade, segue o texto original: “L’oralità non si sovrappone allà pubblicità, ma si sviluppa in paralelo con essa – pur potendo sussistere anche laddove questa venga meno – ed, in ogni caso, tende a rafforzala. Infatti, soltanto un dibattito o un giudizio orale – in cui, appunto, qualsiasi udienza (o, almeno, quella principale di discussione) sia condotta oralmente – può dirsi realmente “aperto” al pubblico ed esposto al controllo diretto della pubblica opinione. Entrambe le garanzie sono, comunque, ormai concepite – sia nelle tradizione di *common law*, sia in quelle di *civil law* – come elementi cardinali di qualsiasi moderno processo, civile o penale, profilandosi come aspetti essenziali di una giustizia efficiente, liberale e socialmente avanzata”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie costituzionali e “giusto processo”**: modelli a confronto. Revista de Processo, n. 90, ano 23, abril-junho de 1998, pp. 117-118)

¹⁶⁶ Para dar credibilidade, segue o original, “ En definitivo, en todo caso, el proceso se realiza ante el pueblo, esto es, en forma pública, en sus etapas esenciales. Solo por escritas la demanda y contestación, los recursos y algún planteo incidental, excepecionalmente, pues los suscitados en las audiencias se resuelven, de ordinario, en el acto. Todo lo demás, esto es, el desarrollo esencial del proceso, el hacer judicial, se realiza en forma publica y bajo el contralor permanente de todos quienes pueden presenciar la audiencia. En salas, cuya puerta queda siempre abierta, salvo que, por razones especiales, el Tribunal disponga la reserva de la causa”. (VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 378-379)

4 O QUADRO GERAL DAS GARANTIAS DO PROCESSO

As garantias constitucionais são postulados indispensáveis à convivência civil na medida dos limites intransponíveis que fixam para o exercício do poder¹⁶⁷. Ao lado das garantias gerais (mecanismos de freios e contrapesos dos poderes), postam-se as garantias especiais, entendidas como instrumentos de proteção aos direitos individuais¹⁶⁸.

Dentro do seu amplo leque de atuação, as garantias constitucionais encontram no processo judicial campo fértil de atuação, regulando a obediência dos procedimentos às regras previamente estipuladas, dando validade e justiça ao método jurisdicional e às suas decisões, viabilizando, enfim, os seus escopos sociais e políticos¹⁶⁹. Daí é que surge a visão do processo como instrumento de participação do indivíduo nas próprias decisões dos órgãos do poder que possam afetá-lo¹⁷⁰.

A percepção atual do processo como instrumento democrático de atuação do direito induz à dimensão garantística do discurso contemporâneo, segundo a qual a legitimidade da intervenção estatal pressupõe a preservação de certos bens jurídicos publicamente compartilhados¹⁷¹. Essa é a razão pela qual o processo deve tributo aos fundamentos da convivência civilizada, que se expressam por exigências conhecidas por vocábulos de acepção moderna tais como igualdade, dignidade humana e liberdade. Isso também explica a constitucionalização do direito

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragioni: teoria del garantismo penale**. 3. ed. Roma: Ed Laterza, 1996, pp. 899-900.

¹⁶⁸ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 26.

¹⁶⁹ Calmon de Passos assevera que “A estabilidade da ordem social reclama sejam colocados parâmetros à solução dos conflitos, cumprindo ao direito formalizar modelos decisórios como expectativas a serem compartilhadas pelos integrantes do grupo, funcionando também como limite ao arbítrio do decisor. Disso resulta que a composição dos conflitos de interesses não atende a postulados ou pressupostos deduzíveis de uma idéia de justiça ou constelação de valores absolutos, previamente dados e capazes de serem intuídos pelos homens ou que a eles se imponha, sim de quanto for politicamente definido e regulado, vale dizer, de tudo quanto se fizer possível em termos contingentes e históricos. Destarte, as decisões que dizem respeito ao macro-conflitos são sempre formuladas previamente em termos de dever-ser genericamente posto e têm natureza predominantemente política, com o que se limita e condiciona a solução jurídica dos micro-conflitos, que se busca progressivamente, tanto quanto possível, tornar imune a todo subjetivismo e arbitrariedade”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 81)

¹⁷⁰ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. Op. Cit, p. 28, ver nota 167.

¹⁷¹ Ibidem, p. 30.

processual civil, a exauriente explicitação no diploma político das garantias do processo e a generalização da idéia de processo justo¹⁷².

O ordenamento constitucional brasileiro, com efeito, sucumbiu à tendência universalmente aceita e se deixou inspirar pelo garantismo judicial, consagrando textualmente os seguintes princípios para o processo: o juiz natural, imparcial e independente; o duplo grau de jurisdição; o contraditório; a igualdade processual; o acesso à justiça; a defesa; o direito à prova; o direito à presunção da inocência; a oralidade; a publicidade; a legalidade ou formalidade; a motivação das decisões¹⁷³.

A doutrina de processo civil, talvez cedendo ao intuitivo hábito de ordenar as coisas conforme os graus de sua aparente importância, fixa certa ordem de preferência entre os princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil. No afã de sistematizá-los, e até mesmo de justificar a interpenetração conceitual que lhes é própria¹⁷⁴, cumpre mencionar, o fato dos princípios processuais constitucionais conterem carga deontológica de princípios alheios, os autores elegem e fixam alguns deles como verdadeiras premissas lógicas de fundamentação de outros, para com isso defenderem a precedência em importância de uns tais e quais, em detrimento de outros tantos.

Essa sistematização dos princípios por ordem de hierarquia, embora tenha inegável apelo pedagógico e satisfaça o senso prático comum, parece carecer de cientificidade em razão da variabilidade das classificações de precedências dos direitos fundamentais envolvidos, conforme a diversidade da inspiração pessoal dos

¹⁷² JJ. Calmon de Passos afirma que “Devido processo constitucional jurisdicional é complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio sem ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69)

¹⁷³ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 34-35.

¹⁷⁴ Antônio Magalhães Gomes Filho fala em modelo ou sistema de garantias processuais, pois o direito fundamental ao processo justo não se cristaliza nem se exaure em garantias particulares, mas na coordenação de garantias concorrentes. (Ibidem, p. 33)

juristas. Esse estado de coisas demonstra, a par da falta de consenso da doutrina (coisa que lhe é corriqueira), a virtual impossibilidade de ser materialmente identificado o núcleo essencial hermético dos princípios constitucionais.

A depender dos autores, ou bem se diz que o princípio do devido processo legal é matriz de fundamento de todos os demais, ou bem se apresenta diferente a perspectiva de precedência e não rara é a adoção dos conceitos de alguns ou de vários princípios como condição inexorável para a definição de outros, numa mistura bem ao gosto do sincretismo.

Há pensadores que defendem, por exemplo, para o princípio constitucional do devido processo legal, a condição de fonte mediata e imediata dos princípios judiciais existentes dentro do sistema jurídico. Essa é a posição de Nelson Nery Jr., para quem “o princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o devido processo legal”¹⁷⁵.

É idêntica a opinião de Marcelo Abelha, que diz tratar-se o devido processo legal de fonte primária dos princípios do direito processual civil, apesar de não estar atrelado apenas às normas de direito processual. Para ele o devido processo legal, genericamente caracterizado pelo trinômio “vida, liberdade e propriedade”, gênero contido no art. 5º, LV, da CF/88, que legitima e legaliza a existência dos demais princípios processuais arrolados na Carta, dos quais se fazem espécies. Na sua concepção, invocando o pensamento de Nelson Nery Jr., bastaria ao texto constitucional enunciar o princípio “mater” do devido processo legal para que a maior parte dos seus desdobramentos se tornasse despicienda, muito embora se apresse em reconhecer que a explicitação das garantias fundamentais dele derivadas mostra-se benéfica ao sistema, uma vez que enfatiza a importância dos demais princípios destacados¹⁷⁶.

¹⁷⁵ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 6. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 30.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000, p. 56-57.

Maior ainda é a dosagem de sincretismo adotada por Nelson Nery Jr.¹⁷⁷, ao dizer, enfático, que:

a garantia do contraditório compreende para o autor a possibilidade de poder deduzir ação em Juízo, alegar e provar fatos constitutivos do seu direito e, quanto ao réu, ser informado quanto à existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir. Para tanto é preciso dar as mesmas oportunidades para as partes, e os mesmos instrumentos processuais, para que possam fazer valer em juízo os seus direitos. A ampla defesa constitui fundamento lógico do contraditório, que abrange não só as garantias processuais, mas também o respeito, dentro do processo, aos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual, etc.

Celso de Mello, citado por Marcelo Abelha¹⁷⁸, por sua vez, decompõe a essência do “dues process of law” no processo civil e nele insere os seguintes princípios: 1) igualdade das partes; 2) garantia do “jus actionis”; 3) respeito ao direito de defesa; 4) contraditório.

Dinamarco¹⁷⁹ incorre no mesmo raciocínio, misturando todos os princípios num só vetor deontológico mais amplo e abrangente, quando diz que

nos Estados ocidentais de hoje há de se oferecer em si mesmo a garantia da legalidade processual – seria estranho o juiz, órgão estatal, agir com arbítrio no exercício da sua função de controlador da legalidade – e ser dotado de meios aptos a promover a igualdade e garantir a liberdade [...] A existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas pressupõe garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (carga axiológica da sociedade contemporânea), que se traduzem na inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal – todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal.

Daí a necessidade de que o processo “seja feito em contraditório, respeitada a igualdade entre as partes perante o juiz natural, observadas as garantias inerentes à cláusula “dues process of law”, ou em outras palavras, citando Cappelletti, “o processo precisa refletir as bases do regime democrático, como microcosmo do Estado-de-direito que é: liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.

¹⁷⁷ NERY JR, Nelson. Nery Jr. Op. Cit., p.130, ver nota 174.

¹⁷⁸ Apud. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 57.

¹⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, pp. 25 e 32.

Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁸⁰ não separam o contraditório da ampla defesa, aquele tendo por berço o brocardo romano “auditur et altera pars” e esta traduzindo-se na expressão “nemo inauditus damnari potest”. Para eles, a ampla defesa é possibilitada pelo contraditório e com ele mantém íntima ligação.

Delosmar Mendonça Júnior¹⁸¹, por sua vez, sustenta que o contraditório emana da contraposição dialética de ação e a defesa e, pautado em Ada Pellegrini Grinover, menciona que

O paralelismo entre ação e defesa é que assegura aos dois sujeitos do contraditório instituído perante o juiz a possibilidade de exercerem todos os atos processuais aptos a fazerem valer em Juízo seus direitos e interesses a condicionar o êxito do processo. Ação e defesa acabam se transformando em abrangentes garantias do justo processo. E o contraditório, neste enfoque, nada mais é do que uma emanção daquela ação e daquela defesa.

Ao referir-se a Humberto Theodoro Júnior, aduz que

Não se completa o contraditório com a simples ouvida da parte. Há de se lhe ensejar oportunidade de rebater as alegações do outro litigante, com argumentos e provas. De tal forma, se ouve a parte, mas não lhe dá oportunidade de provar as alegações, o contraditório fica vazio de conteúdo.

Completa ainda que “toda matéria que diga respeito à defesa judicial de direitos no processo está afeta ao princípio do contraditório: alegações, meios de provas, acompanhamento na formação da prova, prazos, poderes, faculdades e ônus para o exercício da defesa, etc”.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁸², por seu turno, opera certa inversão de prioridades, e discorre sobre a igualdade substancial como matriz de fundamento do contraditório. Sustenta ser imprescindível a participação real, e não apenas ilusória (formal), dos litigantes no processo.

¹⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 53.

¹⁸¹ MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 35, 36 e 40.

¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 256-257.

Trilhando os mesmos passos, Francisco Glauber Pessoa Alves¹⁸³ diz sem rebuços que o princípio jurídico da isonomia engloba todos os outros princípios, inclusive o “*due process of law*”, que nele estaria contido pelo simples fato de que a igualdade antecede a própria noção de processo - o sentimento de divisão equânime de atribuições e de direitos estava presente mesmo nas sociedades primitivas - sendo no mínimo sinônimo de devido processo legal substantivo.

Para a doutrina de Francisco Glauber Pessoa Alves¹⁸⁴, é o princípio da isonomia, associado ao princípio da razoabilidade, que permite que se atinja o bem jurídico pretendido, até mesmo por critérios discriminatórios, desde que o fim almejado tenha agasalho no ordenamento jurídico. Para a aferição dos direitos contidos no ideário político da constituição, é preciso que se recorra, num país de tradição positivista (“*civil law*”) como o Brasil, à própria carta. No processo civil, é preciso sempre que a orientação tenha em mente os seguintes princípios: devido processo legal (5º, LIV), isonomia (5º, caput), juiz e promotor natural (5º, XXXVII), inafastabilidade da jurisdição (5º, XXXI), contraditório (5º, LV), proibição da prova ilícita (5º, LVI), publicidade dos atos judiciais (5º, LX e 93, IX) e motivação das decisões judiciais (93, IX). De volta à isonomia e ao critério de desigualação, o autor assevera que, para ser atingida a igualdade real, é preciso temperá-los com a razoabilidade, amoldando o critério aos interesses protegidos na constituição. Para Canotilho, deve haver íntima relação entre os princípios da isonomia e da proporcionalidade, para que nas situações concretas o tratamento desigual seja adequado e exigível, alcançando um determinado fim tão importante que possa justificar a tal desigualdade de tratamento acolhida em certo preceito normativo. Isso é melhor explicado nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que adota três critérios para a elucidação da técnica de igualdade real, ou substancial: a) o primeiro é a identificação do elemento que induz à desigualação; b) o segundo é a correlação lógica abstrata entre esse elemento e a disparidade fixada no tratamento jurídico desigual; c) o terceiro é a consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

¹⁸³ PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

Está bem visto que não há, na doutrina, a menor sombra de consenso a respeito da posição prioritária que os princípios processuais da constituição possam assumir no contexto do processo civil, sendo corriqueira a inversão das posições de uns e outros, no esforço habitualmente empreendido de construção de uma ordem hierárquica.

Quer parecer, enfim, que há um certo clima de competição entre os princípios processuais constitucionais, uns pretendendo conter carga deontológica superior ou mais nobre do que outros ou, quando menos, servindo de fundamento de validade da matriz de fundamentação alheia.

¹⁸⁴ PESSOA ALVES, Francisco Glauber. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41-42.

4.1 A CONCORRÊNCIA DEONTOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS

Sendo verdade, por um lado, que os princípios podem e devem inspirar-se uns nos outros, imiscuindo-se no contexto alheio naquilo que se lhes reconhece em amplitude e em abrangência capazes de potencializar o resultado da tutela dispensada aos direitos fundamentais, de outra parte nem por isso se admite que os princípios esses ou aqueles possam assumir uma posição de precedência (“a priori”) ou de hierarquia superior quando sejam cotejados.

Basta ver que, no âmbito da publicidade processual e da motivação das decisões, tratam-se de garantias processuais que não se justificam de modo isolado, antes sendo elos da cadeia global das garantias constitucionais, as quais se apresentam como unidade sistemática em forma de circularidade – sistema completo de várias garantias tendentes a assegurar, por meio do processo, uma proteção jurisdicional correta e eficaz dos direitos. Daí se dizer que as garantias completam mutuamente as outras e, assim, asseguram-lhes reciprocamente a eficácia: à garantia do juiz ligam-se a imparcialidade, a independência, o juiz natural e o duplo grau de jurisdição; à garantia do contraditório ligam-se a igualdade processual, a defesa e o direito à prova. Enfim, destacam-se as “garantias das garantias”, garantias de segundo grau, ou modos de controle das garantias já explicitadas, as quais se traduzem na publicidade, oralidade, formalidades do processo e motivação das decisões¹⁸⁵.

Enrique Alonso García¹⁸⁶, discorrendo sobre as técnicas de ponderação de “valores” constitucionais e sobre a colisão de princípios, sustenta a total impossibilidade de que possa haver qualquer tipo de ordem, ou gradação, de importância entre eles.

A sua doutrina destaca que um dos motivos pelos quais a jurisprudência dos valores¹⁸⁷ sofreu grande desenvolvimento nas técnicas de julgamento constitucional

¹⁸⁵ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 35. De se observar que a expressão “garantia das garantias” consta do original, enquanto a o termo “garantias de segundo grau” advém de uma remissão do autor a Ferrajoli.

¹⁸⁶ GARCIA, Enrique Alonso. **La interpretación de la constitucion**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 415.

¹⁸⁷ Partidário da jurisprudência dos valores, de índole axiológica, Enrique Alonso Garcia divorcia-se de Alexy, que se apega à jurisprudência dos conceitos, de índole deontológica, advinda da

foi a necessidade de compatibilizar coerentemente princípios potencialmente contraditórios entre si (tutelas do meio ambiente e do desenvolvimento econômico, liberdade de expressão e de intimidade, segurança e justiça, direito a processo sem dilações indevidas e direitos à ampla defesa e acesso aos recursos existentes, direitos sindicais e direitos dos sindicatos, processo justo e liberdade de imprensa, liberdade parlamentar de ordenação de gastos públicos e desigualdade, direitos ou interesses de participação e eficácia administrativa, etc)¹⁸⁸. Na implementação da ponderação de interesses constitucionalmente tutelados, não pode haver prestígio de uns em detrimento de outros e tampouco ordem de prioridades, pois “os valores não são hierarquizáveis pura e simplesmente porque não podem ser medidos ou quantificados – só quando os interesses em jogo são comparáveis é que se pode aplicar a doutrina do “balancing”.

Nas palavras de Hesse, “os bens juridicamente protegidos devem coordenar-se entre si de tal maneira que cada um deles alcance efetividade”, o que significa que, em se tratando de direitos contrapesados, deve ser buscada a otimização de todos os bens envolvidos e a sua limitação, para que assim possam eles chegar a uma virtualidade ótima¹⁸⁹. Em resumo, sendo comparáveis, ambos os princípios podem chegar a ser um só por meio dessa técnica de otimização, o que significa a busca do equilíbrio dos bens no lugar da sua hierarquização, embora relativa, particularmente pela preservação de direitos fundamentais e pela alternativa menos gravosa.

Vitalino Canas¹⁹⁰, por sua vez, dissertando sobre a proporcionalidade, invoca a lição de José Carlos Vieira de Andrade para quem a proporcionalidade se qualifica como

critério de execução do princípio da concordância prática, ou método e processo de legitimação de soluções para conflitos ou colisões de direitos e valores constitucionais ou, ainda, medida de compreensão de cada um dos direitos ou valores de forma diferente conforme o modo com que se apresentam, com sacrifício desigual de direitos e valores.

genealogia dos conceitos de Puchta, cuja teoria de base é adotada neste trabalho. (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 140).

¹⁸⁸ GARCIA, Enrique Alonso. **La interpretación de la constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 418.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 435.

¹⁹⁰ CANAS, Vitalino. O Princípio da Proibição do Excesso na Constituição: Arqueologia e Aplicações. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976**. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 343.

Os princípios constitucionais integram um plano único, mediante natural sistema de intercomunicação e, assim, reclamam permanente harmonização com vistas à sua otimização. Não entram em conflito, tampouco, muito menos se sobrepõem uns aos outros.

Liliane Roriz¹⁹¹ diz que o conflito normativo (antinomia) é fenômeno que só afeta as regras (para as quais, teoricamente, a aceitação de uma resulta na exclusão da outra) e, ainda assim, de forma aparente no plano constitucional, que sequer admite, dado que a Constituição é uma e indivisível. Já quanto aos princípios, quando virtualmente colidentes, devem eles ser conciliados, mediante a aplicação de cada qual em extensão variada conforme a sua relevância para o caso concreto.

A técnica da ponderação dos valores¹⁹², extraída do direito norte-americano, destina-se exatamente a garantir a unidade da constituição. Mais conhecida como “nexus theory”, ou teoria da interdependência das normas constitucionais, representa a possibilidade de serem ponderados os valores em conflito, através de interpretação sistêmica da Carta, sopesando-se casuisticamente qual interesse deve merecer tutela constitucional, mediante utilização do princípio da razoabilidade, sem que se caia na armadilha da hierarquização pura e simples e sem negar completamente qualquer dos direitos envolvidos na disputa – “balancing test”. A técnica em questão não admite que um direito fundamental seja superior a outro, mas apenas que, no caso concreto examinado, possa não ocorrer o pressuposto fático subsumível previsto na hipótese normativa no que tange ao interesse que se deixou de tutelar. A isso se pode dar o nome de teoria da posição preferencial – “preferred position”, adotada pela Suprema Corte Americana desde 1937, por iniciativa do Juiz Benjamin Cardozo.

¹⁹¹ RORIZ, Liliane. **Conflito entre Normas Constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 74.

¹⁹² Ibidem, p. 31-32. Aqui também a autora distancia-se da pureza terminológica de Alexy, fazendo a opção pela jurisprudência dos valores, bem ao gosto da tradição norte-americana.

4.2 A ORDEM DE PREFERÊNCIAS OU DE IMPORTÂNCIAS?

Do que se vê da doutrina constitucional dedicada à ponderação dos bens fundamentais juridicamente tutelados - que nada mais significa senão a expressão substancial do princípio da igualdade em caso de “balancing” em sentido estrito, ou do devido processo legal substantivo em caso de “balancing” em sentido amplo - não há uma clara demarcação das fronteiras dos princípios, uns se contendo nos outros, dada à generalidade do universo dos direitos fundamentais globais que impregnam um certo sistema jurídico. Daí não ser próprio falar em devido processo legal sem a noção de contraditório e, tampouco, em ampla defesa sem a idéia substancial da isonomia, e assim sucessivamente, num plano evolutivo à moda de círculo vicioso.

Não é certo imaginar, portanto, que existam princípios processuais constitucionais que por si sós se bastem. Muito do conceito de cada qual está contido no princípio que se avizinha e, assim, todos eles, em conjunto, formam um complexo normativo que há de pautar todo o ordenamento jurídico no plano dos direitos fundamentais. Importância maior de uns sobre os outros não pode haver, uma vez que não são suficientes de “per si” ou, quando menos, demandam interpenetrações sistêmicas, sob pena de subversão do seu plano deontológico.

De outra parte, os princípios não se apresentam uns antes dos outros e tampouco podem dar-se, isoladamente, à condição de fundamento dos enunciados contidos nos princípios alheios, já que não gozam de existência hermética, senão que se revelam como tipos normativos integrantes de uma universalidade de prescrições proibitivas e permissivas tendentes a dar coerência ao sistema jurídico, cada qual voltando-se para determinado bem tutelado que, no conjunto, acaba por dar uma feição sistêmica ao direito¹⁹³.

A doutrina de processo civil não peca quando reconhece a destacada importância desse ou daquele princípio, tal como sucede com o contraditório e com a isonomia. Ela apenas desmerece a construção histórica das garantias constitucionais, baseada numa estrutura de globalidade, quando inverte a sua lógica, buscando estabelecer

¹⁹³ No âmbito do processo civil, o papel dos princípios é dar a feição democrática ao método processual.

níveis de hierarquias, ou de preferências, entre os princípios, que simplesmente não deve existir por critério elementar de coerência, já que a harmonia e a unidade deles é da essência do escopo político-constitucional.

A conjugação em pé de igualdade, enfim, de todos os princípios processuais contemplados na Carta Política é imprescindível para o constitucionalismo, devendo, portanto, ser revista a idéia de que possam esses ou aqueles bens valer mais do que outros.

