

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE**

JULIANE DE FÁTIMA SAD SANSANA PABIS

**O PODER DO JUIZ NA DIREÇÃO DO PROCESSO E A IGUALDADE
DAS PARTES – ART. 125 E INCISO I DO CPC**

LEI Nº 5.869 DE 11/01/1973

São Paulo 2009

JULIANE DE FÁTIMA SAD SANSANA PABIS

**O PODER DO JUIZ NA DIREÇÃO DO PROCESSO E A IGUALDADE
DAS PARTES – ART. 125 E INCISO I DO CPC**

LEI Nº 5.869 DE 11/01/1973

“Monografia apresentada à PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em Módulos”, sob orientação da Professora Doutora Maria Antonieta Zanardo Donato.”

São Paulo 2009

A Deus,

A meu marido José Oscar por todo amor e apoio,

E ao meu filho Lucas pelo incentivo e por sua bondade.

Devo agradecer à Professora Dra. Maria Antonieta Zanardo Donato, minha orientadora, que confiou em mim, tornando possível a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar o art. 125 e seu inciso I do CPC, tendo como proposta ressaltar aspectos relevantes do Poder de Direção do Juiz e a “paridade de armas” no processo.

Num primeiro momento, ressalta-se o comprometimento do juiz com a efetiva tutela constitucional do processo, pois, é através dela que se garantirá a conformação dos institutos de direito processual aos princípios constitucionais, ratificando-se que a Constituição com seus padrões e princípios previamente dispostos, deve ser sempre privilegiada pelo juiz na interpretação da lei processual.

Enfatiza-se também que cabe ao Juiz o dever de manter o equilíbrio das partes e zelar para que seja entregue o direito a quem de direito, pois só assim se cultivará a fé na justiça como máxima a ser alcançada no processo e por consequência a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Foca-se ainda que é indispensável, ao juiz, manter-se equidistante para que possa proferir uma sentença justa, mas que isto não pode vir a significar a sua inércia na busca de maiores fundamentos a sua decisão, ou ainda, manter-se inerte diante das desigualdades ou de privilégios concedidos às partes, pois, se assim vier a se comportar comprometerá a sua imparcialidade e a sua atuação como pacificador de conflitos.

Desse modo não olvidando da importância do Princípio da Igualdade considerado *“um dos pilares da civilização moderna”* abordar-se-á também neste breve ensaio o Princípio da Isonomia das Partes frente aos Privilégios Processuais, destacando-se dentre os exemplos colhidos no CPC: Os Prazos em Quádruplo e em Dobro em Benefício da Fazenda e do Ministério Público (art. 188 do CPC) e A Inversão do Ônus da Prova e a Isonomia entre Consumidor e Fornecedor no art. 6º., VIII do Código de Defesa do Consumidor. Destacando-se por fim, O Princípio da Isonomia e a Atividade Probatória do Juiz e O Princípio da Isonomia e a Função dos Poderes do Juiz no Processo Civil Moderno.

Palavras-Chaves: Juiz; Poder do Juiz; Igualdade das Partes.

SUMARIO

1. INTRODUÇÃO:.....	8
2. A FIGURA DO JUIZ, O PODER DE DIREÇÃO DO PROCESSO E A IGUALDADE DE TRATAMENTO DAS PARTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - L.5.869/1973:.....	10
3. O VOCÁBULO PODER E O SEU CONCEITO:.....	13
3.1 O CONCEITO DE: “OS PODERES DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL”, CONFORME A DEFINIÇÃO DE VICENTE MIRANDA:.....	13
3.2 ELEMENTOS DO PODER PROCESSUAL:.....	15
3.3 O PODER DO JUIZ E A SUA NATUREZA JURÍDICA:.....	16
3.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO JUIZ:.....	17
3.4.1 CLASSIFICAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO JUIZ ELABORADA POR VICENTE MIRANDA:.....	18
4. AS TRÊS CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS DA FIGURA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL:.....	20
5. O PODER GERAL DE DIREÇÃO DO PROCESSO:.....	21
5.1 O PODER DE DIREÇÃO DO PROCESSO E A SUA CLASSIFICAÇÃO:.....	22
5.1.1 A DIREÇÃO DO PROCESSO E O PODER DE CONTROLE PROCESSUAL:.....	22
5.1.1.a A VERIFICAÇÃO DO PODER DE CONTROLE PROCESSUAL:.....	23
5.1.2 A DIREÇÃO DO PROCESSO E O PODER DE FISCALIZAÇÃO PROCESSUAL:.....	24
5.1.2. a A VERIFICAÇÃO DO PODER DE FISCALIZAÇÃO PROCESSUAL:...	25
6. O PODER - DEVER DE ASSEGURAR ÀS PARTES A IGUALDADE DE TRATAMENTO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 125, I DO CPC - L. 5.869/73: 27	
6.1 A INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS, DA CONSTITUIÇÃO E DO PROCESSO EM BUSCA DA IGUALDADE:.....	28
6.2 OS PRINCÍPIOS:.....	29
6.2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:.....	31
6.2.1.A A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:.....	31
6.2.2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO:.....	33
6.2.2.a A DUPLA FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS, CONFORME ORIENTAÇÃO DE HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:.....	34
6.3 PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS:.....	35
6.3.1 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, REGRAS E NORMAS:.....	36
6.4 A CONSTITUIÇÃO:.....	39
6.5 A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO:.....	40
7. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DA ISONOMIA:.....	44