Já quanto ao fato dos princípios fundamentarem-se reciprocamente nos moldes reconhecidos na doutrina de processo civil, isso é natural e decorre da própria natureza deles, sem que, porém, uns possam assumir maior importância nesse contexto, senão nivelando-se em absoluta harmonia, uma vez que exatamente a reunião dos seus enunciados é que torna legítima a ordem positiva que eles inspiram.

É nessa medida que talvez mereça ser repensada a habitual tendência da doutrina de processo civil dedicar maiores honras e tributos a alguns princípios processuais constitucionais em detrimento de outros não menos nobres, de sorte a se reconhecer, afinal, que o processo muito deve a todos os direitos fundamentais que ordenam o sistema positivo judicial.

4.3 A INTERPENETRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MOTIVAÇÃO

Na esteira do pensamento de Ferrajoli, Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁹⁴ destaca que tanto a publicidade processual, quanto a motivação das decisões compõem as garantias de segundo grau, ou “garantia das garantias”¹⁹⁵, apresentando-se como instrumentos pelos quais se assegura o controle sobre a efetividades das garantias expressas pelos demais princípios constitucionais. Afinal, de nada valeria a exigência imposta ao processo de respeito ao contraditório ou à igualdade de tratamento entre os litigantes, por exemplo, se não existissem meios capazes de atestá-los nas situações concretas da atividade jurisdicional.

Por um lado, então, cumpre à motivação das decisões demonstrar a racionalidade dos julgamentos e a sua conformidade ao padrão pré-estabelecido segundo as regras materiais e processuais do direito¹⁹⁶, observada a feição deontológica sistemática extraída das garantias globais do processo; à publicidade incumbe, por outro lado, a honrosa tarefa suplementar de transparecer, ou revelar, interna e externamente, a lisura dos atos e dos julgamentos realizados no âmbito da atividade jurisdicional, dando-lhe a necessária feição democrática¹⁹⁷.

Motivação e publicidade são, assim, garantias constitucionais siamesas, que estabelecem entre si uma clara relação de complementariedade, aperfeiçoando-se reciprocamente. Associadas, atestam a transparência dos atos realizados pelo Poder Judiciário, uma dando prova de que as decisões não derivam dos caprichos ou das vicissitudes dos juízes, ou mesmo de crassas desconformidades com a lei, e

¹⁹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹⁶ “L’obbligo della motivazione si àncora ad una esigenza di trasparenza ed è coerente con una nozione della giurisdizione che fonda la sua credibilità sulla ragionevolezza delle proprie decisione più che sull’*imperium* di cui è inevitabilmente dotata”. (VERDE, Giovanni. **Giustizia e Garanzie nella Giurisdizione Civile**. Rivista di Diritto Processuale. Padova: Cedam, 2000, p. 310)

¹⁹⁷ Antônio Magalhães Gomes Filho diz que graças à publicidade é possível haver um controle não só das partes, mas também do público em geral sobre o modo pelo qual é administrada a justiça (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. Cit.*, p. 48-49, ver nota 193)

a outra revelando publicamente a regularidade do processo numa perspectiva de cidadania¹⁹⁸.

Do ponto de vista instrumental, graças à motivação é que se demonstra que a decisão resulta da efetiva apreciação de todas as questões de fato e de direito veiculadas pelas partes, afastando as inclinações e as preferências pessoais do julgador¹⁹⁹. Cumpre, portanto, à motivação garantir a natureza puramente cognitiva e não potestativa do julgamento, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade e, quanto aos fatos, à prova colhida nos autos. À publicidade cabe o papel fundamental de revelar aos litigantes e às pessoas do povo o respeito a tais exigências.

Enfim, a ligação da publicidade com a motivação é íntima, de instrumentalidade recíproca, pois ambas têm o objetivo comum de possibilitar que a atividade processual se comunique com o ambiente social. Para Taruffo, a garantia da publicidade só pode ser efetiva se a sentença for fundamentada e, quanto à motivação, para nada ela serviria se não lhe fosse assegurada a publicidade²⁰⁰.

Barbosa Moreira²⁰¹ salienta, com a habilidade de costume, que as garantias da motivação das decisões e da publicidade do processo adquirem justificativa a partir da atenção dedicada à racionalidade da atividade jurisdicional e aos conseqüentes desdobramentos técnicos e políticos dessa premissa. No plano técnico, importa a motivação para a correta interpretação do julgado, com a determinação precisa do seu conteúdo, permitindo a delimitação da coisa julgada. No plano da impugnação das decisões, é certo que só o conhecimento das razões de decidir permite aos interessados recorrer de forma adequada, enquanto igualmente possibilita aos órgãos superiores o exercício seguro e justo do controle de revisão da legalidade

¹⁹⁸ Calmon de Passos sustenta que “Aplicar o direito impõe não só a organização política democrática adequada da função jurisdicional, mas igualmente o processo jurisdicional democrático adequado, entendendo-se como tal todo aquele que satisfaz às exigências de um Estado de Direito Democrático”. (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 71)

¹⁹⁹ Embora não se possa falar em neutralidade do direito, é necessário que se afaste da decisão os motivos inconfessáveis.

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 49-50.

²⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Juiz e a Prova**, Revista de Processo, n. 35, São Paulo: RT, jul./set. 1984, p. 181.

das decisões que lhes é atribuído - isso sem falar nas ações impugnativas autônomas, dos tipos tais como a ação rescisória e o mandado de segurança contra ato judicial, e bem assim para efeito de uniformização de jurisprudência.

A tônica do problema encontra-se no plano dos princípios fundamentais, de ordem política – aqui a garantia é vista como dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida. A exigência de publicidade e de motivação das decisões judiciais gera a possibilidade de aferição concreta de imparcialidade do juiz (neutralidade diante das partes), de legalidade da decisão (conformidade legal) e o exame das escolhas valorativas²⁰² do juiz nos casos de conceitos jurídicos indeterminados, como “bons costumes”, “exercício regular de direito”, “interesse público”, etc (somente sendo motivada a decisão, é possível saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha ou se ultrapassou os limites da discricção, caindo no arbítrio). Permite ainda o exame das questões de direito e de fato tomadas em consideração pelo juiz na causa, para saber da observância das normas que vedam ao juiz conhecer de elementos não constantes dos autos, ou de questões não suscitadas pelas partes quando lhes é essencial a iniciativa, ou mesmo a respeito da adequada valoração das provas. De resto, garante às partes o direito de serem ouvidas e de que sejam examinadas as questões que tenham suscitado, para que se saiba se o material oferecido nos autos foi ou não negligenciado pelo julgador.

Barbosa Moreira parte da premissa de que o Estado de Direito não pode jamais patrocinar a intromissão na esfera jurídica das pessoas sem justificação, e sustenta que isso se opera de duas maneiras: material e formal. Há justificação material quando para a intromissão existe fundamento; há justificação formal quando se expõe, ao se declarar e ao se demonstrar o fundamento. O pronunciamento da justiça, destinado a assegurar a inteireza da ordem jurídica, deve se fundar na lei (sentido material) e é preciso que se manifeste, para saber se o império da lei foi, na verdade, assegurado (sentido formal).

²⁰² Para que se evite imprecisão terminológica, o termo aqui é utilizado no seu sentido próprio, expressando a seleção de significados possíveis dos vocábulos ambíguos.

Na modernidade, não se ocupa apenas do controle endoprocessual das decisões judiciais, como também, sobretudo, do controle generalizado e difuso sobre o modo como o juiz administra a justiça. Logo, os destinatários da motivação não são apenas as partes e os seus advogados, mas a opinião pública, vale destacar, os membros gerais da comunidade. Os meios extraprocessuais de controle visam ao fortalecimento da confiança na tutela jurisdicional, fator indispensável ao Estado de Direito.

É exatamente idêntica a linha de raciocínio trilhada por Perelman, quando cuida da motivação das decisões judiciais²⁰³. Depois de discorrer sobre a natureza um tanto flexível ou subjetiva das razões de decidir, admitindo que, para as decisões judiciais, não se possa eleger um *standart* invariável, aduz que, na fundamentação, se encontra a legitimação e a justificação dos atos decisórios, sem uma conotação cartesiana de capacidade universal de convencimento.

Na realidade, ainda se experimenta o amadurecimento do próprio significado da motivação das decisões judiciais, visto que até tempos históricos relativamente recentes era comum que se recorresse aos ordálios, mesmo para definição da regra jurídica aplicável ao caso concreto²⁰⁴. O resultado disso é que os tais julgamentos assim conduzidos não apenas deixavam de contemplar motivação expressa como ela mesma, a motivação se mostrava desconhecida pelos próprios juízes, que entregavam a Deus a tarefa de administrar a justiça. Passada essa etapa obscura do processo ordálio e inaugurada a era da indispensabilidade da motivação por inspiração revolucionária francesa²⁰⁵ (Decreto da Constituinte de agosto de 1790; Constituição de 5 frutidor do ano III), que acabou por impor sanção de nulidade para a sua inobservância (Lei de 20 de abril de 1910), os juízes passaram a se ver na obrigação de fundamentar suas decisões para, inicialmente demonstrar a conformidade das suas razões de julgamento aos ditames estritos da lei. Nesse ambiente histórico, o juiz não se encarregava de fazer justiça, pois esse papel

²⁰³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 559.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 560.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 561-562.

cumpria exclusivamente à lei, bastando-lhe indicar os textos que sustentavam a sua sentença²⁰⁶.

Com o correr dos tempos, porém, o juiz foi adquirindo maior dose de liberdade na qualificação das questões de direito e de fato passíveis de submissão à ordem jurídica, intervindo de modo a preencher as lacunas, obscuridades e insuficiências da lei²⁰⁷. Modificou-se inteiramente, por conseguinte, com a evolução do Direito, o sentido da motivação da sentença em virtude da migração do sistema da estrita legalidade dos tempos revolucionários para o regime do Estado de Direito: a motivação que, inicialmente, prestava-se a demonstrar o respeito do juiz à letra fria da lei, na democracia atual, passou a significar a exigência ditada pela opinião pública de que a sentença seja o mais conforme possível à equidade e ao interesse geral²⁰⁸.

Em outras palavras, embora se admita modernamente, para o juiz, uma margem razoável de liberdade, de apreciação e de aplicação do Direito²⁰⁹, ele jamais pode exercê-la de forma arbitrária ou desarrazoada, que nada mais significa senão aquilo que aos olhos da opinião pública pareça inaceitável, quer por iniquidade, quer por incompatibilidade com a situação concreta objeto de julgamento²¹⁰.

Assim, na democracia o juiz está obrigado a prestar contas do modo como usa o seu poder, mediante motivação que, acima de tudo, está dirigida aos seus *ouvintes*, que se traduzem nas partes, nas instâncias superiores e na opinião pública esclarecida, de tal modo a permitir que sejam harmonizados os bens da segurança jurídica, da equidade e do interesse geral²¹¹. O papel de conciliação entre esses interesses multiformes, particularmente a proteção do interesse geral da coletividade, é que cumpre à publicidade desempenhar, na condição de típica garantia associada ao princípio análogo da motivação, permitindo a “persuasão de um auditório conhecido,

²⁰⁶ Ibidem, p. 565.

²⁰⁷ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 563.

²⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 565.

²⁰⁹ Perelman diz que “O juiz em nossos dias é detentor de poder, e não “a boca que pronuncia as palavras da lei”, pois, mesmo sendo obrigado a seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas que dependem de juízo de valor, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação”. (Ibidem, p. 566)

²¹⁰ Ibidem, p. 566.

²¹¹ Ibidem, p. 567.

de que a decisão é conforme às suas exigências”. Trata-se de mostrar que as decisões se adaptam às exigências ou às expectativas públicas, e que se revelam “oportunas, eqüitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem a dois aspectos, conciliando a vontade da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências. A motivação deve se adaptar ao auditório que se propõe a persuadir, ajustando-se às suas exigências em matéria de direito e de justiça, e à idéia de que ao papel e aos poderes do juiz soma-se o conjunto das instituições nacionais e internacionais”²¹².

Muito embora se possa perceber a imprescindibilidade da motivação das decisões como garantia inerente ao processo, de nada ela valeria, conforme bem acentuou Michele Taruffo²¹³, sem a garantia suplementar da publicidade como meio a propiciar a sua revelação aos litigantes e, sobretudo, ao chamado *auditório universal*.

²¹² PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 570.

²¹³ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 50.

4.4 A INTERPENETRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DO JUIZ NATURAL, DO CONTRADITÓRIO, DO DUPLO GRAU E DA LEGALIDADE

Por meio da motivação e da publicidade das decisões, a um só tempo, é que se pode denotar a independência e a imparcialidade do juiz, afastando o perigo do arbítrio e da ditadura judicial, tema de grande interesse no campo do controle de constitucionalidade, sobretudo difuso, para que se possa aferir eventual subversão de competência legislativa. As razões de decidir e a sua revelação pública contribuem, ademais, para a descoberta do caminho mental trilhado pelo juiz, sendo fonte de indícios de virtual conduta parcial ou sujeita a pressões externas²¹⁴.

Também para a efetivação do contraditório é a publicidade que o garante, permitindo que as partes possam se inteirar (informação) dos acontecimentos que as afetam, no processo, e possam reagir, participando dos seus atos e contribuindo para modificar o desfecho final do caso, fazendo com que prevaleçam, enfim, os seus interesses. A publicidade processual é, então, instrumento do contraditório ou meio de sua realização, no plano interno, enquanto que, no ambiente externo, é graças a ela que se demonstra, de forma popular e legitimadora, que a participação dos litigantes no processo e os seus resultados foram tomados em conta no deslinde da atividade judicial. Inútil seria o esforço empreendido pelas partes no sentido de tutelarem seus interesses se não houvesse a possibilidade de ser demonstrada a clara obediência do juiz às regras prefixadas que prestigiam a participação efetiva dos litigantes no processo.

Do ponto de vista do duplo grau de jurisdição, é igualmente a publicidade interna que permite que se realize o reexame das decisões pelos meios de impugnação admitidos no sistema processual, mediante ciência inequívoca dos termos e das razões dos julgados tanto pelas partes, quanto pelo órgão recursal.

²¹⁴ Piero Calamandrei assevera que “A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou”. (CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados**. 7. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, p. 143)

Finalmente, somente através da publicidade é que se pode atestar que o Estado, no exercício da jurisdição, observa para as formalidades do procedimento e para as decisões judiciais, condutas compatíveis com as exigências da legalidade, devotando respeito à lei material e processual e dispensando obediência à igualdade de tratamento dos litigantes, ao amplo direito de ação e de defesa e à regularidade dos meios de prova, de modo a atender as exigências firmadas não apenas pelos interessados diretos (as partes), como, sobretudo, também pela necessidade de controle popular da atividade processual.

4.5 A RESTRIÇÃO PREVISTA PARA A GARANTIA DA PUBLICIDADE E A PONDERAÇÃO DE DIREITOS²¹⁵

Problema dos mais sérios reside na restrição da garantia da publicidade, que a Constituição admite para os casos de preservação da intimidade e do interesse social – arts. 5º, LX, e 93, IX.

Afinal, a exigência de que sejam públicos os atos e os julgamentos realizados pelo Poder Judiciário consiste num dos pilares do processo justo e democrático, sendo desaconselhável a sua restrição exceto em situações muito particulares nas quais se possa ter em jogo direito qualquer de maior envergadura, dentre aqueles previstos, a atrair a proteção do sistema jurídico. A exemplo das demais garantias do processo, a publicidade se contém em enunciado fundamental que expressa solene reconhecimento do direito à revelação popular dos atos realizados no processo.

Na versão analítica concebida por Alexy para os direitos fundamentais, se por um lado os princípios que os contemplam expressam um enunciado normativo e qualifica pessoas e ações; por outro lado, fazem surgir, para os titulares do direito, o poder (posição) de exercê-lo diante do Estado²¹⁶. A publicidade, então, é algo que se coloca à disposição dos jurisdicionados com o intuito de protegê-los da insegurança que possa advir de um processo secreto, conduzido a portas fechadas, sem a possibilidade de revelação e de controle; é também proteção difusa conferida ao público, que passa a perceber na jurisdição a feição democrática que lhe é inerente e sem a qual ela redundaria opaca e hermética, fora, portanto, dos padrões do Estado de direito.

Na condição de direito fundamental, é lição de Alexy tratar-se a publicidade, tal como acontece com outra garantia qualquer do processo, de uma “posição fundamental”, que a todos, em geral, afeta, e a ninguém em particular²¹⁷.

²¹⁵ O presente capítulo é inteiramente baseado no artigo ainda inédito intitulado “O Conceito de Princípio na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy” de autoria do professor Geovany Cardoso Jevaux, a quem agradeço a gentileza de haver cedido a redação final dos seus manuscritos para consulta e reprodução parcial.

²¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 174-178.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 241.

Nessa medida, a garantia da publicidade expressa um dever-ser que se contém no princípio fundamental correlato, sendo emanado de um mandado deôntico que, por ser assim, encerra proibição e permissão: a proibição de que se afaste o processo judicial da transparência prevista para os seus atos e julgamentos e, ao mesmo tempo, a permissão de que seja restringida essa revelação pública nas hipóteses em que o interesse social e a intimidade possam justificá-lo.

Embora seja delicada a tarefa de compatibilizar, num só enunciado normativo, esses dois vetores de direções opostas – proibição e permissão – isso é bem da natureza dos princípios e, como tal, bastante assimilável.

Para que seja compreendida essa afirmação, é necessário observar que para Alexy os princípios e as regras são espécie do gênero normas, diferenciando-se entre si pelo grau de generalidade. De fato, ao contrário das regras, os princípios têm alto grau de generalidade pois “...no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo”²¹⁸.

Além disso, princípios e regras se diferenciam ainda por critério de grau e qualidade, uma vez que aqueles encerram verdadeiros mandados de otimização, vale dizer, ordenam que algo se realize da melhor maneira possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (o campo do possível), enquanto as regras são determinações já contidas no mundo das possibilidades concretas (o campo do juridicamente existente e peremptoriamente válido). Daí porque para as regras até poderia valer a máxima do tudo ou nada de Dworkin²¹⁹, de tal modo que o conflito se resolvesse pela exclusão ou eliminação mediante critério de invalidade, ao passo que a colisão de princípios há de ser sempre solucionada pelo mero afastamento de um deles no momento da resolução do embate, uma vez sendo possível demonstrar, na situação concreta examinada, a maior possibilidade fática e jurídica do outro que prevalece²²⁰.

²¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 83.

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 251.

²²⁰ Para Habermas, está bem claro que só pode haver conflito entre regras, introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras conflitantes como inválida. Ora, no conflito entre princípios não se faz necessária uma decisão do tipo “tudo ou nada”. É certo que um determinado princípio

Essas características assinaladas para regras e princípios explicam, também, a razão pela qual o mandado (deôntico = permissão e proibição) daquelas é absoluto e definitivo (de modo tal que ou bem existe e vale, ou não), enquanto o mandado dos princípios é sempre relativo²²¹, dependente das suas possibilidades frente ao mundo fático e jurídico²²².

Em outras palavras, marcadas por uma natural vocação à definitividade da decisão, as regras podem conflitar entre si e, neste caso, resolve-se o embate pela exceção ou pela invalidação de uma delas, por critérios de tempo, por especialidade ou por hierarquia. Já os princípios, que, no máximo, colidem e que não se posicionam entre si, contendo diferentes posições hierárquicas, ordenam-se diante do caso concreto, conforme os diferentes pesos reclamados pela posição a ser regulada, dando origem ao método da ponderação de direitos.

Enfim, os princípios não se afeiçoam, por sua própria natureza, à dimensão normativa absoluta e definitiva, dado que gravitam sobre o sistema jurídico no plano deontológico, prescrevendo ações estatais de permissão e de proibição frente aos bens protegidos. Dizer intangível certo princípio é reduzir a sua propriedade de norma *prima facie*, dando-lhe impropriamente a feição incondicionada e absoluta (definitiva) que não contém²²³.

Tanto isso é verdade que a Lei de Colisão de Alexy parte do pressuposto de não haver relação de prioridade entre os princípios, antes tomando por base as suas conseqüências jurídicas de acordo com os pressupostos fáticos da situação concreta a justificar o embate. É daí que surge a metáfora do peso, a levar em consideração

goza de primazia, porém não a ponto de anular a validade dos princípios que cedem lugar. Um princípio passa à frente do outro conforme o caso a ser decidido. No desenrolar dos casos, estebelece-se entre os princípios uma ordem transitiva, sem que isso arranhe sua validade. (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 259)

²²¹ De se observar que a relatividade do princípio acontecerá diante de outro princípio, pois, embora se admita que aconteça, a rigor não deveria haver embate entre um princípio e uma regra.

²²² HECK, Luis Afonso. Regras, Princípios Jurídicos e sua Estrutura no Pensamento de Robert Alexy. **Dos Princípios Constitucionais. Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 66.

²²³ Bobbio diz não ser o caso de “repetir as infinitas críticas dirigidas à doutrina dos direitos naturais, nem demonstrar mais uma vez o caráter capcioso dos argumentos empregados para provar o seu valor absoluto [...] Essa ilusão já não é possível hoje: toda busca de fundamento absoluto é

as situações concretas e relativas da ponderação de bens e, assim, nem sempre garantindo o mesmo resultado.

Em caso de colisão entre princípios, aplica-se a máxima²²⁴ de proporcionalidade, de tal modo que sejam inicialmente aferidas a adequação e a necessidade das possibilidades fáticas que possam condicionar a precedência dos princípios envolvidos para, depois disso, serem examinadas as possibilidades jurídicas contidas na proporcionalidade em sentido estrito. O meio utilizado na conciliação de princípios colidentes deve, enfim, mostrar-se adequado (não haver desvio de finalidade da prática de um princípio) e necessário (não ser possível a identificação de outro meio mais benéfico de realização dos princípios colidentes). Feito isso, caso permaneça a colisão, tem assento a proporcionalidade em sentido estrito, por cujo intermédio se realiza o mandado de ponderação, pondo-se as conseqüências jurídicas dos princípios colidentes numa balança (metáfora do peso) para ser detectado qual deles é racionalmente mais atuante no caso concreto.

Chamada por Alexy de primeira lei de ponderação (a segunda é denominada epistêmica e também se utiliza da metáfora do peso, traduzindo-se na identificação das premissas técnicas/científicas que sustentam um certo direito fundamental a intervir no caso concreto²²⁵), ela se define de acordo com a maior intensidade demonstrada pela ingerência de um dado direito fundamental, quando então maiores irão se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção. Nas palavras do autor

Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro – o que é mais importante nas ponderações é saber o grau ou a intensidade da não-satisfação de um princípio, por um lado, e o grau de importância da

infundada”. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 16. Tiragem, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 16-17.

²²⁴ Alexy adota o termo “máxima de proporcionalidade”, e não “princípio de proporcionalidade”, por considerá-la simples técnica ou critério de solução de conflitos, que jamais entre em colisão com os princípios e que serve apenas para justificar a intervenção no caso concreto do princípio que se mostrar mais atuante.

²²⁵ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. n 66, set/dez 2002, p. 26.

satisfação de outro princípio, por outro...assim se revelando racionalmente fundamentado.²²⁶

O embate entre princípios, portanto, e a precedência de um sobre outro condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas reclamadas pelo caso concreto, são da essência do modelo deontológico que lhes confere a substância normativa. Não é de estranhar que semelhante coisa aconteça com o direito fundamental da publicidade dos atos e dos julgamentos, no que pertine à sua eventual restrição em situações cotidianas não virtuais, mas efetivas.

O que há de diferente no caso da garantia da publicidade é que a norma de direito fundamental que a consagra já prevê, de antemão, a sua restrição nos casos tais como os que se encontram contemplados no inciso LX do art. 5º da Constituição.

O exame apressado da restrição constitucional admitida para a garantia da publicidade gera a impressão de ser enunciada, desde a origem do tratamento normativo do princípio, a permissão para que o legislador faça, ele próprio, a ponderação incondicionada de interesses colidentes, fora das situações concretas da vida dos direitos fundamentais. Fosse por acaso sustentável esse ponto de vista, haveria uma ruptura “a priori” do método de ponderação, sendo atribuído à publicidade um tratamento semelhante ao das regras de direito, sujeitas a critérios de validade e de existência previamente estipulados pelo sistema. Porém essa impressão não se confirma, uma vez que as situações para as quais se pode justificar a quebra da publicidade estão sempre a depender das possibilidades do mundo fático e jurídico, não sendo previstas por antecipação no plano da realidade da sua aplicação normativa, ao revés do que se passa com a generalidade das regras, em seu baixo nível de generalidade.

²²⁶ Para dar credibilidade, o original – “Cuanto mayor es el grado de la nón satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro – lo que és importante em las ponderaciones, es decir, el grado o la intensidad de la no satisfacción de um principio, por um lado, y el grado de importancia de la satisfacción del outro principio, por el outro [...] dice que és lo que tiene que ser fundamentado racionalmente”. (ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na Casa Rui Barbosa, 10 dez. 1998. Tradução Gilmar Ferreira Mendes.)

Muito pelo contrário, a garantia da publicidade, típico enunciado de direito fundamental que expressa mandado de otimização com alto grau de generalidade, é princípio como outro qualquer do processo e, como tal, há de ser tratado. Em seu campo de aplicação, embora tenha a incidência delimitada pelos interesses disputados, o seu modo de atuação não é previamente detalhado, diferenciando-se fundamentalmente das regras.

Acomete peculiarmente a publicidade, entretanto, a circunstância de ser para ela antecipada, desde o nascedouro do seu enunciado deontológico, a máxima da proporcionalidade. Isso acontece porque, partindo da premissa de que a sua aplicação incontida poderia ferir, a priori, a intimidade e o interesse social, pareceu conveniente à norma fundamental apressar-se nas ressalvas quanto aos bens por ela identificados.

Assim, não é que o enunciado normativo previamente antevêja e regule a colisão entre princípios; o que nele se faz é dar ao princípio da publicidade feição peculiar e intuitivamente restrita, ou seja, o sistema atribui ao direito fundamental a característica essencial de não ser um enunciado deontológico aberto, mas originariamente restrito²²⁷.

Tomando-se em conta que os casos previstos para a restrição do princípio da publicidade se tratam de seus elementos intrínsecos, que lhe dão a necessária individualidade ontológica, é natural que não se dissociem dele e que igualmente se apresentem com elevado grau de abstração ou de generalidade, integrando o campo das possibilidades previstas e indefinidas aprioristicamente. Em outras palavras, da mesma forma como a aplicação dos princípios não é absoluta e se sujeita às possibilidades fáticas e jurídicas das circunstâncias concretas, também as hipóteses de restrição ao princípio da publicidade não se revelam invariáveis e incondicionadas, sendo-lhes impossível a generalização.

²²⁷ Comoglio, disserta a propósito da garantia da publicidade dizendo que “È soggetta ad importanti eccezioni (nelle diverse ipotesi di procedimento “in camera di consiglio”) o di udienza “a porte chiuse”, ogni qual volta la stessa legge prescrive l’esclusione del dibattimento pubblico o sia il giudice ad avere il potere di disporla caso per caso. Tale esclusione si riconduce, perlopiù, a “ragioni di sicurezza dello Stato, di ordine pubblico o di buon costume, ovvero può giustificarsi con esigenze di salvaguardia della “riservatezza” e della “sicurezza” personale di testimoni o di parti private. (COMOGLIO, Luigi

Somente nessa medida é que se admite a plausibilidade deontológica de o mandado de otimização da publicidade permitir ao legislador a restrição da publicidade dos julgamentos e dos atos processuais em casos recomendados pelo interesse social e para preservação da intimidade dos litigantes. Nesse contexto, inclusive, e somente nele, é que se pode validar a possibilidade, por exemplo, de o CPP contemplar o sigilo do inquérito policial (art. 20) e de o CPC disciplinar a tramitação de feitos em segredo de justiça (art. 155)²²⁸.

Não obstante, revela-se curioso que tenha sido, no processo civil, generalizada a quebra do princípio da publicidade (externa) nos feitos judiciais que versam assuntos de direito de família - inciso II do art. 155, CPC. Parece incoerente essa constatação, na medida do que se acabou de afirmar, ou seja, que, em sede de aplicação de princípio constitucional, possa-lhe o legislador ordinário ter dedicado tratamento típico de regra (baixo nível de generalidade, prévia determinação do estado de aplicação, enunciado de incidência peremptória que independe das possibilidades dos casos concretos). Ainda assim, vencida a surpresa inicial, semelhante tratamento se justifica dentro da própria teoria dos direitos fundamentais, em razão do repúdio demonstrado pelo ordenamento jurídico à curiosidade popular atentatória à dignidade dos litigantes, que intuitivamente tende a se debruçar sobre as mazelas que dizem respeito unicamente à intimidade dos casais e da sua prole, em lides que envolvem questões de família.

Com efeito, a generalização da restrição da publicidade nas lides de direito de família (tutela reservada à intimidade) encontra guarida no fato de que a norma da dignidade humana é regra, além de ser princípio (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Sendo um dos fundamentos da República, quando for tratada a dignidade humana como princípio, ela não se antepõe aos demais, confirmando a inexistência de precedência absoluta entre eles; diferentemente, sendo tratada como regra, tal como ocorre na hipótese contemplada no inciso II do art. 155 do CPC, há de prevalecer genericamente sobre os demais enunciados deontológicos do sistema,

Paolo. Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" – Modelli a Confronto. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 23, abril-junho de 1998, n. 90, p. 117).

²²⁸ A remissão feita aos dispositivos legais do CPP e do CPC é apenas ilustrativa e não exclui outras possíveis, dentre as quais o art. 143 da Lei 8.069/90, que cuida do sigilo dos atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes.

dado o seu alto nível de especificidade e de precisão²²⁹. É aceitável, portanto, o tratamento de regra dispensado pelo ordenamento à preservação da intimidade em casos de direito de família, assumindo as características típicas dessa modalidade normativa: baixa generalidade, predeterminação do seu estado de aplicação e feição absoluta.

O mesmo não se passa com a remissão genérica ao interesse público ou social, prevista tanto no texto constitucional (arts. 5º, LX, e 93, IX), quanto na legislação infraconstitucional (art. 155, I, CPC). Para essas hipóteses, cujos contornos concretos só a vida cotidiana pode revelar, é, então, necessário que se utilize da máxima da proporcionalidade, para que, eventualmente, se possa aplicar a recomendação aberta e genérica da tutela do interesse coletivo, restringindo a publicidade. Em outros termos, sendo por um lado justificável a genérica restrição da publicidade nas causas de família, uma vez que a dignidade da pessoa é capaz de reclamar tratamento típico de regra e, portanto, comportar campo de aplicação previamente explicitado no plano normativo, por outro lado o mesmo não se passa com a tutela do interesse público, ou social, em cujo contexto é sempre necessário que sejam identificadas as possibilidades de incidência dos princípios, e suas precedências, conforme o demonstrem os fatos e os acontecimentos concretos da vida.

Está visto, então, que a publicidade não é uma garantia absoluta do processo, coisa que, todavia, é própria dos princípios, nenhum deles sendo capaz de se apresentar de outro modo senão como mandados relativos que dependem de circunstâncias fáticas e jurídicas; dentro das possibilidades de sua restrição genericamente previstas no enunciado de direito fundamental, exceto no que se refere às causas judiciais que cuidam do direito de família (previsão específica da legislação infraconstitucional baseada na dignidade humana como regra), é necessário que se apreendam, no caso concreto, as circunstâncias de sua eventual não aplicação, levando em conta aspectos de fato e de direito, sem a possibilidade de sua generalização.

²²⁹ Alexy considera a dignidade humana regra sempre que se cogita de sua violação. (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 92)

Essas premissas geram a conseqüência de serem absurdamente incompatíveis com a ordem democrática do direito, e do processo - exceto no que se refere à restrição da publicidade nos casos de tutela da intimidade (v.g., direito de família), por razões atreladas à defesa da dignidade humana – todas as normas de direito infraconstitucional que mitigam a garantia da publicidade fora das balizas determinadas pela máxima da proporcionalidade, as quais somente encontram espaço de aplicação nos casos concretos, tendo em mira certos bens que ali possam se mostrar mais sujeitos à proteção social do que a revelação pública dos julgamentos e dos atos processuais.

Exemplos de situações plausíveis e concretas de restrição à publicidade são aqueles em que a publicidade possa comprometer a instrução probatória (risco efetivo à busca da verdade real) ou a efetividade da tutela demandada (restrição da publicidade e do contraditório nas liminares *inaudita altera pars*), além do perigo de execração ou de escárnio públicos da parte antes do desfecho final do processo e até mesmo de atentado aos bons costumes e à moral. Situações, enfim, que não podem ser descortinadas *a priori* pelo legislador, mas somente identificadas nas ocorrências específicas de certos litígios²³⁰.

²³⁰ Alexy cita o caso Lebach, julgado pelo TC alemão: quatro soldados foram assassinados e armas foram subtraídas do depósito do exército, na cidade de Lebach; prestes a deixar a prisão, um dos condenados postulou ordem proibitória da exibição pública de um documentário televisivo intitulado “o assassinato dos soldados de Lebach”, argüindo lesão ao seu direito individual à personalidade e o risco para a sua ressocialização. Embora o Tribunal Provincial tenha negado o seu pedido, o TC o acatou entendendo que uma notícia jornalística (liberdade de informação) repetida e não atual não pode se sobrepor à proteção da personalidade.

5 A GARANTIA PROCESSUAL DA PUBLICIDADE

Na sua versão pós-moderna, concebida para que a atividade jurisdicional seja capaz de efetivamente satisfazer as necessidades dos litigantes numa dimensão justa e participativa²³¹, a garantia da publicidade nada mais significa senão a clara incorporação pelo processo dos ideais da democracia. De fato, somente o Estado de Direito é que pode dar vazão plena à recomendação constitucional de revelação interna e externa (popular) dos atos judiciais, permitindo que o processo angarie adesão e legitimidade social²³².

Inicialmente concebido para compor as crises pouco complexas e individualistas das sociedades e das economias liberais, o processo atualmente está em crise²³³ por sofrer os efeitos do descompasso entre as suas premissas lógicas primitivas e a enorme complexidade das querelas que atualmente lhe são oferecidas a exame, isso sem falar no pluralismo de ideologias e de expectativas contemporâneas e na chamada jurisdicionalização da política²³⁴, a exigir cada vez mais a interferência do Judiciário no campo da administração dos interesses públicos e privados, numa perspectiva tanto individual como coletiva.

Dentro da dinâmica ordem social que se instala no mundo globalizado, de irrestrito acesso aos meios de comunicação e de rápidas transações envolvendo negócios realizados no tempo real da informática, já não há espaço para a morosidade incômoda das soluções jurisdicionais atreladas ao formalismo exacerbado dos

²³¹ Comoglio fala do repúdio à tutela predeterminada, e da observância do procedimento correto/adequado e da efetividade das chances processuais. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, ano XLVIII, 1994, p. 1069)

²³² Couture diz que a publicidade do processo é da essência do sistema democrático de governo e que a publicidade dos atos do parlamento e do executivo deve ser acompanhada da publicidade dos atos do Poder Judiciário, cujos eventuais inconvenientes são amplamente compensados pela fiscalização popular dos atos dos juízes. (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002, p. 158)

²³³ BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 99.

²³⁴ Antônio Magalhães Gomes Filho fala que o Judiciário, mais do que simples agente de atuação da vontade concreta da lei, na atualidade passou a dirimir conflitos coletivos de larga expressão subjetiva e a controlar em grande escala os demais poderes do Estado, obrigando-se à tomada de posições morais, políticas e econômicas e situando-se como verdadeiro centro de produção jurídica, fazendo com isso surgir a expressão "jurisdicionalização da política". (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *A Motivação das Decisões Penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 12-13)

códigos processuais²³⁵ e para a falta de sensibilidade dos seus institutos para os reclamos urgentes da satisfação concreta e oportuna das resoluções dos conflitos regulados pelo direito²³⁶. Fala-se, então, na efetividade e brevidade do processo e na revisão dos seus escopos para melhor servir os seus destinatários, ávidos consumidores do serviço público estatal da jurisdição²³⁷.

Na realidade, essas novas idéias trazidas para o processo (de resultados) representam o antídoto que se experimenta para permitir a sobrevivência do direito processual em crise²³⁸, que se prostra acamado e febril correndo o sério risco de ser deslegitimado pela sociedade cada vez mais exigente e intercomunicacional²³⁹. Esses escopos atuais do processo buscam, portanto, justificar a manutenção do poder-dever estatal atinente à jurisdição numa nova perspectiva, bem diversa daquela sua triste feição histórica que sempre insistiu em manter afastadas as necessidades comunitárias, servindo prioritariamente (quando não exclusivamente) aos interesses dos grupamentos sociais abonados²⁴⁰. A atualidade crítica e

²³⁵ Comoglio diz que “il diritto di chiunque a “ce que sa cause soit entendue” non soltanto “équitablement” e “publiquement” ma anche (e soprattutto) “dans um delais raisonnable” – in cui si traduce l’essenza del “diritto ad um processo equo”, para concluir que essas premissas formam os princípios gerais do direito comunitário europeu. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il Giusto Processo Civile in Italia e in Europa**. Palestra apresentada nas Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Fortaleza, 6-10 de agosto de 2001, p. 31)

²³⁶ Roger Perrot assevera que o acréscimo de demanda no Judiciário se deve à rápida evolução da sociedade e à sucessão acelerada das leis, que “geram um contencioso mais abundante, tanto mais quanto os nossos contemporâneos, mais bem informados de seus direitos que no século passado, já não hesitam em dirigir-se aos tribunais ante a menor dificuldade e, se necessário, percorrendo todos os graus da hierarquia judiciária [...] de outro lado, a natureza dos litígios que chegam à Justiça exige solução cada vez mais rápida”. (PERROT, Roger. O Processo Civil Francês na véspera do Século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo: RT ano 23, nº 91, julho-dezembro de 1998, p. 204-205)

²³⁷ Cappelletti refere-se a “consumidores do direito e da justiça, em suma, usuários”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas**. Revista de Processo, nº 65, ano 17, jan-mar/92, p. 130,

²³⁸ Cappelletti fala em morosidade na distribuição de justiça, por causa da inadequada organização judiciária (inclusive o excesso de recursos), na demora insuportável dos processos, na deficiência dos serviços de assistência judiciária, na insuficiente atuação da oralidade, etc. (Ibidem, p. 127).

²³⁹ “As a consequence of profound societal changes, the principal issues of our day no longer involve an essentially individualistic, static “private law” and its “droits subjectifs”, but rather they reflect the problems of an industrial, dynamic, pluralistic society – including such matters as strike and labor conflicts, social and traffic insurance, pollution, consumer portection, and multinational corporations. If, then, the judicial function of deciding disputes has to be enlarged to encompass such new and challenging issues, even the judicial organs and procedures are forced to chenge. The old formalistic bodies and thecniques are frequently unsuitable for the new role”. (CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental Guarantees os the Parties in Civil Proceeding (General Report)**.Milano: Giuffrè, 1973, p. 725)

²⁴⁰ Taruffo chega ao ponto de dizer que “tem sido sugerido, em substância, o abandono da idéia de que a decisão judiciária deveria fundar-se em critérios aceitos intersubjetivamente, porque tais critérios nada mais fariam que reforçar o predomínio dos grupos e das classes que já detém o poder”.

participativa já não admite a passividade do ambiente social à eventual imprestabilidade ou à morosidade das funções públicas, exigindo transformações que possam conduzir as atividades do Estado aos novos tempos²⁴¹. O mundo globalizado instala na cultura das nações, em particular no processo civil uma nova dinâmica operacional para resolução das crises e, conseqüentemente, isso interfere sensivelmente nos institutos consagrados nos ordenamentos jurídicos²⁴².

A sociedade brasileira sofre de rarefeita tradição democrática e ainda padece diante de elites governamentais avessas às críticas populares, mas apesar disso, tem-se exigido o contínuo repensar do processo na tentativa de conformá-lo a certas exigências sociais anteriormente jamais experimentadas. Muito embora sejam de diversas ordens, de acordo com os inúmeros escopos instrumentais do processo²⁴³ (v. g., brevidade e efetividade dos seus resultados), é certo que as imposições que ao processo são feitas pela opinião pública cuidam sempre da sua democratização ou da sua inserção na nova e salutar ordem do Estado de Direito.

(TARUFFO, Michele. **Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 05 mar. 2001. Tradução do professor Cândido Rangel Dinamarco.

²⁴¹ Giovanni Verde sustenta, ao comentar o aumento da demanda no processo civil italiano, que “È, questa, una delle ragioni per le quali i tempi della giustizia si allungano e viene sistematicamente violato uno dei principi cardine del processo giusto secondo la nostra Costituzione, ossia quello della ragionevole durata, risolvendosi i ritardi quasi sempre o troppo spesso in denegata giustizia. È chiaro, allora, che lo Stato deve organizzare un processo capace di concludersi in tempi ragionevoli...La società, quando le istituzioni sono incapaci di provvedere, trova da sola le sue risposte. Coloro i quali ne hanno la possibilità fanno ricorso agli arbitrati, sfruttando la facoltà che l'art. 25 Cost. Lascia ai singoli di fare ricorso ai giudici non statali. Infatti”. (VERDE, Giovanni. *Giustizia e Garanzie nella Giurisdizione Civile. Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 2000, p. 308)

²⁴² Taruffo, quando trata dos efeitos da globalização no direito processual, particularmente destacando o caráter transacional dos conflitos de interesses e a tendência de contínua mutação e de uniformização da cultura processual: “Non a caso Habermas parla, per riferirsi a ciò che solitamente si chiama globalizzazione o mondializzazione, di ‘costellazione post-nazionale’, com uma metáfora que può essere opportunamente usata anche a propósito delle trasformazioni in corso nella giustizia civile [...] Questi fenomeni hanno luogo all’interno dei contesti nazionali in funzione dell’emersione della pluralità di culture anche nell’ambito di singoli sistemi, ma si verificano com particolare intensità su scala globale. Così come la rete transnazionale dei rapporti giuridici allude ad um diritto più ‘leggero’ e policentrico, così la cultura giuridica può diventare meno chiusa e sistematica, più varia e variabile, centrata su molti ponti di riferimento culturale collocati in varia luoghi del mondo invece che nella tradizione consolidata ed autarchica di um solo paese”. (TARUFFO, Michele. **Osservazioni Sui Modelli Processuali di Civil Law e di Common Law**. Palestra apresentada na IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, p. 8)

²⁴³ Dinamarco elenca fundamentalmente os escopos social, político e jurídico no plano teleológico do processo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 120)

A democratização da atividade pública processual, típica imposição do mundo contemporâneo, inspirada nas exigências de efetividade e de resolutividade concreta dos interesses disputados em Juízo, jamais poderá ser plenamente atingida sem a observância das garantias processuais²⁴⁴, em particular a publicidade, na medida da comunicação que assegura entre a atividade jurisdicional e o mundo exterior das expectativas dos sujeitos por ela afetados, ainda que indiretamente²⁴⁵.

Tratando da dupla perspectiva fisiológica ou estrutural do processo democrático, único capaz de satisfazer as reais expectativas dos destinatários de sua atuação, Comoglio concebe a dupla perspectiva da jurisdição²⁴⁶

a) de um lado, visando tornar efetiva, em termos instrumentais, a possibilidade de recurso ao juiz, para a tutela daqueles mesmos direitos fundamentais, que são ‘reconhecidos’ pela Constituição ou pelas Convenções Internacionais; b) por outro, identificando, em termos de conteúdo, os mesmos direitos públicos subjetivos, tem por objeto as condições mínimas e insuprimíveis de um processo justo (vale dizer: a imparcialidade e a independência da justiça ‘natural’ preconstituída por lei; a igualdade das partes e a ‘paridade de armas’ em juízo; os poderes de ação e defesa) ou, se se prefere, as condições necessárias e suficientes para uma justa resolução das controvérsias, no âmbito daquele processo justo.²⁴⁷

As noções atuais de processo justo (“fair trial”) decorrem da ampliação do conceito constitucional de justiça, que se forma pela conjugação das idéias da instrumentalidade necessária (sua atuação mediante a conjugação com o direito substancial), do acesso real à corte de justiça (em caso de desigualdades sócio-

²⁴⁴ “In generali, si intende per ‘garanzia’ ogni strumento o presidio tecnico-giuridico, il quale sia in grado di far convertire un diritto puramente ‘riconosciuto’, o ‘attribuito’ in astratto dalle norme, in un diritto effettivamente ‘protetto’ in concreto, e quindi suscetibili di piena ‘attuazione’ o ‘reintegrazione’ ogni qual volta risulti violato”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo” (Modelli a Confronto)*. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 90, ano 23, abril-junho de 1998, p. 100-101)

²⁴⁵ Arruda Alvim diz que “toda atividade jurisdicional é realizada publicamente, salvo exceções. A publicidade é garantia para o povo de uma justiça “justa”, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria magistratura diante do mesmo povo, pois agindo publicamente permite a verificação de seus atos. (ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. 1, 4. ed., São Paulo: RT, 1992, p. 99)

²⁴⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Op. Cit.*, p. 101, ver nota 243.

²⁴⁷ Para dar credibilidade, segue o original – “a) da um lato, mirano a rendere effettiva, in termini strumentali, la possibilità di ricorso al giudice, per la tutela di quei medesimi diritti fondamentali, che sono ‘reconosciuti’ dalle Costituzioni o dalle Convenzioni internazionali; b) dall’altro, identificano, in termini contenutistici, altrettanti diritti pubblici subiettivi, aventi per oggetto le condizioni minime e insopprimibili di un processo giusto (vale a dire: l’imparzialità e l’indipendenza del giudice ‘naturale’ preconstituito per legge; l’eguaglianza delle parti e la ‘parità delle armi’ nel giudizio; i poteri di azione e

econômicas), da independência, da autonomia e imparcialidade dos juízes, das condições adequadas e paritárias do exercício dos direitos da ação e da defesa, do direito das partes ao processo igual e justo e da adequação e da efetividade dos instrumentos da tutela jurisdicional das garantias fundamentais do processo²⁴⁸. É daí que surgem as exigências normativas tendentes a assegurar a igualdade das partes e, além disso, a independência e a imparcialidade dos juízes e dos tribunais, a publicidade da audiência e da pronúncia da decisão jurisdicional, o direito efetivo de acesso e de recurso ao órgão judiciário sem discriminação irracional, o contraditório, a defesa técnica em juízo, o direito à prova (ou o direito de agir e de defender-se, provando) e o direito à racionalidade do procedimento²⁴⁹.