7.1 BREVE APANHADO DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA:.....	44
7.2 O CONCEITO FILOSÓFICO DE IGUALDADE:	47
7.3 O CONCEITO JURÍDICO DE IGUALDADE:.....	48
7.3.1 MAS O QUE VEM A SER IGUALDADE FORMAL?	49
7.3.2 A IGUALDADE MATERIAL - SUBSTANCIAL:.....	50
7.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO:	54
7.4.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITE EXTERNO DA ATUAÇÃO DO ESTADO:.....	56
7.4.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITE INTERNO DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO:.....	57
7.5 A IGUALDADE PERANTE A LEI E A IGUALDADE DA LEI:.....	58
8. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE/ ISONOMIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:.....	61
8.1 MAS O QUE SIGNIFICA DAR “TRATAMENTO ISONÔMICO ÀS PARTES” NO PROCESSO?.....	62
8.2 IGUALDADE PERANTE O JUIZ (IGUALDADE DE JUSTIÇA OU IGUALDADE JURISDICIONAL):	68
9. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E OS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS:.....	70
9.1 OS PRAZOS EM QUÁDRUPLO E EM DOBRO, EM BENEFÍCIO DA FAZENDA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO - (CPC, ART. 188):	71
9.2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ART. 6º, VIII DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA DAS PARTES NO PROCESSO:.....	82
9.2.1 O DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA:.....	84
10. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ:.....	89
11. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A FUNÇÃO DOS PODERES DO JUIZ NO PROCESSO MODERNO:	95
12. CONCLUSÕES FINAIS:	101
BIBLIOGRAFIA.....	104

1. INTRODUÇÃO:

Pretende-se neste breve ensaio enfocar a atenção na relevante atribuição do Juiz no desempenho racional do Poder de Direção do Processo, ou seja, pretende-se demonstrar que a incumbência prevista no art.125, caput do CPC está voltada ao cumprimento de interesses públicos, e valendo-se dessa e de outras ferramentas que lhe são fornecidas como os dispositivos legais, os princípios constitucionais e de todas as garantias que deles advêm, *o juiz*, deverá impulsionar e operar o processo como instrumento válido e ainda insubstituível de se fazer justiça!

Ressaltar-se-á, assim, que o Juiz deverá se preocupar com a regularidade dos atos processuais velando para que o processo atinja seu término de maneira correta, célere e eficaz assegurando sempre, às Partes, *a Igualdade de Tratamento* que além de constituir-se em um dever do Estado é também um direito do cidadão que deve ser respeitado já que modernamente, o Direito Processual Civil é tratado a partir de normas previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste propósito, ratifica-se a pretensão em demonstrar que o efetivo uso dos poderes atribuídos ao juiz e dentre eles o Poder de Direção do Processo que aliados aos dispositivos constitucionais considerados contemporaneamente, os responsáveis pela renovadora postura a ser apresentada pelo juiz durante o desenvolvimento do processo, aqui, especificamente, o caput do art. 5º. Da Constituição da República Federativa do Brasil que expressamente, dispõe sobre o Princípio Normativo Material da Isonomia, conduzirão a uma maior justiça – já que esta é considerada um dos deveres consagrados e que, em sua expressão material,

atua no sentido de reduzir diferenças sociais e imateriais que integram o patrimônio da Nação.