Em outros termos, o que o texto constitucional se presta a fazer quando apresenta o elenco das garantias do processo é, em verdade, pugnar pelo processo equo e justo, ou seja, aquele capaz de abrigar os direitos fundamentais atinentes à igualdade das partes perante a lei, legalidade, participação e controle públicos dos atos da jurisdição, juízo natural, acesso à justiça, direito de defesa, gratuidade, motivação e recurso, a isso tudo se denominando *legal guarantism*²⁵⁰.

As idéias hoje concebidas para o processo “justo e equo” têm sido historicamente construídas a partir das exigências devotadas à imparcialidade dos juízes, ao contraditório, à duração razoável dos feitos judiciais e ao devido processo legal fundado na oralidade, na concentração e na imediatidade²⁵¹, atendendo sobretudo as recomendações contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948²⁵², na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos e das Liberdades

difesa) o, se si preferisce, le condizone necessarie e sufficienti per una giusta risoluzione delle controversie, nell'ambito di quel giusto processo.

²⁴⁸ Ibidem, p. 102-103.

²⁴⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo” (Modelli a Confronto). **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 90, ano 23, abril-junho de 1998, p. 108.

²⁵⁰ Ibidem, p. 110-111.

²⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il Giusto Processo Civile in Itália e in Europa**. Palestra apresentada nas “Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil”, Fortaleza, 06-10 agost. 2001.

²⁵² “cf. l’art 8: “everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitutions or by law”; e l’art. 10: “everyone is entitled in full equality for a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him”. (Ibidem, p. 10)

Fundamentais de 1950²⁵³, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966²⁵⁴ e no Pacto de San José da Costa Rica²⁵⁵. Em termos mais atuais e conformes à realidade normativa dos países da comunidade europeia, incluem-se no rol dessas exigências o efetivo acesso à justiça, o direito à defesa e à defesa técnica, a igualdade de armas e de oportunidades em favor das partes, o direito à prova e à contraprova com balanceamento dialético dos meios de sua aquisição, a publicidade da audiência e das decisões e a independência dos juizes²⁵⁶.

A repulsa à ciência (informação) privada dos elementos da causa faz então surgir, no meio de uma gama de outras garantias processuais, o direito ao contraditório e à publicidade interna²⁵⁷, enquanto a publicidade externa assenta-se na necessidade de controle público da atividade jurisdicional. Palavras de Comoglio²⁵⁸:

A publicidade, ou seja, a administração da justiça ‘em público’, segundo a qual, na definição dos juristas do *common law*, ‘a justiça não deve apenas ser feita, mas deve manifesta e indubitavelmente ser vista como feita’ - é uma garantia fundamental, proclamada pelas Constituições nacionais e pelas mais importantes convenções internacionais, as quais visam reparar o poder judiciário de qualquer risco de arbitrariedade e consentem à generalidade dos consociados a oportunidade de ‘judicar o juízo’, controlando o operador diretamente em seu ‘fazer’. Isso exprime a força de um grande ideal de civilidade jurídica e interpreta e justifica a reação da sociedade moderna nos confrontos dos velhos sistemas de justiça ‘secreta’, esotericamente administrada ‘atrás de portas fechadas, escondida da vista do público e da imprensa e abrigada do controle público [...] A publicidade representa um expediente essencial para a imparcialidade do juiz, numa clara implicação do princípio da legalidade e da soberania do povo, em nome do qual a justiça é administrada. Assim, no âmbito da justiça civil, quando as partes discutem a causa diante do juiz que deverá decidi-la, tal audiência de discussão é pública, sob pena de nulidade.²⁵⁹

²⁵³ “cf. L’art. 6, 1º comma: Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un delai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil...” (Ibidem, p. 10)

²⁵⁴ “...toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement e publiquement par um tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi...” (Ibidem, p. 10)

²⁵⁵ “l’art. 8, 1º comma: toda persona tiene derecho a ser oida, com las debidas garantias y dentro de un plazo razonable, por um juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley...” (Ibidem, p. 10)

²⁵⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il Giusto Processo Civile in Itália e in Europa**. Palestra apresentada nas “Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil”, Fortaleza, 6-10 agosto de 2001, p. 13-14.

²⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo”* (Modelli a Confronto). **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 90, ano 23, abril-junho de 1998, p. 114.

²⁵⁸ Ibidem, p. 116-117.

²⁵⁹ Para dar credibilidade, segue o original – “La pubblicità – ossia l’amministrazione della giustizia “in pubblico”, secondo la quale, nella definizione dei giuristi di *common law*, “justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen so be done...” - è una garanzia fondamentale, proclamata da più Costituzioni nazionali e dalle più importanti convenzioni internazionali, la quale mira a porre al riparo il potere giudiziario da qualsiasi rischio di arbitrarietà e consente alla generalità dei consociati l’opportunità di “giudicare i giudici”, controllandone l’operato direttamente nel suo “farsi”.

Na consciência crítica do homem contemporâneo, não há mais espaço para que a atividade processual se divorcie do modelo democrático, nem tanto por razões de direito natural associadas à idéia intuitiva de justiça, mas, notadamente, em virtude do ambiente cultural exigindo-lo como imperativo advindo da forma de vida adotada pela coletividade²⁶⁰. Sendo as ações humanas marcadas pelas ordens da intercomunicação e da busca compartilhada do consenso, não há razão plausível para que as soluções jurisdicionais sejam impostas ao meio social sem a participação popular. Não pode, desta forma, existir processo regular sem a garantia da publicidade dos seus atos e julgamentos, considerando particularmente a circunstância do direito processual, a exemplo de tudo o mais que existe na ciência jurídica, ser o espelho da cultura da época²⁶¹.

A opinião pública debruça-se sobre o processo judicial à cata de pecadilhos e deslizes dos agentes responsáveis pela sua condução do mesmo modo que o faz relativamente às demais atividades do Estado, exigindo que lhe sejam prestadas contas reais e efetivas, sem que os juízes, embora independentes, possam se pôr à margem desse controle. A doutrina não discrepa do sentimento popular que pugna pela fiscalização concentrada e difusa da atividade jurisdicional, bastando mencionar Cappelletti²⁶², para quem é necessária a responsabilização dos juízes perante a sociedade, quer no plano jurídico, sempre que haja violação injustificada dos deveres que sobre eles recaem (responsabilidade administrativo-disciplinar, penal e

Essa esprime la forza di un grande ideale di civiltà giuridica ed interpreta la giustificata reazione delle società moderne nei confronti dei vecchi sistemi di giustizia "secreta", esotericamente amministrata "behind closed doors, hidden from the view of the public and the press and sheltered from public accountability"[...] La pubblicità rappresenta un presidio essenziale per l'imparzialità del giudice, nonché una chiara implicazione del principio di legalità e della sovranità del popolo, nel cui nome la giustizia viene amministrata. Così, nell'ambito della giustizia civile, quando le parti discutono la causa dinanzi al giudice che dovrà deciderla, tale udienza di discussione è pubblica, a pena di nullità".

²⁶⁰ Comoglio, referindo-se à democratização do processo civil nos países da antiga cortina de ferro advinda das imposições da nova ordem mundial pós-comunismo, assinala que "è generalizzata l'inclusione di un preciso novero di garanzie processuali minime, a tutela del diritto ad un processo 'equo', nelle nuove Costituzioni post-comuniste", em cujo contexto, dentre outras exigências firmadas, assoma "le garanzie di pubblicità delle udienze avanti ai tribunali", implicando enfim o "riconoscimento dei principi generali di procedura secondo le tradizioni costituzionali europee dei diritti fondamentali". (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione europea**. Roma: Il Foro Italiano, 1994, p. 25-34.

²⁶¹ Frase cunhada por Franz Klein e citada por Cappelletti. (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 65, ano 17, São Paulo: RT, jan-mar/92, p. 129)

²⁶² "Cumprir ter presente ainda, aqui, o dever do juiz de motivar e de tornar públicas as próprias decisões, um dever que faz possível semelhante responsabilidade social, mais até do que na crítica

civil), quer no plano social, por meio das críticas acadêmicas e dos órgãos de comunicação de massa²⁶³.

É passado, enfim, o tempo da auto-suficiência da atividade processual, alheia aos interesses gerais da população e presa unicamente às atenções dos litigantes. A feição garantística do processo civil, a envolver as noções atuais de acesso à justiça e de efetividade da jurisdição, aliada à sua atuação no contexto da crescente jurisdicionalização da política e da tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, causou a benéfica penetração da atividade jurisdicional no tecido social, assumindo uma instrumentalidade de caráter menos individual que, forçosamente, acaba por atrair a atenção da comunidade e da chamada *mass media*. Fruto da opção constitucional do pós-guerra, manifestada com o intuito de facilitar o acesso à justiça e dar efetividade à tutela jurisdicional no universo dos conflitos sociais de toda e qualquer ordem, parece irreversível a tendência cada vez mais intensa da jurisdição integrar-se ao ambiente cultural das sociedades contemporâneas²⁶⁴.

Tanto isso é verdade que se exige, atualmente, para países que pretendem se fazer inseridos na nova ordem econômica e política mundial, um padrão mínimo de eficiência jurisdicional, bem ilustrado na noção corrente de *tempo razoável do processo*²⁶⁵. Giuseppe Tarzia²⁶⁶ diz que a Corte Européia dos Direitos do Homem,

das leis e em geral da atividade dos ramos políticos, a que freqüentemente falta essa pública motivação". (Ibidem, p. 138).

²⁶³ Cappelletti lembra que a Corte Européia dos Direitos do Homem recomenda não a simples tolerância, mas, sobretudo, estímulo ao controle realizado pelos meios de comunicação em massa. (Ibidem, p. 138).

²⁶⁴ "The exigency of making justice accessible to all is an important facet of a trend which has marked the most advanced legal systems in our century, not only in the socialist area but also in the west. This is reflected most clearly by the more progressive 20th-century constitutions of the western nations. These constitutions are characterized by their effort to integrate the traditional "individual liberties" – including those of a procedural nature – with "social" rights and guarantees, essentially intended to make the former accessible to all, thus assuring a real, rather than a merely formal, "equality before the law". (CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings (general Report)**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 726-727).

²⁶⁵ A exigência de tempo razoável para a tramitação do processo está expressamente prevista no art. 111 da Constituição italiana promulgada em novembro de 1999, cujo inteiro teor assim está redigido: "1) la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge; 2) la disciplina del processo è assistita da riserva di legge; 3) ogni processo è caratterizzato dal contraddittorio tra le parti; 4) le parti devono trovarsi in condizioni di parità; 5) il giudice deve essere terzo ed imparziale; 6) la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo". (CAIANIELLO, Vincenzo. Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione. **Rivista di Diritto Processuale**. VIII edizione. Padova: Cedam, Gennaio-Marzo 2001, p. 46)

²⁶⁶ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le Garanzie Europee del Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam. Gennaio-Marzo 2001, p. 17.

em inúmeros julgamentos, tem formulado a sistemática exigência de que os países membros da respectiva comunidade cumpram a obrigação (art. 6.1 da Convenção) de implementar um sistema judiciário capaz de satisfazer os reclamos do processo justo e equo *in termini ragionevoli*²⁶⁷, com a ressalva de que os parâmetros de tempo razoável para a duração do processo ainda estão em fase de consolidação, embora possa ser adotada como baliza de orientação a repulsa já manifestada pela Corte de Estrasburgo no caso italiano Santilli de 19 de fevereiro de 1991, cujo julgamento, não obstante haja reconhecido a complexidade da causa, concluiu não serem razoáveis os cerca de seis anos e nove meses consumidos entre a citação do réu e o depósito do julgado proferido em sede de apelação²⁶⁸. De resto, no que importa aos marcos delimitadores da contagem do tempo razoável do processo, é tendência da Corte utilizar o lapso compreendido entre a citação do réu e o trânsito em julgado da sentença ou, nos casos de sentença condenatória, entre o dito ato citatório e a efetiva satisfação do direito reconhecido²⁶⁹.

A reestruturação do processo civil não é obra do acaso, antes se tratando de um movimento complexo e plural que se explica claramente a partir das exigências de uma sociedade cada vez mais afeita aos ideais da democracia, no seu mais ontológico sentido. Prova disso, no que interessa ao estudo da garantia processual da publicidade, é a decisão da Corte Européia no caso Diennet v. França²⁷⁰, que concluiu tratar-se a

publicidade dos debates judiciais de princípio fundamental, para proteger os jurisdicionados contra uma justiça secreta que escape do controle do público, e que contribua para a preservação da confiança popular nas cortes e nos tribunais – dando transparência às atribuições da justiça, a publicidade integra o conceito de processo equo.

²⁶⁷ Em particular a sentença do caso Laino v. Itália de 18 de fevereiro de 1999, em que ficou assente que “nos casos que concernem ao *status* da pessoa, a importância da controvérsia para o demandante é um critério pertinente e, além disso, se impõe uma diligência particular na consideração da eventual consequência que uma lentidão excessiva (do feito) pode causar, em particular sobre o gozo de direito relacionado à vida familiar”. (TARZIA, Giuseppe. *Ibidem*. *Ibidem*, p. 17)

²⁶⁸ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le Garazie Europee del Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam. Gennaio-Marzo 2001, p. 17-18.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 19-20.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 16.

Nessa medida, portanto, está claro que, exceto nas situações muito particulares objeto de restrição nos próprios textos que consagram a garantia da publicidade (arts. 5º, LV e 93, IX, da Constituição Federal), a transparência popular dos atos do processo é imperativo indeclinável para efeito de controle e de legitimação do Estado.

5.1 AS CATEGORIAS DE PUBLICIDADE

Mesmo os mais remotos estudos doutrinários dedicados à garantia processual da publicidade adotaram o hábito - que hoje é de uso corrente - de sistematizá-la em categorias. Tratam-se de categorias ambivalentes, na linguagem de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci²⁷¹, cujas denominações e significados variam conforme o gosto dos autores, mas que denotam, todas elas, os inúmeros modos de expressão da garantia da publicidade.

É nesse contexto que José Frederico Marques²⁷² fala em

a) publicidade imediata, quando os atos do processo estão ao alcance do público em geral, e publicidade mediata, quando os atos processuais se tornam públicos através de informes e certidões sobre sua realização e conteúdo”; b) “a publicidade geral, que é a publicidade em seu sentido amplo, e a publicidade para as partes, quando só estas podem estar presentes aos atos realizados pelo juiz e auxiliar da justiça.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci²⁷³, por sua vez, trabalham com as seguintes categorias:

a) Publicidade ativa, em que determinados atos do processo são involuntariamente conhecidos do público; e publicidade passiva, que se verifica quando o público, por iniciativa própria, *sponte sua*, deles toma conhecimento; b) publicidade imediata, quando a cognição dos atos do processo está franqueada a todos os cidadãos; e a publicidade mediata, quando deles só se toma conhecimento mediante certidão, cópia, ou pela *mass media* (imprensa, por exemplo); e c) publicidade absoluta ou externa, quando todos os atos do processo se realizam perante as partes, e, ainda, são acessíveis ao público em geral; e publicidade restrita, ou interna, quando alguns ou todos eles se realizam, somente, perante as pessoas diretamente interessadas e seus respectivos procuradores judiciais, ou, ainda, apenas estes.

Antônio Magalhães Gomes Filho²⁷⁴, de sua parte, faz a seguinte distinção:

²⁷¹ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73.

²⁷² FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol II, Campinas: Millennium Editora, 1999, p. 123-124.

²⁷³ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. Cit., p. 73, ver nota 268.

²⁷⁴ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

Publicidade externa e publicidade interna: a primeira diz respeito ao acesso do público em geral aos atos do processo e, em casos excepcionais, pode ser restringida, atendendo-se a outros interesses não menos relevantes, como a proteção da intimidade e da vida privada das pessoas envolvidas no processo; a segunda, relacionada ao conhecimento que deve ser assegurado aos próprios participantes do contraditório, já não pode sofrer restrições, pois isso significaria diminuir-lhes as oportunidades de participação efetiva nas atividades processuais. É possível ainda distinguir a publicidade imediata, que se realiza pela presença e contato direto com os atos processuais, e a publicidade mediata, que resulta principalmente da divulgação desses mesmos atos pelos meios de comunicação.

A doutrina trazida à colação, embora não adote uma terminologia uniforme, trata dos mesmíssimos atributos da garantia processual da publicidade, sistematizando-os apenas em ordens e sob títulos diversos, de acordo com os diferentes efeitos que nela identificam, tanto no plano interior quanto no plano exterior à jurisdição.

Não há como negar que algumas das categorias assinaladas de publicidade são demasiado particularizadas, dedicando-se aos seus atributos internos meramente procedimentais e, além disso, que haja uma certa sobreposição de conceitos dentro da mesma sistematização de classes.

Desde sempre, porém, foi identificada a bipartição da garantia da publicidade nas duas vertentes que lhe parecem as mais notórias, exatamente por lhe serem naturais e intuitivas: a publicidade interna e a publicidade externa. Calamandrei²⁷⁵, por exemplo, discorrendo sobre o instituto da publicidade ao tratar das normas jurídicas que regulam as formas processuais, dizia que os atos do processo tanto podem correr de acordo com a publicidade quanto de acordo com o segredo. Tratando do contraste entre a publicidade e o segredo, esclarecia que dois são os seus sentidos, conforme estivessem a se referir aos sujeitos do processo ou a terceiros. Assim,

No que se refere a terceiros, isto é, “ao público”, pessoas estranhas ao processo, podem conceber-se abstratamente dois sistemas: o do segredo, segundo o qual as atividades processuais devem ser realizadas no segredo dos gabinetes, sem que os terceiros possam ter delas conhecimento, e o da publicidade, segundo o qual, ao contrário, tais atividades devem desenrolar-se sob o controle do público. As legislações modernas adotam habitualmente um sistema intermediário: a publicidade a respeito dos terceiros se recomenda e se permite somente em relação a algumas fases

²⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 276-277.

(publicidade das audiências, art. 72 do Estatuto; art. 123 do CPC); enquanto são públicas as audiências em que se discute a causa, não são públicas as audiências de instrução (art. 84, Disp. Apl.). No que se refere aos sujeitos do processo, publicidade significa o conhecimento recíproco (ou ao menos possibilidade de conhecimento) que cada um deles deve ter das atividades realizadas pelos outros sujeitos; a estrutura “dialética” – que, como se verá, é própria do processo – exige que todos os atos realizados por uma parte sejam levados a conhecimento da parte contrária, a fim de que esta possa reagir oportunamente em defesa própria: o princípio do contraditório (art. 101, CPC) é a expressão fundamental desta exigência, em função da qual o art. 97 das Disp. Apl. estabelece que “o juiz não pode receber informações particulares sobre as causas pendentes diante dele, nem receber memorandos, senão por meio da secretaria”. Quanto à atividade do órgão judiciário, algumas de suas fases podem desenvolver-se em segredo, não só para o público mas também para as partes (por exemplo, a deliberação da decisão, que se toma em Câmara de Conselho: art. 276 do CPC).

Na abordagem feita às modalidades interna e externa da publicidade processual, Calamandrei não logrou percebê-las numa perspectiva compatível com a atualidade dos institutos, tanto que restringiu demasiadamente a sua aplicação, mormente no que tange à revelação pública dos atos para controle difuso popular, muito embora não mereça qualquer ressalva a sua remissão ao procedimento adotado “*in camera di consilgio*”, que ainda se pratica na Itália, apesar da forte crítica que se lhe agracia a parcela respeitável da doutrina²⁷⁶.

Goldschmidt²⁷⁷, por seu turno, quando traça considerações sobre a sentença e dela diz tratar-se de um juízo complexo, que resulta de um processo lógico mental que, ao mesmo tempo, retrata o que deve ser justo na concepção do julgador (manifestação de vontade), e complementa que,

Em sua qualidade de resultados de um processo lógico, as resoluções são justas ou injustas; em sua qualidade de manifestações de vontade, são atos causais e, assim, são atendíveis (válidas e eficazes) e invariáveis (imutáveis) ou variáveis, por serem impugnáveis (provisórias) ou desatendíveis (nulas).

²⁷⁶ Cappelletti menciona textualmente a posição de Calamandrei para criticá-la, entendendo necessária a divulgação dos votos nos órgãos colegiados. (CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma de processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo:RT, n. 65, ano 17, São Paulo: RT, jan.-mar./92, p. 138). No mesmo sentido, Giuseppe Tarzia, duvidando da “suficiência” da norma do art. 128 do CPC italiano, que garante a publicidade apenas da audiência em que se discute a causa, sem adotar a mesma exigência quanto à decisão assumida na *camera di consilgio*. (TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost. e le Garanzie Europee del Processo Civile. **Rivista de Diritto Processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo 2001, p. 16)

²⁷⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Teoria Geral do Processo**. Campinas: Editora Minelli, 2003, p. 157-158.

Não obstante a ausência de uma clara abordagem a respeito das categorias interna e externa do princípio da publicidade na doutrina de Goldschmidt, o seu raciocínio parece que as contempla implicitamente, à medida da possibilidade assinalada de submissão dos atos decisórios ao controle que resulta não apenas da sua impugnação pontual e específica, por obra e graça dos recursos legais, como também no plano geral das expectativas sociais, mediante a invalidação popular advinda da falta de legitimidade do pronunciamento judicial. De todo modo, Goldschmidt²⁷⁸ se apressa em reconhecer, quando trata do processo penal alemão, que a inobservância da publicidade para os debates orais do juízo (publicidade interna) gera nulidade *ipso juri*.

Chiovenda²⁷⁹, ao contrário, adotou posição bem mais explícita a respeito do tema, renunciando uma série de conceitos que seriam melhor elaborados apenas no pensamento contemporâneo do processo civil :

A publicidade das atividades processuais é um princípio que se pode entender de dois modos diferentes: ou como admissão de terceiros (público) a assistir às atividades processuais; ou como necessidade entre as partes de que toda atividade processual tenha a presença de ambas. Num e noutro sentido, incluiu-se a publicidade nos processos mais antigos (romano, germânico); e excluiu-se, pelo menos em parte, de muitos processos intermédios.

Publicidade em Relação a Terceiros - A importância preponderantemente política depreende-se logo do fato de estar consagrado no Estatuto (art. 72). Confirma-se no art. 52 do Código que as audiências da autoridade judicial serão públicas, sob pena de nulidade. Quando, pela natureza da causa, a publicidade puder oferecer perigo à boa ordem ou aos bons costumes, e nos demais casos estabelecidos em lei, a autoridade judicial, a requerimento do Ministério Público, ou de ofício, determina que o debate se realize a portas fechadas. Decreta-se a medida em audiência pública e insere-se, com a enunciação dos motivos, na ata respectiva. Tal publicidade é, todavia, restrita à audiência: não se estende, portanto, a todas as atividades processuais que se realizem fora da audiência (como as provas perante o juiz delegado). Dos atos do processo, são, ademais, acessíveis ao público os provimentos do magistrado, que são atos públicos por natureza, e não os atos e documentos das partes.

Publicidade entre as Partes - As atividades através das quais se desenvolve a relação processual, têm necessariamente de ser patentes a todos os sujeitos da relação mesma. Por conseguinte, toda parte tem direito a examinar as produções do adversário, e esse direito se estende também aos que são admitidos ou chamados a assistir ao processo (*causae adesse*) sem se tornar partes. As partes e seus procuradores, mesmo antes da

²⁷⁸ Ibidem, p. 165.

²⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol III, 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 105.

audiência e da constituição, por meio da simples exibição da citação, e o procurador constituído, com a exibição do mandato, são admitidos a examinar os documentos depositados em cartório, a tirar-lhes cópias ou extratos em avulso, ou a pedir, a expensas próprias, certidão legal. Além disso, durante o debate, toda parte tem a obrigação de exhibir à outra seus documentos. As provisões do juiz são emitidas na presença das partes; mas a lei pode dispor de modo diverso, como faz em relação à sentença, que é deliberada em sigilo (art. 358), depois publicada em audiência (art. 366). A deliberação dos provimentos colegiais durante a audiência verifica-se em audiência mesmo, mas os juízes exprimem seu voto em voz baixa ao presidente. Também a inquirição de testemunhas se procede em presença das partes. Em vista de razões especiais, pode-se excluir a pessoa da parte (interditando, art. 840), não, porém, de seu procurador.

Chiovenda pautou-se com aguçada dose de sensibilidade ao lidar com o instituto da publicidade, já o tratando como expressão democrática do processo civil e, portanto, tornando o seu pensamento facilmente assimilável pela atualidade. Disse com todas as letras, afinal, no que interessa à publicidade externa, da sua dimensão política de típica garantia outorgada aos sujeitos da comunidade face às ações intervencionistas do Estado, prevendo a sanção de nulidade para a inobservância da publicidade das audiências e destacando a necessidade de motivação do ato decisório que concluir pela tramitação do feito em segredo de justiça, dentro das hipóteses contempladas na lei. Indo mais além, admitiu a restrição da garantia da publicidade, mesmo nos casos tipificados na lei, apenas para alguns atos do processo, aqueles que possam comprometer o interesse público ou a privacidade dos litigantes, particularmente referindo-se à audiência, e insistiu na necessidade de revelação pública dos provimentos judiciais, atos que disse “públicos por natureza”. Já no que importa à publicidade interna, Chiovenda discorreu precisamente sobre o princípio do contraditório, na condição de subproduto endoprocessual da publicidade.

Não é de surpreender, assim, que a doutrina atual tenha consolidado as idéias chiovendianas a respeito da garantia da publicidade, aprimorando-as (e explicitando-as) de modo a torná-las compatíveis com a concepção democrática do processo atualmente em voga. É nessa linha evolutiva que o pensamento de Michele Taruffo apresenta-se com enorme poder de persuasão, representando um claro marco científico no tratamento dedicado pelo processo civil à garantia da publicidade nas suas concepções interna e, notadamente, externa.

Taruffo, com efeito, em que pese tenha voltado suas atenções prioritariamente para a motivação das decisões judiciais, acabou por atribuir ênfase destacada à publicidade (externa) dos atos decisórios como forma de legitimação popular da atividade jurisdicional. No seu discurso, destaca a contribuição prestada pela motivação e pela publicidade para a racionalização do sistema de administração da justiça²⁸⁰, muito embora admita que inicialmente esses institutos foram justificados pelo racionalismo funcionalístico e burocrático típico do iluminismo²⁸¹, servindo para facilitar a conexão entre a sentença e a sua impugnação²⁸².

De fato, somente mais tarde é que a obrigação de motivar as decisões judiciais tornou-se garantia, inspirando-se em razões advindas da ideologia democrática – a *ratio* da motivação passou a consistir num mecanismo capaz de assegurar o controle externo, da parte do povo, sobre o modo com que o juiz exercita o poder que lhe é confiado (publicidade externa)²⁸³. É somente então que as tais garantias passam a adquirir característica de instrumento destinado ao controle democrático difuso dos fundamentos e da legalidade das decisões, tornando-se elemento essencial à ideologia democrática da justiça²⁸⁴.

O autor justifica o largo espaço ocupado pela publicidade no constitucionalismo contemporâneo, integrando as garantias fundamentais de administração da justiça, quando diz que essa obrigação passou a ser encarada como direito natural dos

²⁸⁰ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 37.

²⁸¹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 38.

²⁸² Antônio Magalhães Gomes Filho diz que “no campo do processo penal, a publicidade dos atos do procedimento representa uma das marcas distintivas do modelo acusatório – que acompanhou os regimes políticos democráticos desde a Grécia e da Roma Republicana -, ao contrário do segredo que caracterizou o modelo inquisitório próprio dos sistemas de poder absoluto. Daí a grande atenção dada ao tema pelo pensamento iluminista, que consagrou à exigência de publicidade processual algumas de suas mais eloqüentes páginas, propiciando com isso o destaque conferido à garantia da publicidade nas reformas revolucionárias. (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A Motivação das Decisões Penais**, São Paulo: RT, 2001, p. 49)

²⁸³ Comoglio, ao tratar da motivação: “Quale ‘esposizione dei fatti rilevanti’ e delle ‘ragioni giuridiche’ su cui la decisione si fonda, garantirne la credibilità e la controllabilità diffusa, in forza di una tradizione giuridico-politica consacrata”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giudice Civile**. Estratto dal Volume XV della Enciclopedia Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 11)

²⁸⁴ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 38.

povos, mesmo nos países que não tratam do tema em suas cartas constitucionais. Enfim, mais do que garantia processual de senso estrito, tanto a publicidade quanto a motivação são princípios gerais inerentes a todo e qualquer Estado de Direito²⁸⁵.

A obrigação de motivar e de dar publicidade às decisões judiciais surgiu, afinal, da crise do estado pessoal, autoritário e indiferente à sociedade civil, e da conseqüente formulação da idéia de que a soberania pertence ao povo. Desde então, a justiça deixou de ser, na visão de Taruffo, mais uma manifestação da vontade do soberano, ou do *Führerprinzip*, antes sendo o resultado do exercício do poder que o povo delegou ao juiz. A transformação no modo de se conceber a soberania, particularmente no que interessa à jurisdição, implicou uma profunda transformação na concepção do poder – a passagem do estado absoluto ou, nos tempos modernos, do estado autoritário ou totalitário, para o estado democrático de direito, disso advindo o fim do poder absoluto e oculto do estado. No estado democrático de direito o poder realmente não é absoluto, e sobretudo não é oculto: ao contrário, vige o princípio da transparência, dado que a sua legitimação não é fundada sobre o princípio da autoridade, mas na democracia²⁸⁶.

Nesse contexto, consoante a perspectiva de Taruffo, o juiz, ao emitir o seu provimento, não se legitima como autoridade que exerce um poder intangível, senão o fazendo na qualidade de um típico delegado do povo, que é o primeiro e o real titular da soberania. Daí a necessidade de serem motivadas e reveladas as decisões, com isso respondendo-se à necessidade de serem demonstrados os seus fundamentos de fato e de direito, e permitindo que tais fundamentos possam ser discutidos e controlados pelo auditório externo de forma difusa. Isso explica, ademais, a necessidade do poder jurisdicional ser transparente, razoável e controlável, a exemplo de qualquer outro poder exercido no âmbito do estado democrático de direito²⁸⁷.

²⁸⁵ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 40.

²⁸⁶ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 41.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 41-42.

A motivação e a publicidade, para a doutrina de Taruffo, são a síntese de dois elementos: de um lado, a jurisdição só é válida quando motivada, com a possibilidade de justificação e de controle do provimento judicial; de outro lado, a necessidade de controle externo e difuso sobre o exercício do poder jurisdicional é manifestação essencial do princípio de participação popular na administração da justiça. Através desse controle, enfim, o povo se reapropria da soberania e a exercita diretamente, evitando que o mecanismo de delegação de poder se transforme numa expropriação definitiva da soberania pelo órgão que a exerce em nome do povo²⁸⁸.

As obrigações constitucionais de motivação e de publicidade das decisões judiciais se inserem, na visão de Taruffo, organicamente no contexto das garantias fundamentais de administração da justiça, assumindo o papel de instrumentos indispensáveis de controle sobre a atuação efetiva das outras garantias concernentes ao exercício da jurisdição. Essa conexão pode ser ilustrada com base em três pontos fundamentais²⁸⁹: o primeiro, sua relação com o princípio da independência dos juízes, aqui percebido como pertinente à imparcialidade, que deve ser verificada na concretude das decisões, que não são imparciais em si próprias, mas enquanto sejam capazes de demonstrá-lo, coisa que se encontra bem ilustrada nas palavras de Bentham: “good decisions are such decisions for which good reason can be given”. Daí porque se mostram indispensáveis a motivação e a publicidade da sentença para possibilitar o controle da independência e da imparcialidade do juiz nas decisões concretas que profere. O segundo ponto diz respeito ao princípio da legalidade das decisões judiciais, vale dizer, do dever do juiz respeitar e aplicar corretamente a lei, cabendo-lhe demonstrar, na motivação exposta à publicidade, haver aplicado validamente a lei ao caso concreto. Isso é necessário porque uma legalidade não controlável equivale a uma não-legalidade. Embora seja delicado o processo de aplicação da lei, não se tratando de operação mecânica ou objetivamente determinada, resulta de um processo de escolha e de valoração – somente sendo o juiz capaz de anunciar a razão que justificou a aplicação da lei ao caso concreto será possível avaliar se a escolha da decisão

²⁸⁸ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 42.

²⁸⁹ Ibidem, p. 42-44.

resulta da lei ou do arbítrio do juiz²⁹⁰. O terceiro ponto cuida da garantia processual da parte, essencialmente a garantia da ampla defesa, em que a motivação transparente assume o importante papel de demonstrar a observância efetiva dessa recomendação do sistema. De fato, a garantia da ampla defesa há de significar a possibilidade de a parte influir na decisão do juiz, sob pena do seu exercício aparente servir de mera cobertura formal ao arbítrio do juiz - é nesse amplo contexto que se insere o direito à prova (uma das principais manifestações do direito de defesa), aqui compreendido como o direito à valoração da prova pelo ato decisório judicial.

O direito de defesa, enfim, engloba o direito à prova e o direito de interrogar e de influir sobre a decisão envolvendo questão relevante de fato e de direito e, portanto, a motivação deve valorar a defesa e a prova da parte, em particular quando o ato decisório se funde em razão ou prova diversa daquela que a parte haja produzido, demonstrando-o publicamente.

De resto, ao tratar da garantia constitucional da motivação, Taruffo aborda os seus três caracteres elementares: racionalidade, integralidade (“completezza”) e controlabilidade²⁹¹. Para ele, racionalidade²⁹² significa que a motivação é um discurso justificativo que busca mostrar que a decisão é juridicamente válida e é fundada sobre a verdade de fato, atendendo os requisitos de validade da argumentação prática (congruência, coerência, nexos de causalidade, uso correto da linguagem comum e jurídica, etc); o requisito da integralidade (“completezza”) se define tendo em conta o contexto da justificação racional da escolha que tenha determinado a decisão, cumpre ressaltar, uma “completezza” justificativa, com a

²⁹⁰ Comoglio fala da “necessita di costruire una struttura persuasiva di motivi, che valgano a giustificare in termini giuridicamente credibili le scelte valorative e pragmatiche, celate nella *ratio decidendi* reale”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giudice Civile**. Estratto dal Volume XV della Enciclopédia Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopédia Italiana, 1988, p. 11)

²⁹¹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 47-49.

²⁹² Michele Taruffo explica que os instrumentos utilizados para que se realizem raciocínio racionais, controláveis e justificados são hoje “mais complexos e difíceis de manejar do que eram considerados no passado: a moderna lógica da argumentação não é mais aquela aprendida durante os estudos colegiais de filosofia e a ciência é hoje infinitamente mais ampla e sofisticada...”. (TARUFFO, Michele. **Censo comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 05 mar. 2001. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, p. 41).

necessária presença do argumento que confirmou a validade da escolha adotada na decisão (em outro termo, deve ser cognoscível a concatenação dos juízos, de fato e de direito, de que a decisão é o resultado final); para a controlabilidade da motivação, finalmente, é indispensável que seja ela pública e acessível, para ser compreensível - motivação técnica só pode ser considerada adequada para os fins endoprocessuais, no que interessa particularmente à impugnação e ao controle superior sobre a sentença impugnada, já que assimilável pelos operadores do direito, mas é duvidosa a sua valia para o controle externo difuso popular.

A dimensão garantística da obrigação de motivação, a envolver o controle difuso e externo dos atos judiciais, reclama que possam ser eles controlados e, portanto, compreensíveis potencialmente por toda e qualquer pessoa medianamente culta, pois o seu significado fundamental é assegurar o controle social dos fundamentos da decisão. A motivação, no que interessa à sua controlabilidade, deve ter em mira o “auditório universal” em uma acepção concreta e histórica do termo, voltando-se para o cidadão de cultura mediana no lugar, no tempo e no contexto sócio-cultural em que se tenha pronunciado a decisão. O juiz, para Taruffo, não deve se comportar como órgão burocrático que redige formalmente um *staatsakt*, ou como jurista apenas, mas como um homem médio do seu tempo, dando-se conta de que exercita a sua função em certo ambiente social no qual se espera que a sua decisão possa operar efeitos²⁹³.

Somente desse modo, de fato, poder-se-á realizar em concreto, e não apenas no campo da enunciação abstrata, o significado profundo da obrigação constitucional de publicidade das decisões judiciais motivadas, como garantia de participação do povo na administração da justiça através do controle social difuso sobre o exercício do poder jurisdicional²⁹⁴.

²⁹³ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 49-50.

²⁹⁴ Ibidem, p, 50.

5.2 A PUBLICIDADE INTERNA

O princípio processual da publicidade, aplicado no plano interno, é que torna possível às partes o exercício do contraditório, condição *sine qua non* para a existência de um processo justo²⁹⁵. Afinal, sem a ciência (informação) de todo e qualquer acontecimento processual potencialmente capaz de afetá-las, as partes acabariam sendo privadas da possibilidade de reação bastante a ensejar a preservação dos seus interesses, com igual comprometimento à contribuição delas para o desfecho final da contenda nos moldes compatíveis com as suas expectativas²⁹⁶.

Cintra, Grinover e Dinamarco²⁹⁷ explicam que o princípio do contraditório tem por berço o brocardo romano “*auditur et altera pars*”, vale dizer, o princípio da audiência bilateral. É inseparável da distribuição organizada de justiça e está intimamente ligado ao exercício do poder de influir sobre a esfera jurídica das pessoas, a ponto dele modernamente ser considerado inerente à própria noção de processo – a bilateralidade da ação está contida na idéia da bilateralidade do processo, ou seja, muito embora o autor instaure a relação processual ao invocar a tutela, ela só se completa e se põe em condições de realizar-se com o chamamento do réu. “O juiz, ouvindo uma parte, não pode deixar de ouvir a outra – somente assim dará a ambas a possibilidade de influir sobre o seu convencimento”. A ampla defesa, por sua vez, é possibilitada pelo contraditório e com ele mantém íntima ligação, traduzindo-se na expressão “*nemo inauditus damnari potest*”. Decorre de tais princípios a

²⁹⁵ Ao lado de outros direitos fundamentais não menos nobres, naturalmente. Comoglio fala, por exemplo, da imparcialidade e do juízo natural, da publicidade da audiência e da decisão (e por reflexo, do tratamento oral da causa), e também da concentração e da duração razoável do tempo processual, para configuração do modelo de processo equo. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Diritti fondamentali e garanzie procesuali comuni nella prospettiva dell’Unione europea**. Roma: Il Foro Italiano, 1994, p. 35-36)

²⁹⁶ “Nel qualificare il fatto storico e nel determinare la *regula juris* ad esso applicabile, il giudice realizza in modo pieno la sua autonomia, soggiacendo all’impero esclusivo delle norme del diritto. Il carattere tecnicamente officioso di questo potere, come non elimina del tutto la necessità di una collaborazione delle parti nell’individuazione di talune fonti normative, così non può certo sancire la sottrazione dell’operato del giudice al vaglio fondamentale del contraddittorio. Un coerente sviluppo dei poteri di chiarificazione, infatti, porta a considerare come inderogabile il dovere del giudice di non ‘sorprendere’ le parti con una soluzione giuridica o con un’applicazione di principî normativi, su cui non sia stato tempestivamente sollecitato il loro dibattito”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giudice Civile**. Estrato dal Volume XV Della Enciclopedia Giuridica. Roma: Istituto Della Enciclopedia Italiana, 1988, p. 10)

²⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 53.

necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário – somente conhecendo-os, poderá efetivar-se o contraditório. Por ciência, não se deve considerar apenas atos do tipo citação, intimação e notificação, mas qualquer meio que se mostre suficiente para permitir a identificação, sem sombra de dúvida, ou o conhecimento bilateral dos atos contrariáveis.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco²⁹⁸, ainda, tratando-se de direitos disponíveis, não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório mesmo que a contrariedade não se efetive – é o caso do réu em processo civil que, citado em pessoa, fica revel – sendo indisponível o direito, porém, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado (daí é que advém o conceito de réu indefeso no processo penal). Isso leva os mencionados autores a sustentar que “o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação e b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis). Além disso, o contraditório não admite exceções – mesmo nos casos de urgência, quando o juiz provê “inaudita altera parte”, com o intuito de evitar o “periculum in mora”, o demandado deverá ser convocado para inserir-se na atividade processual plena e sempre antes que o provimento se torne definitivo”.

Luiz Guilherme Marinoni²⁹⁹ diz da participação real e não apenas ilusória (formal) dos litigantes no processo, para com isso ser propiciada às partes a paridade de armas, evitando situações imprevisíveis que possam impedi-las de participar de forma efetiva do processo.

Para o contraditório Delosmar Mendonça Júnior³⁰⁰ sustenta a possibilidade de as partes exercerem todos os atos processuais aptos a fazer valer em Juízo seus direitos e interesses, condicionando o êxito do processo. Para a sua doutrina, a participação (que melhor explicita, citando Dinamarco, no sentido de “viver o processo, aumentando as suas possibilidades de vitória”) compreende a participação crítica e construtiva das partes em todos os atos do processo, ou seja, defendendo as suas razões, produzindo alegações de caráter fático e jurídico, realizando provas

²⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 54.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 256-257.

e intervindo na formação da prova da outra parte. Invoca Humberto Theodoro Júnior: “não se completa o contraditório com a simples ouvida da parte. Há de se lhe ensejar oportunidade de rebater as alegações do outro litigante, com argumentos e provas. De tal forma, se ouve a parte, mas não lhe dá oportunidade de provar as alegações, o contraditório fica vazio de conteúdo”, para completar: “toda matéria que diga respeito à defesa judicial de direitos no processo está afeta ao princípio do contraditório: alegações, meios de provas, acompanhamento na formação da prova, prazos, poderes, faculdades e ônus para o exercício da defesa, etc”.

Em José Carlos Barbosa Moreira³⁰¹, a garantia do contraditório significa um mínimo de previsibilidade ou, em outras palavras, é preciso que o réu saiba, ao ser convocado a Juízo, ou possa verificar com os dados de que dispõe, quais são as suas chances, tanto para o melhor, quanto para o pior; é preciso que ele possa avaliar desde logo qual é a pior coisa que lhe pode acontecer na hipótese de derrota. Dependendo das circunstâncias, o réu pode até mesmo optar conscientemente por não se defender, desde que esteja seguro do limite máximo do prejuízo que poderá vir a sofrer, se derrotado. Esse elemento de previsibilidade é absolutamente essencial para que o réu possa exercer amplamente o seu direito de defesa. Isso se liga à problemática do pedido certo e determinado sendo, por essa razão, que a sentença deve se ater a ele. Desobedecida a regra, o juiz deve utilizar o art. 284, dando prazo para que o autor emende a inicial, adequando-a à exigência legal, sob pena de indeferimento.

Cândido Rangel Dinamarco³⁰², por sua vez, destaca que “a importância atribuída modernamente à relação jurídica processual associa-se intimamente ao princípio do contraditório, com o juiz obrigado a praticá-lo efetivamente e a permitir que o pratiquem as partes”. É somente assim que se pode promover a efetividade dos direitos

³⁰⁰ MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 39-40.

³⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 83, São Paulo: RT, 1996, p. 208-209.

³⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p-213-216.

uma tutela jurisdicional sem efetividade não é, na realidade, tutela alguma [...] o juiz tem poderes-deveres destinados a efetivar a tutela, conclamado a sair do plano dos enunciados e da impassível contemplação da realidade, passando a ser participativo e cômico da responsabilidade de produzir resultados práticos na vida das pessoas e dos seus direitos [...] O art. 125 do CPC determina que, durante os trâmites de realização do processo, o juiz se esmere pela efetividade do princípio do contraditório efetivo e equilibrado, pela celeridade destinada a chegar tão cedo quanto possível a tutela jurisdicional e pela observância das regras inerentes ao devido processo legal. À efetividade do contraditório se chega franqueando às partes plena e eficiente participação, também participando ele próprio (o juiz tem o dever de não se comportar como mero expectador de um duelo – deve dirigir o processo efetivamente, mediante atos de impulso oficial, sanear e depurar possíveis vícios, preparar um julgamento final justo exercendo a iniciativa probatória nos limites do razoável e estabelecer um racional diálogo entre as partes); assegurar às partes igualdade de tratamento consiste em manter um comportamento sem discriminações e, por outro lado, compensar as desigualdades porventura existentes. É, também, reconhecido o direito dos litigantes a um processo realizado em tempo razoável, sendo dever do juiz dar efetividade a isso, exercendo poderes e deveres conforme as regras de legalidade asseguradas pela cláusula do devido processo legal”.

Essas idéias são bem ilustradas por Dinamarco quando examina a extinção do processo sem julgamento de mérito, entendendo que isso sempre deve ser precedido de um debate entre as partes, por ser da essência do contraditório – “nada diz o texto infraconstitucional quanto ao contraditório prévio à extinção processual a ser imposta de ofício, não a tendo pedido o réu. Mas a abrupta e surpreendente decisão de extinguir o processo, sem ser precedida da manifestação do autor, é inconstitucional, porque o princípio do contraditório, em sua feição moderna, inclui a exigência de um diálogo do juiz com as partes nessa situação”.

Comoglio, por sua vez, concebe a garantia do contraditório ao mesmo tempo como garantia estrutural do procedimento, mecanismo específico de formação idônea da prova e, finalmente, forma que legitima a decisão judiciária, afastando a *sentenza a sorpresa* e demonstrando a imparcialidade do juízo³⁰³.

Na condição de sub-produto do contraditório efetivo, a paridade de armas é tida e havida como condição indispensável à existência do processo equo, cujo enunciado, dentre os tantos outros significados possíveis, pressupõe que nenhuma das partes tenha oportunidades mais vantajosas de obter êxito na causa do que o adversário; trata-se, portanto, o princípio do contraditório, a que se chega de modo concreto

pela via da publicidade processual interna, do direito reconhecido às partes de conhecer todas as peças ou observações produzidas e apresentadas ao juiz da causa, de modo tal que possam participar do debate dialético inerente ao processo e influenciar na decisão³⁰⁴.

Não se concebe na atualidade do processo civil, enfim, a privação das exigências de informação e participação efetiva das partes no processo, sob pena delas serem impedidas de influir decisivamente no desfecho da solução reservada para o caso submetido à jurisdição. A publicidade interna é, portanto, típica garantia do processo democrático, indispensável à sua própria existência³⁰⁵, além da sua validade, que serve fundamentalmente, nas palavras de Giuseppe Tarzia³⁰⁶, para que o juiz estabeleça um necessário diálogo com as partes³⁰⁷.

Para a garantia da publicidade no plano interno, assumem relevo as categorias isoladas pela doutrina sob os títulos de publicidade para as partes³⁰⁸, ou publicidade interna³⁰⁹, que se desdobra³¹⁰ em imediata e mediata, a primeira significando a presença e o contato diretos com os atos processuais, e a segunda resultando da sua divulgação pelos meios de comunicação. No processo oral, é comum que se observe a publicidade para as partes, melhor chamada de publicidade interna, na sua modalidade imediata, ao passo que o processo escrito é mais afeito ao tipo mediato. De toda sorte, tanto numa como noutra forma de publicidade interna, cuida-se de evitar que seja mitigada a garantia de pleno acesso à informação concernente ao ato processual de interesse para as partes, de maneira que elas sempre possam

³⁰³ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il Giusto Processo Civile in Itália e in Europa**. Palestra apresentada nas "Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, Fortaleza, 06-10 agost. 2001, p. 22-27.

³⁰⁴ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. E le Garanzie Europee del Processo Civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam. gennaio-marzo 2001, p. 10-12.

³⁰⁵ Fazzalari diz, afinal, que o contraditório é o que basta para que se possa cogitar da existência do processo. (FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**, VIII edizione. Padova: Cedam, 1996, p. 83)

³⁰⁶ TARZIA, Giuseppe. Le Garanzie Generali del Processo nel Progetto di Revisione Costituzionale. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1998, p. 667.

³⁰⁷ Giuseppe Tarzia observa, em relação ao contraditório, ser vedada a sua supressão senão o seu diferimento em casos tais como o *processo ingiuntivo* e nos casos de urgência das medidas cautelares e dos procedimentos possessórios. (Ibidem, p. 665)

³⁰⁸ FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol II, Campinas: Millennium Editora, 1999, p. 123-124

³⁰⁹ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo** : Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73.

³¹⁰ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 50.

reagir do modo que melhor contemple as suas conveniências e interesses, contribuindo para a efetividade da tutela jurisdicional³¹¹.

³¹¹ Ver, a propósito da necessidade de uma nova postura reclamada para os operadores do direito no âmbito do processo civil, PISANI, Andréa Proto. **Giuseppe Borrè e l'Effettività della Tutela Giurisdizionale**. *Questione Giustizia*. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica. Franco Angeli, n. 1, 1998.

5.3 A PUBLICIDADE EXTERNA

No âmbito da publicidade externa, há também a apropriação de categorias ambivalentes pela doutrina de modo a defini-la, muitas das quais sobrepostas e coincidentes. José Frederico Marques a chama de “publicidade geral” e a divide entre os tipos imediato e mediato, conforme estejam os atos do processo “ao alcance do público em geral” ou estejam acessíveis “através de informes ou certidões”³¹². Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci tratam-na pelo nome de publicidade absoluta, e também desdobram-na em imediata e mediata e, além disso, dizem-na ativa quando a generalidade das pessoas involuntariamente conhece determinados atos do processo, e passiva a publicidade quando o público, por iniciativa própria, deles toma conhecimento³¹³.

É certo, porém, que a publicidade externa, seja qual for o seu espectro de atuação, volta-se para interesses que se apresentam além da esfera das pessoas dos litigantes, com o intuito de dotar o processo de uma legitimidade democrática associada à obtenção do consenso popular.

Luhmann, que se dedica à legitimação das funções estatais e da jurisdição pela via do procedimento³¹⁴, defende o isolamento dos interesses processuais sucumbentes no ambiente social como forma de erradicar dos indivíduos a capacidade de gerar problemas, independente do seu acordo ou da sua rejeição, e diz que isso está imanente no conceito de validade das normas³¹⁵. Muito embora esteja claro para ele que o procedimento judicial se funda na técnica de sua limitação aos únicos

³¹² FREDERICO MARQUES, José. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol II, Campinas: Millennium Editora, 1999, p. 123-124.

³¹³ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e Processo: Regrimentos e Garantias Constitucionais do Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73.

³¹⁴ A teoria de Luhmann sustenta-se na legitimidade como capacidade da estrutura jurídica ensejar a generalizada aceitação de suas decisões, sendo de cunho “decisionista” (caráter decisório da legitimidade) peculiar, pois, apesar disso, não admitindo a legitimidade baseada em “valores supremos”, a remete ao procedimento em si, e não às suas partes componentes - no curso do processo é que se dá a legitimidade pois os endereçados das decisões aprendem a aceitá-las antes que elas concretamente ocorram. (FERRAZ JR. Tércio Sampaio, apresentação da obra de LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 3-4)

³¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 102.

interessados (com clara repercussão na noção dogmática de interesse processual), nem por isso defende que a atitude dos não-participantes seja pura e simplesmente irrelevante para a legitimação pelo procedimento.

Verifica-se exatamente o contrário. A legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias. Institucionalização quer, porém, dizer que o consenso sobre determinadas expectativas de comportamento sugere e pode ser utilizado como fundamento da ação. Isso só é possível quando o consenso realmente persiste em grande dimensão, ou quando é simulado através da não-declaração de falta de consenso. Para poder estabilizar essas conjecturas de consenso relativas ao caráter obrigatório da decisão oficial, tem também de se fazer participar no procedimento os não-participantes. Claro que eles não terão acesso ao papel de oradores, mas o procedimento, como drama, também a eles se destina. Têm de chegar à convicção de que tudo se passa naturalmente, de que pelo esforço sério, justo e intenso se investigará a verdade e a justiça e que, eventualmente, com a ajuda destas instituições, também eles recuperarão os seus direitos³¹⁶.

O pensamento de Luhmann não se ocupa das questões da democracia processual, mais estando voltado para a eficácia fática da decisão oficial através do mecanismo de isolamento do indivíduo recalcitrante. Ainda assim importa saber que, para ele, o procedimento público é tanto mais legítimo quanto mais seja divulgada a sua lisura “com base na situação de comunicação”, pois aquele “que se quer revoltar contra uma decisão obrigatória não poderá contar com o apoio dos outros”³¹⁷.

É bem mais confortável para a contemporaneidade a simples defesa da posição de que o princípio da publicidade é imprescindível para a fixação do conceito de processo justo e equo, sendo o único meio capaz de garantir a lisura e a transparência dos atos judiciais e permitir o controle e a fiscalização popular³¹⁸. Ocorre, todavia, que são correntes as vozes que defendem a impossibilidade de aplicação plena do princípio da publicidade no processo civil diante da escandalosa possibilidade de violação de outras garantias que igualmente acometem as pessoas dos litigantes, além do interesse público.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 104.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 104.

³¹⁸ COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002, p. 158.

Cândido Rangel Dinamarco³¹⁹, por exemplo, associa a garantia da publicidade processual à democracia e à necessidade de transparência dos atos realizados pelos órgãos públicos e salienta que, em relação às partes e seus advogados, não pode haver restrição de qualquer espécie quanto à publicidade dos atos processuais por se tratar de apoio operacional à efetividade do contraditório. O acesso aos autos dos feitos que correm em segredo de justiça por parte de advogados que não atuem no processo e de terceiros, sujeita-se às ressalvas do art. 155 do CPC. É amplo o acesso aos autos dos órgãos superiores de jurisdição (imperativo lógico do sistema de múltiplos graus jurisdicionais) e dos órgãos censórios da magistratura e, finalmente, no âmbito da publicidade geral dos atos processuais, a opção do sistema brasileiro é pela garantia do direito à informação, com a possibilidade de fiscalização pública da atividade dos juízes, através da publicidade das audiências, admitindo-se a presença de pessoas estranhas ao processo no recinto, ressalvados os casos de segredo de justiça (art. 444/CPC). O autor, por fim, conclui destacando a necessidade de ser preservada a discricção inerente à atividade jurisdicional contra os males do sensacionalismo, com a proibição de transmissão televisiva ou radiofônica das audiências e sessões de julgamento, e com a restrição ao acesso de estranhos aos autos.

Não difere a posição defendida por Antônio Magalhães Gomes Filho, ao tratar da divulgação dos atos processuais pelos meios de comunicação, dizendo da “necessidade de temperar o interesse geral no interesse público do que se passa no processo com certos direitos das pessoas envolvidas, não menos relevantes para a sociedade e igualmente dignos de proteção”³²⁰

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, de igual modo, lembram o teor do art. 6º da *Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais*, o art. 14, 1, do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* e até mesmo os arts. 128, 1, e 423, 2, respectivamente, do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal italianos, para destacar o acerto da restrição legal à *ampla publicidade dos atos processuais*, tal como se contém no

³¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 235-236.

texto constitucional brasileiro (art. 5º, LX, e 93, IX), dizendo-o compatível com os mais importantes diplomas de Direito Internacional voltados à proteção dos direitos humanos.

Realmente, atento a esse importante aspecto, Habscheid justifica a derrogação da garantia da ampla publicidade, sobrelevando o enorme poder de condicionamento exercido pela imprensa e por outros *mass media*, que, infelizmente, em muitas hipóteses, enseja um verdadeiro *trial by press*.³²¹

Exatamente nessa linha de raciocínio Couture³²² apresenta seus argumentos:

A publicidade é em si mesma uma garantia da função jurisdicional. Mas os instrumentos modernos de difusão de idéias e imagens, têm levado esta garantia a certas situações que, no seu alcance extremo, conspiram contra a obra da jurisdição e constitui um perigo tão grande como o próprio segredo. A televisão de audiência tem provocado em alguns países profundas reações de protesto. Não apenas os juízes são perturbados em suas ações por uma malsinada curiosidade, como também as próprias partes e as testemunhas são submetidas a graves excessos de publicidade que violam o direito à intimidade, à disponibilidade de sua própria pessoa, o chamado “direito de ser deixado em paz”, o direito de que a pessoa seja deixada só. Colocando o problema em termos justos, deve ser dito que o princípio da publicidade constitui em si mesmo uma preciosa garantia do indivíduo a respeito da obra da jurisdição; mas a malsinada publicidade, o escândalo, a indevida vedação daqueles que não podem acudir aos mesmos meios porque a sua própria dignidade os veda, podem não só invalidar essa garantia como também transformá-la num mal maior.³²³

Está visto que a doutrina de processo civil não destoa, ao referendar a restrição, da garantia processual da publicidade naqueles casos previstos e contemplados no texto constitucional, exatamente para que a sua efetivação não cause mal ainda

³²⁰ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A motivação das Decisões Penais**, São Paulo: RT, 2001, p. 50.

³²¹ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 84-85.

³²² COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2002, p. 159.

³²³ Para conferir credibilidade, segue o original - “La publicidad és, en sí misma, una garantía de la función jurisdiccional. Pero los instrumentos modernos de difusión de ideas e imágenes, han llevado esta garantía a términos que, desde el otro extremo, conspiran contra la obra de la jurisdicción y constituyen un peligro tan grande como el secreto mismo. La televisión de audiencias ha provocado en algunos países profundas reacciones de protesta. No sólo los jueces ven perturbada su acción por una malsana curiosidad, sino también las propias partes y los testigos son sometidos a graves excesos de publicidad que violan el derecho a la intimidad, a la disponibilidad de la propia persona, el llamado *the right to be alone*, el derecho a que lo dejen a uno solo y en paz. Colocando el problema en sus justos términos, debe decirse que el principio de publicidad constituye en sí mismo una preciosa garantía del individuo respecto de la obra de la jurisdicción; pero que la malsana publicidad, el escándalo, la indevida vejación de aquellos que no pueden acudir a los mismos medios porque su

maior do que a sua inobservância, nas situações que possam comprometer a dignidade da pessoa humana e quando haja a necessidade de preservação do interesse público. Está bastante claro, ademais, que os ordenamentos do direito comparado contemplam semelhante restrição no que tange à publicidade dos atos do processo, pelos mesmos fundamentos acolhidos na ordem jurídica brasileira³²⁴.

Então, para evitar ofensa à intimidade dos litigantes, é possível que a restrição à publicidade se opere como regra e, portanto, incida indistintamente para todos os casos delimitados na lei (art. 155, II, CPC); diferente há de ser, todavia, o tratamento dedicado à restrição da publicidade por imperativo de interesse público (art. 155, I, CPC), expressão adotada expressamente pelo art. 93, IX, da Carta, e substituída no seu art. 5º, LX, por interesse social. Aqui, com efeito, a restrição da publicidade há de se dar no caso concreto por critério de ponderação de interesses, de tal modo que, nas situações justificadas pela maior expressão de certos outros direitos colidentes, possam estes prevalecer, conforme a sua maior efetividade potencial na tutela de bens fundamentais.

Com o chamado interesse público, por outro lado, ocorre uma dificuldade adicional no campo da possibilidade que se lhe admite para a restrição da garantia da publicidade, a par da inviabilidade de sua adoção como regra – a sua condição de conceito aberto e indeterminado. Essa peculiar característica do vocábulo “interesse público” leva Barbosa Moreira³²⁵ a exigir clara e exaustiva fundamentação para o ato judicial que opte por aplicá-lo ao caso concreto, a fim de que se torne possível “o exame das escolhas valorativas do juiz”, tal como se passa com qualquer outro caso de utilização de “conceitos jurídicos indeterminados, como “bons costumes” e “exercício regular de direito”, pois, somente por intermédio de decisão motivada, é

propia dignidad se los veda, pueden no sólo invalidar esa garantía sino también trasformarla en un mal mayor”.

³²⁴ “Quanto alle ragioni che possono dar fondamento ad eccezioni alla regola della pubblicità, le stesse carte costituzionali fanno riferimento all’interesse ‘della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica’, agli ‘interessi dei minori’ ed alla ‘tutela della vita privata delle parti nel processo’ (art. 6 della Convenzione europea); in sintesi, alla prevalenza di altri valori che pure possono considerarsi costituzionalmente protetti”. (DENTI, Vittorio. **La Giustizia Civile – Lezioni Introdottroria**. Bologne: Il Marlini, 1989, p. 92-93)

³²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. **Revista de Processo**, n. 9. São Paulo: RT, p. 235.

possível “saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha ou se ultrapassou os limites da discricção, caindo no arbítrio”.

De todo modo, ao contrário do que se passa com a publicidade interna, que a regra prima pela sua cabal observância nos atos do processo, sob pena de violação do direito essencial das partes ao contraditório, a publicidade externa é passível de restrição no âmbito dos interesses sociais ou públicos, afetados pela jurisdição e, notadamente, no resguardo da dignidade das pessoas dos litigantes.

Todavia, a dimensão excessivamente plural dos interesses envolvidos nas contendas judiciais e a potencialidade lesiva da curiosidade humana aguçada pela enorme facilidade de acesso aos meios contemporâneos de comunicação, têm potencializado as perplexidades que pendem sobre os limites de atuação dessas possíveis restrições, ensejando incertezas que podem perfeitamente resvalar para a permissividade de revelações comprometedoras da intimidade alheia ou, por outro lado, para a arbitrariedade e para a indevida ocultação das intenções eventualmente escusas do julgador. Muito embora para esses últimos casos exista, em tese, o antídoto que se põe sob a forma da exigência de fundamentação do ato judicial que haja por bem restringir a garantia processual da publicidade externa³²⁶, piores são os reclamos culturais da sociedade contemporânea que, ávida por satisfações materiais e de consumo bem ao gosto da globalização, com exigências cada vez maiores de transparência das instituições do Estado, pouco se dispõe a transigir diante das escusas oficiais que resvalam na mitigação da publicidade processual. A isso somam-se os hábitos da cultura da informática, a agressividade invasiva da mídia de massa, e a consciência intercomunicacional dos instrumentos de legitimação do Poder Público.

Não parece, portanto, que para a delimitação dos contornos operacionais da restrição externa da garantia processual da publicidade, tal como admitida pelo sistema constitucional, seja suficiente a simples referência à necessidade de discricção das solenidades judiciárias ou ao sentimento de repúdio ao desconforto

³²⁶ Chiovenda defende que, mesmo no caso de restrição da publicidade externa, o público sofre restrição de acesso unicamente aos documentos das partes, mas jamais aos provimentos do juiz, que

advindo da interferência de terceiros nos ambientes forenses. Não se perdendo de vista a necessidade de legitimação racional e comunicativa do procedimento pela via da publicidade externa, é necessário que as hipóteses de sua restrição caiam bem no gosto da população, a fim de que sejam assimiladas como situações naturais de preservação de outros interesses sociais de maior envergadura.

Nas palavras de Luhmann,

A publicidade é essencial para permitir uma participação desinteressada do público no procedimento. O decurso do processo tem de ser presenciado pelos não-participantes. Trata-se de facilitar aí o acesso, não tanto quanto à presença atual, mas sim quanto à ida efetiva, quanto à assistência. É decisivo que exista essa possibilidade. Ela fortalece a confiança, ou pelo menos impede a criação daquela desconfiança que se liga a todas as tentativas de guardar segredo. A função do princípio da publicidade do processo jurídico consiste na criação de símbolos, na ampliação do procedimento a um drama que simboliza a decisão correta e justa e para tal não é necessária a presença contínua duma parte maior ou menor da população. Basta um conhecimento geral e indefinido de que tais procedimentos se realizam continuamente e de que qualquer pessoa pode, se necessitar, informar-se com maior exatidão sobre eles³²⁷.

O que mais importa destacar no âmbito de aplicação da garantia processual externa da publicidade é que não há outro meio mais eficaz de se prestar contas ao povo de tudo aquilo que se realiza no processo senão por seu intermédio, permitindo que a atividade censória popular não se dissocie dos procedimentos e das ações judiciais. Esse é o motivo que inspira Nelson Nery Jr.³²⁸, por exemplo, a dizer, de modo confortável, que os preceitos do RISTF (arts. 124, caput, 151 a 153 e 328, VIII) que disciplinavam, ao tempo da vigência da CF/69, a sessão secreta para exame de argüição de relevância de questão federal não foram acolhidos pela nova ordem constitucional. Em outras palavras, há um sentimento intuitivo de resguardo da moralidade, da legalidade, da impessoalidade e de eficiência no trato da coisa pública (art. 37 da Constituição Federal), que muito bem se traduz e se aperfeiçoa pela via da publicidade externa dos atos da administração dos órgãos do Estado, em

são públicos por natureza. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol III. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 105)

³²⁷ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 105.

³²⁸ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 165.

particular no contexto da atividade jurisdicional. O segredo, afinal, não cai bem para as funções estatais, notadamente sob a inspiração dos ideais da democracia³²⁹.

Não é que o acesso popular aos atos processuais, de *per si*, implique uma maior racionalidade da decisão, tanto assim que se obtém por meio da garantia da publicidade uma simples representação da decisão, tida e havida como “função simbólico-expressiva”, suficiente a ensejar a legitimação do processo na perspectiva do auditório externo na medida exata do sentimento de conforto que desperta para a eventualidade dos terceiros se apresentarem na mesma situação dos litigantes – daí porque nunca se apresentou como argumento suficiente contra a publicidade o fato das salas de audiências permanecerem muitas vezes vazias, sem a gravitação de qualquer sensacionalismo, bastando que seja franqueado o acesso³³⁰.

A dificuldade maior com que se depara o sistema jurídico, no mundo contemporâneo, reside no relacionamento do Judiciário com a pressão assaz invasiva da imprensa, embora ela seja vista de forma um tanto benéfica por Luhmann, uma vez que poupa o desgaste das reuniões tumultuadas³³¹.

As reportagens da imprensa, rádio, cinema e televisão podem transmitir a impressão de que se aplica a justiça sob determinadas formas e independentemente dos interesses pessoais e disposição de espírito dos participantes. Através do trabalho de transmissão dos meios de comunicação a função de assistência vê-se livre da necessidade da presença física e por esse meio também se estabiliza e se torna independente dos condicionamentos de motivação individual e de deveres posteriores do papel. Torna-se indiferente, em comparação, se alguém, quando tem tempo e vontade de registrar as informações e as aproveitar – no trem para os subúrbios ou durante o café da manhã, no intervalo do almoço, na televisão antes do programa realmente interessante, ou durante a comunicação murmurante da esposa que está lendo o jornal. Os meios de comunicação poupam uma sintonização concreta dos papéis (de interação) do processo jurídico com a assistência.

³²⁹ Vittorio Denti, ao discorrer sobre a motivação das sentenças mas, em verdade, tratando do princípio externo da publicidade: “Una lettura parzialmente diversa dell’obbligo di motivazione è data da chi pone l’accento sulla sua funzione extraprocessuale, considerandola come mezzo di controllo democratico sull’esercizio del potere giurisdizionale da parte della pubblica opinioni...politicamente, infatti, è fuori di ogni possibile dubbio che in una democrazia il potere giudiziario non possa sottrarsi al controllo popolare, che si esercita attraverso le varie forme di ‘trasparenza’ dei processi ed il connesso diritto di critica sull’operato dei giudici”. (DENTI, Vittorio. **La Giustizia Civile – Lezioni Introdottroria**. Bologne: Il Marlini, 1989, p. 93-94)

³³⁰ “A ausência também constitui uma relação inteligente para a notoriedade do procedimento no caso de persistir a possibilidade de presença”. (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 105)

³³¹ “La publicit  facile sans réunions tumultueuses”, tornando-se com isso uma institui o política permanente, já dizia Guizot”. (Ibidem, p. 105-106)

Em outros termos, é possível que haja publicidade, graças aos meios de comunicação, sem que os terceiros da comunidade tenham de ocupar os recintos forenses, deixando mais à vontade as pessoas diretamente interessadas no processo. Há que se reconhecer, porém, que a massificação do conhecimento dos atos processuais propiciada pela imprensa junto à coletividade difusa dos terceiros populares atrai enormes inconvenientes, que os alemães denominam “delicada via para a publicidade (*üblen trend zur publicity*)”, particularmente pela utilização de “símbolos abstratos que proporcionam pouca segurança quanto às posições concretas e as qualidades de ação de outras pessoas” que, ao final das contas, pode fazer que com os cidadãos dêem “pareceres irracionais e injustos”³³².

É nesse contexto, certamente, que Dinamarco insiste na necessidade de manutenção da descrição dos atos judiciais, no que parece ter inegável razão. Luhmann, contudo, diz que os inconvenientes que resultam para o processo a partir dessas reações das “massas invisíveis” (que travam conhecimento pela mídia com os atos forenses) têm sido injustamente exageradas pelos juristas³³³. Ainda assim admite a verdade do fato de os meios de comunicação costumarem apresentar um quadro seletivo e parcial dos acontecimentos do processo, nem sempre permitindo um juízo objetivo sobre o caso particular e, atraídos pelas leis de mercado, disputarem com os concorrentes de outras fontes de informação índices maiores de audiência, explorando a ressonância pública dos acontecimentos judiciais. Considera que esse quadro, todavia, é fruto de “um destino contínuo e inevitável de civilizações altamente diferenciadas”, e diz que isso não impede que a publicidade angarie para o processo, no fim das contas, “a convicção, proporcionada simbolicamente, de que a justiça se realiza”³³⁴. Daí porque Luhmann recomenda que os tribunais encarem com seriedade as grandes possibilidades de atuação dos meios de comunicação no âmbito da ressonância pública dos procedimentos judiciais, dando à publicidade o destaque que ela merece.

³³² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 106.

³³³ Nessa afirmação Luhmann sugere que Habermas esteja inserido dentre aqueles que dedicam críticas aos excessos dos meios de comunicação no esforço de darem publicidade ao processo. (Ibidem, p. 106)

³³⁴ Ibidem, 106.

O próprio Luhmann acaba por reconhecer, porém, na mesma linha do pensamento uniforme adotado pela doutrina que se dedica à dogmática do processo civil, que algumas interferências dos meios de transmissão de notícias bem podem comprometer seriamente a dignidade, a isenção ou a funcionalidade do procedimento. Em primeiro lugar porque existem os inconvenientes físicos relacionados à montagem e ao manejo dos equipamentos da imprensa no ambiente forense, atraindo de tal forma a atenção dos presentes que, além de ofuscar os episódios principais da atividade judiciária, acabam por causar perturbação de tamanha ordem que fazem com que o evento descaiba para o sacrilégio. Depois, porque é patente a possibilidade de que a reportagem atual enseje a antecipação de resultados ainda na pendência do procedimento, comprometendo a imparcialidade do julgador e a suspensão das expectativas das partes, imprescindíveis à efetividade da cláusula do devido processo legal, além do contraditório. E, ainda, porque há o risco concreto da imprensa, no afã de angariar as atenções do seu público, dedicar críticas levianas aos interesses das partes, à conduta do juiz e à pertinência da sentença, desfigurando a essência do procedimento no seu escopo de decomposição e isolamento dos problemas do conflito para, apenas ao final do rito, ditar-lhe a solução concreta³³⁵.

Tomando por base essas contingências indesejáveis e a possibilidade de as partes padecerem diante da ostensiva violação da sua intimidade, nas inúmeras situações que inspiram certa dose de desconforto em razão dos interesses disputados³³⁶, Luhmann admite que seja afastada a publicidade dos atos judiciais por meio da imprensa, sugerindo até mesmo a possibilidade de restrição da publicidade externa³³⁷.

Sem que caibam generalizações no tratamento que se deve dedicar à publicidade externa quando estiver em jogo o interesse público ou social, é apenas no caso concreto que serão reveladas as razões eventuais de se mostrar aconselhável a sua restrição, em maior ou menor grau. Não obstante seja impossível a sistematização

³³⁵ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 107-108.

³³⁶ “Ter-se-á de julgar doutra forma se os próprios participantes diretos no processo se sentirem irritados pela possibilidade dum resumo responsável por cortes e, por isso, deturpado da sua exposição – por exemplo, só os pontos altos, com lágrimas”. (Ibidem, p. 106)

dos casos que justificam a excepcional supressão da garantia processual da publicidade no plano extraprocessual, é possível perfeitamente associá-los, grosso modo, à necessidade de resguardo da eficácia operacional do procedimento, em cujo contexto se inserem as situações de ameaça à imparcialidade do julgador e de deturpação dos institutos processuais relacionados à postulação, à defesa, à instrução probatória e à decisão da causa. Sempre que, enfim, for possível identificar a ameaça de realização, pelo processo, dos papéis instrumentais que lhe tocam no plano da resolução do conflito, especialmente à luz do devido processo legal e do contraditório, será cabível a restrição do princípio da publicidade externa.

A par disso, idêntico há de ser o desfecho relacionado à mitigação da garantia externa da publicidade processual quando exista o risco efetivo de violação da dignidade dos litigantes, quer por conta da lesão que possa acometer a intimidade humana em razão da natureza um tanto melindrosa dos direitos disputados no feito - quando então há de ter lugar a ponderação de bens para elidir a publicidade -, quer naquelas causas em que o legislador, antecipando-se ao juiz, já houve por bem determinar o segredo (art. 155, II, CPC).

No que diz respeito a todo o resto, é imperativo que seja observada a garantia processual da publicidade no duplo plano (interno e externo), de modo a assegurar a transparência dos atos judiciais e viabilizar a legitimação do processo. Admitida a restrição no âmbito da recomendação prevista na própria cláusula assecuratória da garantia (arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal), deve ser ela vista e percebida como exceção absurda à regra geral do processo democrático, que cuida da publicidade extraprocessual na mesma medida de intensidade e de importância da publicidade endoprocessual, somente sendo justificada a sua mitigação em situações-limite nas quais algum interesse fundamental de maior envergadura se mostre merecedor da proteção da ordem jurídica. Nessa ótica excepcional em que se apresenta a restrição admitida para a publicidade externa, e apenas nesse estreito contexto, é que não cabe falar em perda substancial do sentido democrático do processo, uma vez que se estará a cuidar exatamente da preservação de algum direito que no caso concreto reclame maior cuidado e atenção do sistema.

³³⁷ Ibidem, p. 107.

6 SANÇÃO PROCESSUAL PELO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL

Não teria o menor sentido científico a concepção de uma teoria inteiramente baseada na exigência de publicidade dos atos e dos julgamentos judiciais sem que o sistema jurídico contemplasse uma consequência concreta, no plano da sanção de nulidade, para as hipóteses de descumprimento do preceito fundamental.

Considere-se a possibilidade de determinado feito judicial correr em segredo e, portanto, sem a explicitação concreta da garantia da publicidade processual externa, em situação totalmente alheia à casuística de exceção tipificada nos preceitos normativos de regência – uma ação de despejo, por exemplo, que, além de não se inserir no rol do art. 155, I, do CPC, não envolvendo, por conseguinte, interesse público, deixasse de contemplar mazelas capazes de pôr em risco a intimidade dos litigantes.

Imagine-se, agora, uma segunda situação ainda mais curiosa: que no mesmo caso supra aludido as partes, *sponte propria*, tenham combinado a tramitação do feito em segredo de justiça, sem oposição do juiz a quem houvessem dado ciência do arranjo.

Um terceiro e último caso: numa demanda envolvendo reparação civil por acidente de veículo, o juiz da causa haja determinado a tramitação do feito em segredo de justiça, pelo fato puro e simples de se tratar uma das partes de juiz de direito titular de comarca diversa do lugar do fato³³⁸.

Quais seriam as consequências advindas da violação da garantia processual da publicidade externa em cada um dos problemas assinalados?

De início importa notar que não se cogitou, intencionalmente, em qualquer das situações hipotéticas concebidas, da violação ao contraditório ou, em outras palavras, de lesão à garantia processual interna da publicidade. Afinal de contas,

³³⁸ Tal exemplo me foi relatado em tom coloquial pelo eminente professor José Rogério Cruz e Tucci, a quem peço licença para utilizá-lo, ilustrando este trabalho.

caso se chegasse a tanto, a nulidade haveria de se operar indubitosa já sob a perspectiva dos interesses pontuais das partes litigantes, que se veriam impedidas de participar ativamente da relação processual, deixando por conta disso de influenciar no desfecho decisório. É prudente observar, a esse propósito, que os preceitos constitucionais que disciplinam a garantia da publicidade não admitem a sua restrição para as partes ou para seus advogados, exceto em relação àquelas quando a lei expressamente as ressalva, em situações de grande excepcionalidade, tanto assim que não se identifica um só caso no processo civil brasileiro de restrição dessa garantia às partes³³⁹, enquanto no processo penal consta unicamente a hipótese do art. 217 do Código de Processo Penal, relativamente à testemunha que se sinta inibida durante a inquirição pela presença do réu – na Itália, segundo Chiovenda³⁴⁰, a única previsão legal diz respeito aos processos de interdição.

Tomando-se em consideração, por outro lado, que a garantia externa da publicidade se presta a produzir efeitos no plano metaprocessual, naturalmente a desconformidade do procedimento com as regras pré-estabelecidas do sistema (violação do devido processo legal) opera impacto de maior monta no ambiente social (auditório universal) do que junto aos interesses das partes e do processo isoladamente considerados. Essa constatação advém do fato de que a garantia da publicidade, ao contrário das demais garantias que se voltam para o processo com o fito de regulá-lo, tornando-o justo e democrático, embora a tanto também se preste, repercute igualmente no plano externo da relação processual, na tentativa de conformá-lo às exigências populares de sua legitimação.

Descumprida a exigência da publicidade externa, sem prejuízo ao contraditório assegurado às partes, então, pode parecer que a nulidade não se mostre de todo relevante, particularmente face aos imperativos do sistema da instrumentalidade das

³³⁹ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, examinando a possibilidade de restrição da publicidade interna às partes, dizem que “A primeira das disposições constitucionais em exame, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, não apenas reservou a publicidade às partes e aos seus respectivos advogados, mas *tão-somente a estes*. Assim, em hipóteses que provavelmente deverão ser traçadas pela legislação infraconstitucional, a *publicidade* poderá sofrer ainda maior restrição”. (TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 86)

³⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 105.

formas³⁴¹. Ledo engano pois, ainda assim, grave será a lesão à ordem pública do processo que, não sendo um fim em si mesmo, não pode ser justificado a partir unicamente dos seus elementos intrínsecos³⁴². Ao contrário, a finalidade da forma pública interna e externa do processo foi concebida pelo texto constitucional com o claro propósito de permitir a controlabilidade e a legitimação das atividades judiciárias, não havendo interesse ou conveniência oportuna das partes que possa sobrepor-se à exigência de que os atos processuais sejam essencialmente democráticos.

A cláusula assecuratória da garantia da publicidade, afinal, sem fazer qualquer distinção entre as suas categorias interna e externa, decreta peremptoriamente a nulidade do processo que deixa de observá-la. Nesse ponto, cabe a interessante ressalva do texto constitucional haver ultrapassado a simples enunciação programática da garantia e, ao contrário do que lhe é de costume, diante da relevância do bem jurídico tutelado, ter cumprido a missão habitualmente relegada ao ordenamento infraconstitucional, desde logo consagrando a sanção de nulidade para o descumprimento do preceito fundamental – art. 93, IX, Constituição Federal.

Não há dúvida, portanto, de que se opera às inteiras a nulidade absoluta do processo, na hipótese de ser eventualmente inobservada a garantia processual externa da publicidade, fora das balizas dos casos excepcionados pelo texto constitucional. Outro não é o magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho³⁴³, ao afirmarem que “o sigilo conferido a uma audiência, fora dos casos previstos em lei, levará à nulidade do ato, nos termos do art. 93, IX, e 5º, LX, da CF”. Em outras palavras, conforme já foi dito, a nulidade está expressamente cominada no próprio preceito constitucional.

³⁴¹ Conforme Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, esse sistema se traduz na possibilidade de se dar “mais valor à finalidade pela qual a forma foi instituída e ao prejuízo causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **As Nulidades no Processo Penal**, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 21)

³⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 60, p. 38.

³⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 21.

A dificuldade com que se pode deparar nesse contexto reside menos no efeito da sanção de nulidade absoluta cominada para o descumprimento do preceito fundamental do que no aspecto operacional da sua declaração e do seu reconhecimento endoprocessuais³⁴⁴. É que, realmente, ao contrário da lesão experimentada no campo da publicidade interna, que aflora ostensiva e direta em desfavor das partes processuais que, portanto, apressam-se em denunciá-la³⁴⁵, a violação da publicidade externa afeta mais a seara abstrata das expectativas dos terceiros não-participantes do processo do que as pessoas que integram a lide. Isso naturalmente repercute na maneira pela qual se pode remeter ao exame da instância decisória competente a questão relativa à nulidade processual.

De fato, se as partes, eventualmente, se conformam com a violação da expressão externa do princípio processual da publicidade, por suspeitarem não ser o caso de lesão à garantia do contraditório (publicidade interna), torna-se penoso imaginar um mecanismo qualquer capaz de trazer à lume a questão da nulidade do processo.

Esse problema é ainda mais angustiante à medida em que as nulidades processuais não se operam automaticamente, sendo antes necessário que uma decisão judicial o declare³⁴⁶, disso resultando a consumação dos efeitos do ato nulo enquanto não

³⁴⁴ A respeito da sanção de nulidade absoluta prevista para a violação da garantia externa da publicidade, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho lecionam: “Sendo a norma constitucional-processual norma de garantia, estabelecida no interesse público, o ato processual inconstitucional, quando não juridicamente inexistente, será sempre absolutamente nulo, devendo a nulidade ser decretada de ofício, independentemente de provocação da parte interessada. É que as garantias constitucionais-processuais, mesmo quando aparentemente postas em benefício da parte, visam em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal. Resulta daí que o ato processual, praticado em infringência à norma ou ao princípio constitucional de garantia, poderá ser juridicamente inexistente ou absolutamente nulo; não há espaço, nesse campo, para atos irregulares sem sanção, nem para nulidades relativas”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **As Nulidades no Processo Penal**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 25-26)

³⁴⁵ Teresa Arruda Alvim cita acórdão que bem ilustra a intuitiva tendência das partes se apressarem na busca ao reconhecimento da nulidade em caso de violação do princípio interno da publicidade: “Cerceia o direito de defesa do litigante, bem como ofende o princípio da publicidade, a sentença proferida sem que tenha sido publicada a pauta de julgamento, devendo a parte prejudicada argüir a nulidade daquela decisão, argüição esta possível mesmo em sede de Recurso Especial, independentemente do requisito do pré-questionamento” (STJ – Resp. 14.696 – 3ª T., rel Min. Waldemar Zveiter – j. 25/11/91 – v.u. – RSTJ, a .4, (39): 339-615, nov. 1992). (ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 147-148)

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antônio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **As Nulidades no Processo Penal**, 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 22.

haja o reconhecimento formal dessa irregularidade³⁴⁷. Passando despercebida para o juiz a lesão à garantia externa da publicidade do processo, e não o denunciando as partes, é certo que o vício, de *per si*, não será capaz de impedir a eficácia do processo³⁴⁸. Isso é fato. Mas acaso não é isso o que se passa com toda e qualquer hipótese de nulidade processual absoluta³⁴⁹? É claro que sim e tanto o é que Teresa Arruda Alvim fala, de modo categórico, que todos os vícios e as nulidades do processo são convalidáveis³⁵⁰, produzindo efeitos na pendência da declaração judicial expressa de reconhecimento do vício; é de maior gravidade ainda a constatação de que, ultrapassado o biênio de propositura da ação rescisória, a sentença mesmo nula se torna intocável, pondo-se a salvo de qualquer meio que possibilite a sua desconstituição³⁵¹. Desse modo, mesmo que se desconsidere a importância dos atos inexistentes e meramente irregulares no âmbito da teoria das nulidades, aqueles porque sequer adentram no mundo jurídico e, assim, nunca convalidam, e estes porque se tratam de vícios de mínima gravidade, não se duvida da possibilidade de os atos absolutamente nulos serem convalidados, ou

³⁴⁷ “Uma das características da sanção de nulidade processual é exatamente depender o seu reconhecimento de um pronunciamento judicial. Assim, ao contrário do que sucede no direito privado, em que o ato nulo já é, em princípio, ineficaz, em direito processual o *estado de ineficácia é subsequente ao pronunciamento judicial* que reconhece a irregularidade do ato”. (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 203).

³⁴⁸ Sem que se pretenda esgotar o tema que, claramente, foge ao escopo do presente trabalho, é necessário reconhecer que não podem ser confundidos os planos da existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos. Conforme Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, uma vez existente o ato processual, cumpre investigar se ele é válido, ou seja, saber se foram satisfeitos os requisitos legais para ele previstos; sendo enfim existente e válido o ato, nem por isso será ele eficaz, produzindo os efeitos que lhe deveriam ser próprios. São, portanto, distintas as três fases pelas quais atravessa o fato jurídico, o que explica a razão do ato processual eventualmente se mostrar existente e eficaz e, não obstante, ser inválido, tal como se passa com as hipóteses de nulidade absoluta. (MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. **Teoria da Inexistência no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 27-28)

³⁴⁹ Ricardo Perlingeiro transcreve em sua obra a doutrina de Calmon de Passos, segundo a qual “só os atos inexistentes (por muitos denominados absolutamente nulos, ou feridos de nulidades *ipso juri*) são ineficazes intrinsecamente, porque intrinsecamente impotentes para a produção de qualquer efeito processual. Todos os atos processuais, entretanto (o ato inexistente é um não-ato processual, v.g., a sentença proferida pelo oficial de justiça), são eficazes, e a eficácia própria deles somente pode ser retirada com a aplicação, pelo juiz, da sanção de nulidade. O ato não é nulo por sua imperfeição constitutiva, por sua atipicidade (muitos são, no processo, os atos atípicos e eficazes), sim pela ineficácia derivada do pronunciamento judicial, impondo a sanção da lei, em face da relevância da atipicidade”. (Ibidem, p. 49)

³⁵⁰ ARRUDA ALVIM, Teresa. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 120.

³⁵¹ Teresa Arruda Alvim, fazendo menção a Cândido Dinamarco, diz que “o ponto extremo a que se poderá estender ainda a possibilidade de impugnação da nulidade das sentenças de mérito será o término do biênio da ação rescisória. Após o escoamento deste prazo, os efeitos da sentença produzir-se-ão normalmente e esta será intocável”. (Ibidem, p. 229)

com a coisa julgada, ou com o decurso do prazo para o ajuizamento da ação rescisória³⁵².

A diferença angustiante em demérito da garantia externa da publicidade ainda reside no mesmo aspecto apontado nas linhas anteriores: o fato dessa violação afetar mais os interesses do auditório universal (e da democracia) do que as conveniências oportunas das partes. Mas, afinal, havendo atentado frontal à garantia processual da publicidade no plano estritamente extraprocessual, quem garante que o mal perdedor haverá de se conformar com a sucumbência e deixará de se utilizar desse notório vício para invalidar o processo? E o Ministério Público, que venha a officiar no feito, ainda que em grau de recurso, acaso não assume o papel de fiscal da lei? E o que dizer dos eventuais terceiros intervenientes? Há um certo tom de pessimismo, além de notável deturpação da realidade das coisas, na imagem corrente que se formula a respeito da dificuldade na manipulação do vício no ambiente interno do processo quando se cuida de atentado à publicidade externa.

Afinal, que diferença é possível apontar entre uma sentença extraída de um processo secreto e uma sentença imotivada? Acaso ambas não seriam igualmente nulas, já na forma da previsão contida no texto normativo fundamental (art. 93, IX, Constituição Federal)? O que aconteceria se a parte sucumbente se conformasse diante de uma decisão carente de fundamentação? Não padeceria igualmente dos efeitos do ato enquanto não houvesse o reconhecimento do vício? E o que dizer da violação do direito da parte ao contraditório que não contasse com a pronta irresignação do prejudicado? Não haveria igual prejuízo para a ordem democrática do processo, além da lesão ao direito da parte, eventualmente convalidando-se a irregularidade no curso do tempo?

José Roberto dos Santos Bedaque, depois de lembrar que a jurisdição nada mais é do que a exteriorização de parcela do poder estatal, que se dá segundo um procedimento previamente estabelecido em lei, realizado em contraditório, diz da necessidade do processo se ater à observância das regras procedimentais, sob

³⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n.60, p. 32.

pena de ser deslegitimado e dar ensejo às nulidades³⁵³. Na sua visão, porém, “as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas” e “somente a atipicidade relevante produz a nulidade do ato”³⁵⁴.

De volta à instrumentalidade das formas, por imperativo de praticidade processual, convém investigar até que ponto é possível desmistificar a aplicação desse princípio para evitar que se convalide o ato nulo decorrente da inobservância da garantia da publicidade externa. De acordo com a doutrina de José Roberto dos Santos Bedaque, “em qualquer hipótese, somente a ocorrência de prejuízo determina a decretação de invalidade do ato; e o prejuízo deve ser avaliado em função do escopo deste. *Prejuízo e escopo*, duas noções essenciais à compreensão do problema das nulidades”³⁵⁵.

Sem que sejam refutadas as premissas supra transcritas, desde logo validadas, são elas próprias que se encarregam da elucidação do problema: muito embora se sustente que a instrumentalidade das formas não pode ser descartada *a priori* pelo simples fato de ser cominada a nulidade absoluta para o vício, ao mesmo tempo se reconhece nulo o ato que, em razão da sua desconformidade, não atinge o seu objetivo³⁵⁶.

Pois bem. Sabendo-se que o princípio da publicidade, notadamente na sua dimensão externa, presta-se à legitimação do processo por técnica de revelação transparente das atividades imparciais do Estado no exercício da jurisdição, jamais se poderá ter por atingido o seu escopo em caso de mácula que decorra da carência

³⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n.60, p. 33-34. O eminente jurista distingue o tratamento dedicado pelo direito material e pelo direito processual aos comportamentos dos agentes: “Enquanto o direito material reproduz abstratamente algumas situações verificadas na vida real, emprestando a elas conseqüências e transformando-as em acontecimentos juridicamente relevantes, o processual opera de forma diferente: ele predetermina uma forma de conduta. Todos os que desejarem se valer desse direito instrumental [...] devem atuar segundo os padrões impostos pelo legislador. Enquanto o direito material é resultado da seleção de comportamentos preexistentes, o processual é uma predeterminação de comportamentos.” E conclui explicando a razão pela qual se interessa o direito processual pela instrumentalidade das formas, já que “muito mais do que a necessidade de subsunção do ato à norma, preocupa-se com os resultados visados por esse ato, que lhe são exteriores” (Ibidem, p. 35).

³⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n.60, p. 31-32 e 36.

³⁵⁵ Ibidem, p. 36.

³⁵⁶ Ibidem, p. 36-37.

de publicidade. É exatamente por meio dessa garantia processual que se realiza a instrumentalidade do processo (sua feição ontológica) numa perspectiva legitimadora difusa e popular, sem que se possa ignorar que o prejuízo se manifesta inequívoco no caso de sua violação pela perda da legitimidade que se deseja implícita ao procedimento. Impossível se revela, portanto, a convalidação da nulidade advinda da quebra da publicidade, interna ou externa, pela aplicação, de todo modo incabível, da máxima da instrumentalidade das formas. Não se olvide, afinal, que o preceito fundamental o qual garante a publicidade processual não leva em conta os interesses ou as conveniências das partes, antes tutelando direito objetivo e incondicionado, que gravita na órbita da essência democrática da jurisdição.

A propósito das inúmeras situações da vida que acabam por desautorizar certas garantias universais consagradas para o processo civil, é deveras salutar a advertência que Giuseppe Tarzia³⁵⁷ faz, ao comentar o descumprimento sistemático, observado na Itália, à exigência de duração razoável do tempo do processo. Não obstante aquele país esteja obrigado a respeitar a dita garantia processual por intermédio do art. 111 da sua Constituição³⁵⁸, promulgada em novembro de 1999 para adequar-se ao art. 6.1 Convenção Européia, da qual é signatário, o processo civil italiano ainda está muito longe de alcançar o tempo ideal de tramitação dos feitos judiciais. Assim, o referido jurista exige dos

legisladores e do governo uma coerente distribuição dos recursos humanos (magistrados, outros componentes do ofício judiciário, auxiliares), de instrumentos e outros meios capazes de propiciar um melhor funcionamento da justiça e, além disso, um adequado aparato sancionatório para aqueles que culposamente insistem em violar o dever de tempestividade da tutela jurisdicional.

As referências da lavra de Giuseppe Tarzia e os reclamos que faz às providências concretas que possam conspirar em favor da efetividade do processo que se pretenda justo e equo, bem se ajustam ao princípio processual da publicidade, tanto na sua dimensão interna quanto externa, de modo a torná-la concreta e efetiva,

³⁵⁷ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le Garanzie Europee del Processo Civile. **Rivista de Diritto Processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo 2001, p. 22.

³⁵⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'unione europea**. Roma: Il Foro Italiano, 1994, p. 84.

evitando que se transforme num mero enunciado teórico ou programático, desprovido de qualquer sentido prático, risco que, enfim e de todo modo, acomete a generalidade dos enunciados constitucionais de mesma feição garantística.

Daí é que, a par da revisão das leis infraconstitucionais as quais se revelam incompatíveis com o texto fundamental, e da reestruturação do aparato judiciário com vista à melhoria da capacidade operacional da garantia processual da publicidade, cumpre ao juiz da causa que se depare com a violação do preceito fundamental, pronunciar de ofício a nulidade absoluta, independentemente de provocação da parte interessada, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. Sendo o caso de vício da maior gravidade possível dentre aqueles previstos para o processo (nulidade absoluta), tal como se passa com a violação da publicidade externa, de afetação e de prejudicialidade evidentes, dispensa-se a demonstração de dano para a parte, com o rechaço da utilização da técnica da instrumentalidade das formas, cumprindo que seja invalidada a atividade processual atentatória à garantia constitucional, tão logo se dê a sua constatação³⁵⁹.

O Brasil ainda amadurece os seus institutos democráticos e tem um longo caminho a percorrer para que também o processo civil assuma uma feição totalmente compatível com os ideais do Estado de Direito. No plano das intenções confirmatórias dessa vocação nacional, inserem-se a intransigente defesa popular da ordem pública e a fiscalização da lisura dos atos entregues às mãos dos administradores do Estado. Decerto que as atividades censórias do Poder Judiciário e o próprio arcabouço normativo infraconstitucional serão aprimorados para evitar, por exemplo, que ainda se mantenha de pé a regra do art. 27, parágrafo 2º, da LOMAN (LC nº 35/79), que prevê julgamento secreto no procedimento de decretação de perda de cargo para os juízes³⁶⁰, ou que preceitos de Regimentos

³⁵⁹ Antônio Magalhães Gomes Filho fala que nesse caso “o prejuízo fica indubitavelmente revelado pela frustração de todos aqueles objetivos políticos e processuais que determinam a exigência constitucional”. (MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **A Motivação das Decisões Penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 203)

³⁶⁰ Matéria publicada no Jornal O Globo de 18 de junho de 2004, pág. 09, dá bem a dimensão do interesse da mídia na redefinição teórica e prática do conceito da publicidade aos olhos do povo. A manchete estampa: “STJ tentará agilizar investigação sobre juízes – Presidente do tribunal diz que pretende dar mais visibilidade às ações e acabar com a idéia de jeitinho no Judiciário”. Não obstante o sensacionalismo típico das abordagens do gênero, que primam pela política de linchamento público do acusado antes da definição da culpa, certo é que se nota o nítido incremento do interesse público em investigações que até então escondiam-se sob o manto oculto dos procedimentos sigilosos,

Internos de Tribunais continuem a consagrar o fechamento das portas nas suas sessões administrativas. Essas práticas, fundadas em disposições legais ultrapassadas, claramente se chocam com o princípio da publicidade e, assim, padecem de manifesta inconstitucionalidade³⁶¹. Não existe, afinal, a menor possibilidade de o ordenamento jurídico transigir diante de qualquer ofensa à garantia processual da publicidade, nas suas modalidades tanto interna quanto externa. A prova disso se contém na preciosa remissão feita por Vittorio Denti à decisão da Corte Européia no caso *Albert e Le Compte*, em que ficou assentada a posição de que o direito à publicidade é uma garantia individual inerente ao fundamento democrático do Poder Judiciário e essencial à lisura do processo, tratando, portanto, de um requisito que *interest rei publicae* e que, como tal, não pode constituir objeto de renúncia das partes³⁶².

Desse modo, enfim, em resposta às indagações contidas nas situações hipotéticas cogitadas nas primeiras linhas do último item deste capítulo, está claro que serão sempre eivados do vício de nulidade absoluta os processos que possam contemplar a violação da garantia processual da publicidade externa, a exemplo do que se passa no âmbito da lesão à publicidade interna, fora das restrições estreitas admitidas nos preceitos constitucionais assecuratórios da indigitada garantia (arts. 5º, LX, e 93, IX, Constituição Federal), sob pena de se tornar inviável a desejada transparência dos atos judiciais, com o grave comprometimento da soberania popular e dos ideais da democracia processual.

Em razão de tudo o que foi anteriormente ponderado, demonstra ser bastante nítida, enfim, a impossibilidade de se relevar a nulidade absoluta que advenha da violação

verdadeira cortina de fumaça, particularmente no âmbito da responsabilidade de magistrados advindas de conduta ilícita. Na referida matéria jornalística salta aos olhos a transcendência do interesse dedicado ao assunto, no que tange à investigação de certos juizes federais de segunda instância do TRF da 2ª Região, acusados de atos irregulares que estariam ligados a suposto locupletamento ilícito, ou prevaricação. Na entrevista feita com o Presidente da Corte Superior, ele próprio se declara a favor de “dar mais visibilidade ao andamento desses processos”, com o intuito de demonstrar transparência e publicidade dessas ações. Segundo a matéria de jornal, deram apoio ao Tribunal, por intermédio dos seus respectivos presidentes, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Juizes Federais Brasileiros (AJUFE) e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

³⁶¹ Que interesse público ou social há de legitimar julgamentos secretos de juizes acusados de condutas incompatíveis com a função? Onde, ademais, estaria a ameaça à privacidade dos acusados, ou em que eles se distinguiriam de todo o resto dos mortais em situação análoga?

³⁶² DENTI, Vittorio. **La Giustizia Civile**: Lezioni Introdutória. Bologne: Il Marlins, 1989, p. 92.

à garantia processual da publicidade externa, em vista do caráter objetivo do interesse tutelado. É forçoso, porém, insistir no reconhecimento de que, para os terceiros estranhos às partes, é enorme a dificuldade de alegação do vício que, por motivos inerentes à sua própria natureza, se revela invisível no campo externo do processo, pondo-se fora das possibilidades difusas de conhecimento. Caso, todavia, a tanto se chegue, ou seja, se da nulidade for possível dar conhecimento geral, não há como negar a legitimidade dessa alegação.

Sabe-se, porém, que o papel reservado aos terceiros é de meros espectadores do espetáculo, sem a possibilidade de intervenção fora dos casos expressamente admitidos em lei e, para os quais, há sempre um fundamento de direito material a justificá-lo. Desinteressados juridicamente que são os terceiros, membros da comunidade eventualmente afetada pela quebra da publicidade do processo, muito embora não o sejam no plano do interesse social, de regra a sua intervenção no processo é desautorizada, particularmente para efeito de participação e de interferência no resultado concreto da tutela jurisdicional almejada³⁶³. Em caso de violação à garantia processual da publicidade externa, todavia, considerando que o interesse dos terceiros há de se limitar à mera denúncia do defeito processual, para que sejam adotadas as medidas corretivas de praxe, é imperativo que se admita a dita iniciativa.

A dificuldade volta então a residir, insistentemente, no modo de provocação intra-autos do vício de nulidade, até mesmo diante da raridade fática desse acontecimento hipotético. Seria viável que o terceiro endereçasse petição à autoridade judiciária, clamando pela sanção do defeito? Ou que formulasse representação ao Ministério Público exigindo providências? Parece que ambas as iniciativas se afeiçoam ao escopo constitucional da publicidade externa, valendo lembrar que, no direito comparado, admite-se a provocação do Conselho Constitucional francês ao controle de constitucionalidade do processo de elaboração

³⁶³ Luhmann lembra que as noções processuais de interesse e legitimidade para a causa operam a inacessibilidade ao processo daqueles que não atendem certas exigências jurídicas, sem que os não-participantes, porém, deixem de ter destacada importância para a legitimação pelo procedimento, tanto que se reserva à publicidade externa o papel de angariar o consenso popular no reconhecimento da obrigatoriedade das decisões judiciais. (LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 103-104)

das leis por simples *carta-ofício*, dispensando os requisitos formais de uma petição inicial e, até mesmo, a representação por advogado³⁶⁴.

De todo modo, carecendo o terceiro juridicamente desinteressado do direito de participar da relação processual, muito embora protagonize o interesse difuso ao processo democrático, é necessário que em favor de alguém seja franqueado o acesso ao processo, para que dele possa tomar parte. Demonstra ser invidiosa, nesse contexto, a legitimidade do Ministério Público, na condição de titular da defesa dos direitos indisponíveis da sociedade, em cujo contexto se insere a garantia processual da publicidade externa, intervir no processo para suscitar o vício, mediante provocação ou de ofício, valendo-se até mesmo de ação rescisória, se for o caso. Desse raciocínio resulta que, mesmo no caso de se conformarem as partes diante da causa de nulidade processual por violação à garantia da publicidade externa, nem por isso se admitirá o desprestígio à ordem constitucional. A exigência que se contém no direito fundamental que consagra a transparência pública do processo, e dos seus atos, é colocada ao abrigo de ações corretivas de iniciativa do Ministério Público, ao gosto dos remédios processuais típicos (manifestações e intervenção incidentais, representações, recursos, ações), todas tendentes ao reconhecimento judicial do vício que resulte do eventual descumprimento da garantia da publicidade, tanto interna quanto externa. Ao Ministério Público cumpre, afinal, defender a ordem jurídica e o regime democrático, e o interesse público, conforme previsão dos arts. 1º e 2º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Eventual perplexidade que surja da construção dessa idéia, pela impressão de que se estaria a dilatar indevidamente o papel institucional do Ministério Público, poderá ser decerto desfeita diante da textualidade do art. 2º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, retro aludida, que define a incumbência do órgão adotar “as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados pela Constituição Federal”.

³⁶⁴ Joaquim B. Barbosa Gomes adverte que a jurisdição constitucional francesa é da responsabilidade de um tribunal político - o Conselho Constitucional - que não apresenta as características dos órgãos judiciários, explicando a razão pela qual não há forte apego às formalidades processuais, bastando em relação às *cartas-ofício*, mediante as quais se provoca a atividade da Corte, que contenham sessenta assinaturas, ou que sejam sessenta cartas individualizadas. (GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Quebra de mais um Tabu no Mundo Jurídico: Implantação e Evolução da Jurisdição Constitucional

Diferente objeção poderia ser oposta à alegação do vício, agora dizendo respeito à parte vencida que não tenha sofrido qualquer dano processual direto e queira mesmo assim suscitá-lo, valendo-se da violação à garantia da publicidade externa: deve ainda aqui ser negada a possibilidade do vício ser relevado. Nesse caso não pode ter assento a tese da supremacia da instrumentalidade do processo e, tampouco, deve-se descambar para o confortável repúdio ao caráter protelatório da providência eventualmente suscitada pela parte vencida.

Não se trata de criar mais uma fonte de nulidades processuais ou de transformar o processo numa panacéia de inesgotáveis males; cuida-se, ao contrário, da tentativa de despertar a comunidade jurídica para a relevância do bem que a garantia externa da publicidade busca tutelar, cujo escopo não se contém na visão tradicional do processo civil que, de feição individualista e arraigada de utilitarismo, ocupa-se unicamente dos interesses das partes. Inserida a jurisdição no contexto amplo da democracia do Estado, seus institutos passam a reclamar justificação tanto nas idéias clássicas associadas à efetiva resolutividade do conflito como, sobretudo, na necessidade de transparência e lisura das atividades realizadas pela administração da justiça.

Que se faça, novamente, uma analogia entre a lesão à publicidade externa, de um lado, e a violação ao contraditório ou a falta de motivação das sentenças judiciais, de outro: acaso ao vencedor interessa denunciar tais vícios? E o que justifica que o vencido possa fazê-lo, ao contrário do vencedor, senão o fato de lhe ter sido afetado direito fundamental ao processo democrático e justo, além do prejuízo que suporta em razão da sucumbência? Haveria alguma diferença para as hipóteses de lesão à publicidade externa? Certamente que não.

Claro está, afinal, que, além do vencedor, assim também o vencido não teve a oportunidade de compartilhar com o auditório universal a realidade dos atos processuais que os afetaram, deslegitimando-os gravemente. E a quem pode interessar a deslegitimação do processo? Certamente a ninguém e, muito menos, ao povo ou à sociedade, em cujo seio reside, em última análise, a soberania da

jurisdição. Seria possível, por acaso, dar maior importância, por obra da decantada supremacia da instrumentalidade processual, aos episódios de violação de direitos fundamentais individuais (relativos às pessoas que participam do processo, v.g., a garantia do contraditório) do que às lesões que acometem direitos fundamentais coletivamente compartilhados, como é o caso da garantia à publicidade processual externa?

É certamente o apego exagerado ao sentido pragmático do processo, de herança positivista, que conduz à crença de que mais valem os interesses pontuais dos litigantes ao resultado da tutela jurisdicional do que a sua legitimação democrática. Não se deve, porém, esquecer de que o fundamento último e ontológico de todas as garantias constitucionais do processo reside na escolha, pelo povo, de *standards* éticos mínimos, sem os quais ficaria impossível manter a serenidade dos relacionamentos interpessoais. É exatamente isso que justifica a existência de princípios que consagram direitos fundamentais do tipo do contraditório, da inafastabilidade da jurisdição, da legalidade, e de tantos outros, dentre os quais a garantia da publicidade interna e externa, dos atos e das decisões processuais.

Não há como se possa, então, defender a existência de categorias de nulidades, de diferentes graus de gravidade, conforme a violação acometa os distintos tipos de garantias processuais fundamentais. O que se pode certamente reconhecer é que o direito constitucionalmente assegurado à publicidade externa do processo gera implicações de maior interesse à sociologia jurídica do que ao direito processual. Isso não significa, todavia, que não caiba à ciência do processo civil investigar com maior dose de sensibilidade as repercussões sociais e metajurídicas da instrumentalidade e dos escopos do processo, compartilhando com o ambiente social as suas conquistas e os seus fracassos. Tanto assim que a doutrina nacional e estrangeira ocupa-se cada vez mais da identificação dos sentimentos de dor e de angústia do ambiente universal submetido, ainda que no plano meramente potencial, aos efeitos da jurisdição, com isso buscando o seu aperfeiçoamento. Seus representantes têm enorme peso intelectual e indiscutível capacidade de persuasão, e dentre eles, sem demérito aos demais, vale destacar o brilho do pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, que trata o chamado “terceiro momento metodológico do processo” como resultado da “consciência da instrumentalidade como

importantíssimo pólo de irradiação de idéias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”³⁶⁵. Dinamarco arremata:

O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas, sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico...Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político, econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mudanças políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade³⁶⁶.

Que não se recuse para a comunidade de homens comuns a dificuldade de compreender o processo democrático como uma conquista do seu esforço histórico. Não se negue tampouco a enorme dificuldade de fazer com que essas pessoas leigas se conscientizem da necessidade de defender a legitimidade do processo pela via da relação transparente de suas entranhas, permitindo a sua salutar controlabilidade³⁶⁷. Mas, jamais se defenda a possibilidade das garantias concebidas para a existência do processo justo serem desfeitas pelo uso indiscriminado de institutos cuja funcionalidade possa se prestar unicamente à satisfação dos interesses particulares dos litigantes, tal como se passa com a máxima da instrumentalidade das formas.

É na justificação democrática do poder político que se identifica, no Estado de Direito, o paradigma de legitimidade de todas as ações da administração pública. Enquanto o princípio do contraditório, de transcendente importância para o processo, cuida de satisfazer a exigência da democracia processual na perspectiva das partes, cabe à garantia da publicidade atender essas mesmas expectativas no plano externo do auditório universal. Consagrada a garantia da publicidade no

³⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 21.

³⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 21-24.

³⁶⁷ Dinamarco diz que “o processo, afinal, é instrumento manipulado somente pelos profissionais do foro e (especialmente o processo civil) não integra o acervo de conhecimento do homem comum: o processo não é um fato da vida cotidiana do leigo”. (Ibidem, p. 35)

ambiente constitucional, a legitimação do processo civil é obtida pelos mecanismos populares de fiscalização e de controle ao gosto da democracia participativa e intercomunicacional, cujo exercício há sempre de pressupor a obediência ao padrão mínimo que se exige na revelação transparente e socialmente compartilhada dos atos jurisdicionais.

A nulidade absoluta que se concebe para a desobediência do padrão de revelação pública da conduta processual não advém, portanto, da quebra eventual das expectativas das partes - linha metodológica tradicional da ciência do processo -, em cujo seio se justifica o mais que se costuma manipular no campo da teoria das nulidades, mas da subversão do modelo da democracia popular e participativa, que a publicidade se ocupa de inserir no espírito do processo civil. A menos que seja amadurecida essa nova dimensão da atividade processual, que se preocupa mais com o espaço social do que com o terreno intra-autos, corre-se o sério risco de transformar a garantia da publicidade, de promessa auspiciosa no plano das intenções constitucionais, em mera figura de retórica fadada à inoperância, com grave comprometimento ao prestígio da atividade jurisdicional.

7 CONCLUSÃO

A garantia processual da publicidade ainda está por merecer a atenção que lhe é devida para que seja posta à altura da sua importância científica, mecanismo essencial e eficaz de controle dos atos da administração judiciária que se revela, indispensável para o aperfeiçoamento do processo e para a sua inserção no ambiente da democracia.

Ao longo da história do processo civil, tropeçando o direito em obstáculos inerentes à saga da evolução humana, foram alternados períodos de maior e de menor, ou de nenhuma, observância da publicidade processual, e mesmo assim na órbita exclusiva da sua categoria interna, voltando-se quando muito para a mera comunicação às partes dos atos processuais de seus interesses. Foi preciso que se atingisse a fase atual de universalização da democracia para que a publicidade adquirisse maturidade suficiente para expressar-se de modo pleno, ainda assim sujeitando-se às intempéries de sua aplicação prática cotidiana.

Com efeito, conspira seriamente contra o ideal da publicidade processual, com efeito, a mitigada adoção pela ordem judiciária brasileira do sistema da oralidade, com grave prejuízo para o acesso do público aos atos e aos ambientes forenses, sendo necessário que se modifique a visão estigmatizada dos autos processuais como peças inacessíveis aos terceiros não intervenientes da relação processual.

No quadro geral das garantias processuais, a publicidade ombreia-se com as demais, prestando-se à revelação transparente da jurisdição civil aos olhos populares, além de servir à plena efetividade do contraditório, realizando a nobre missão suplementar de permitir a fiscalização dos atos estatais pelos verdadeiros detentores da soberania e do poder do Estado. Não há relação de precedência ou de preferência entre os princípios processuais, mas clara concorrência deontológica prevista pelo sistema com o objetivo de alcançar a otimização da tutela dos direitos fundamentais.

Tratando-se de garantia que dá expressão aos outros princípios processuais de igual importância deontológica, é bastante natural que a publicidade interpenetre-se

em outros postulados fundamentais, fenômeno que se visualiza com maior clareza no âmbito da garantia da motivação das decisões judiciais, mas que, igualmente, opera-se no contexto das garantias do contraditório, do juiz natural, do duplo grau e da legalidade, quer na sua feição meramente interna, quer externa.

No que importa à restrição prevista para a publicidade na literalidade dos preceitos constitucionais que a consagram, há rara mitigação para a publicidade interna no sistema brasileiro, que não contempla um único caso para o processo civil e apenas uma hipótese no processo penal (art. 217 do CPP), enquanto no plano externo podem excepcioná-la o interesse público, ou social, e a privacidade dos litigantes.

Ao contrário da restrição à publicidade externa, imposta pela eventual necessidade de preservação da intimidade dos litigantes - que se opera como regra e, portanto, dentro das possibilidades concretas da norma que a contempla (art. 155, II, CPC), pelo fato de a dignidade da pessoa humana estar assim também taxada pela ordem constitucional (art. 1º, III, Constituição Federal) -, a não-aplicação da publicidade externa em caso de resguardo de interesse público há de se dar sempre por critério de ponderação de bens (máxima da proporcionalidade), conforme algum outro direito fundamental o justifique no caso concreto, em cuja hipótese não se prescinde de decisão fundamentada justificando o posicionamento judicial que se entenda por bem adotar. Neste contexto há uma tendência de se admitir a restrição de acesso irrestrito dos meios de comunicação de *mass media* aos ambientes forenses sempre que for constatada a possibilidade de comprometimento da efetividade da função judiciária ou de submissão das partes e dos auxiliares da justiça ao escárnio público ou ao vexame.

No esforço de adequação do processo civil às necessidades do mundo contemporâneo, e de suas expectativas, surgem as noções de processo justo e equo, em cujo contexto a garantia processual da publicidade se revela excelente meio de legitimação da atividade jurisdicional. Dividida a garantia processual da publicidade em categorias, assumem notável importância as modalidades interna e externa, aquela se prestando a dar conta às partes dos acontecimentos de relevo que possam justificar a sua reação e a contribuição para a melhor proteção de seus

interesses, e esta fazendo da atividade jurisdicional uma realidade idônea do Estado aos olhos dos populares.

De resto, descumprida a exigência plena da publicidade dos atos e dos julgamentos judiciários, fora das balizas dos preceitos que consagram a sua legítima restrição, quer no plano interno, quer no plano externo, impõe-se a sanção de nulidade do processo, conforme previsão textual contida no art. 93, IX, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Palestra proferida na Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 10 dez.1998.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.66, set/dez, 2002.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **Princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. Vol. 1. 4.ed. São Paulo: RT, 1992.

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 4.ed. São Paulo: RT, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: Influência do direito material sobre o processo. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n 60.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CAIANIELLO, Vincenzo. Riflessioni sull' art. 111 della costituzione. **Rivista di Diritto Processuale**. VIII edizione. Padova: Cedam, Gennaio, Marzo 2001.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 7.ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na constituição: arqueologia e aplicações. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976**. Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. Fundamental guarantees of the parties in civil proceeding (General Report). **Les Garanties Fondamentales des parties dans le Procès Civil**. Milano: Giuffrè, 1973, p. 661-774.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 17, n. 65, jan.-mar. 1992.

_____.; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

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

_____. **Instituições do processo civil**. Vol. I. São Paulo: Classic Book, 2000.
CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (Modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo:RT, n. 90, ano 23, abril-jun. 1998.

_____. **Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell’unione europea**. Il Foro Italiano: Roma, 1994.

_____. **Giudice civile**. Estratto dal Volume XV della Enciclopédia Giuridica. Roma: Istituto della Enciclopédia Italiana, 1988.

_____. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè Editore, ano XLVIII, 1994.

_____. **Il giusto processo civile in Itália e in Europa**. Palestra proferida na Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 6/10 agosto, 2001.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Júlio César Faira Editor, 2002.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

DENTI, Vittorio. **La giustizia civile: lezioni introduttoria**. Bologne: Ed. Il Marlini, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. Escopos políticos do processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. VIII edizione. Padova: Cedam, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragioni: teoria del garantismo penale**. 3.ed. Roma: Ed. Laterza, 1996.

FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade da lei e o direito adquirido**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GARCIA, Enrique Alonso. **La interpretacion de la constitucion**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Campinas: Editora Minelli, 2003.

_____. **Princípios gerais do processo civil.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais.* São Paulo: RT, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução.** Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES; Antônio; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HECK, Luis Afonso. **Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy:** dos princípios constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz.** Rio: Forense, 1999.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 3.ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** vols. I, II, III e IV. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II. Campinas: Millennium Editoria, 1999.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. 5.ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 9.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n.83, 1996.

_____. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 35, jul./set. 1984.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. São Paulo: RT, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2000.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do Século XXI. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, ano 23, n. 91, jul.-dez. 1998.

PISANI, Andrea Proto. **Il consiglio superiore della magistratura e l'indipendenza della magistratura in Italia**. Palestra.

_____. Giuseppe Borrè e l'effettività della tutela giurisdizionale. **Questione Giustizia**. Trimestrale Promosso da Magistratura Democratica. Franco Angeli, n.1, 1998.

_____. **Il código di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato**. Roma: Il Foro Italiano. Vol. 73, Marzo 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RORIZ, Liliane. **Conflito entre normas constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: RT, 1996.

_____. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 98-113.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Teoria da inexistência no direito processual civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

_____. Osservazioni sui modelli processuali di civil law e di common law. IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil.

_____. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba, 05 mar. 2001.

TARZIA, Giuseppe. Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale. **Rivista de Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1998.

_____. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT, 1996.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VERDE, Giovanni. Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 2000.

VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