Quanto à metodologia utilizada, destaca-se que a pesquisa foi realizada através de estudo circunstanciado da relevante atribuição do Juiz no desempenho racional do Poder de Direção do Processo, destacando-se ainda o Princípio da Igualdade de Tratamento entre as Partes no Processo como ferramenta insubstituível de se fazer Justiça! O método de procedimento utilizado foi o monográfico, utilizando-se também, do método jurídico de pesquisa dogmático ou teórico.

No que concerne à técnica de pesquisa, foi utilizada a pesquisa documental, sendo a Constituição Federal de 1988, o CPC as principais fontes de pesquisa deste estudo. A pesquisa bibliográfica foi também utilizada, valendo-se de ampla documentação indireta. Foram obras doutrinárias, assim como publicações avulsas, revistas periódicas, dissertações de mestrado, teses de doutrina, monografias - as maiores fontes desta pesquisa. Além disso, foram utilizadas obras de Direito Constitucional e de Direito Processual, em especial o Civil.

2. A FIGURA DO JUIZ, O PODER DE DIREÇÃO DO PROCESSO E A IGUALDADE DE TRATAMENTO DAS PARTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - L.5.869/1973:

O Código vigente de Processo Civil (Lei n. 5.869/73) dedicou o Capítulo IV do Título IV do Livro I à figura do Juiz, tratando de seus poderes, deveres e responsabilidades na Seção I do referido Capítulo.

No art. 125 do CPC estabeleceu o poder maior, *O Poder de Direção do Processo*, dele decorrendo todos os demais que lhe são atribuídos, ou melhor, reconhece-se ao juiz os poderes de direção, ordenação, instrução, decisão e execução do processo, com a advertência de que nem esses poderes nem o processo constituem um fim em si mesmo, mas sim propósitos maiores como o exercício da jurisdição e a prestação da Justiça, pois esta constitui o primeiro e mais importante dever do Estado em relação aos indivíduos.

Tratou, portanto, o CPC de fixar na cabeça do artigo 125 as regras gerais sobre os poderes judiciais, estabelecendo expressamente que o juiz dirigirá o processo competindo-lhe, também, assegurar às partes a igualdade de tratamento, conforme se observa da leitura do inciso primeiro.

Há de se complementar dizendo que quanto ao art. 125, I do CPC, ou seja, quanto ao relevante poder-dever de assegurar às partes a igualdade de tratamento, a legislação processual e a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apontam caminhos que devem ser trilhados como forma de solucionar o problema da Igualdade das Partes no Processo.

Pois, valendo-nos dos ensinamentos da professora Teresa Arruda Alvim Wambier pode-se afirmar que ¹:

A vinculação do Processo Civil à Constituição Federal é fenômeno recente entre nós. Até 1998, poucos eram os trabalhos doutrinários que tratavam do Processo Civil a partir de normas fundantes previstas na Constituição Federal. Tratava-se, então, do processo, como se seu nascimento se desse no próprio Código de Processo Civil; sem que o Código devesse a menor referência à Constituição.

(...)

Todavia, este quadro passou a se alterar a partir de 1988. Uma das tendências mais marcantes que se vêm manifestando nos últimos tempos é a de se privilegiar, na interpretação da norma processual, a perspectiva de visão que engloba o sistema como todo, abrangendo, portanto a Constituição Federal. Assim, e por isso, é que se tem interpretado as normas processuais À LUZ DE PRINCÍPIOS DE ÍNDOLE MARCADAMENTE CONSTITUCIONAL.

(...).

Dentre os princípios de índole marcadamente constitucional destaca-se o Princípio da Legalidade e o Princípio da Isonomia, pois é relevante fazer menção à mesma autora, quando se refere a esses princípios como: “(...) verdadeiros pilares da civilização moderna” ².

Assim, dentro de uma perspectiva constitucional moderna não se pode olvidar que o juiz, como órgão competente para desempenhar uma das mais importantes funções públicas – a atividade de dizer o direito no caso concreto – deve estar mais comprometido com os objetivos de democratização e legitimação da atividade jurisdicional, que inclui amplo acesso à justiça, maior nível de informação do Jurisdicionados e principalmente, deve se empenhar, com verdadeiro comprometimento pela efetiva igualdade substancial das partes no processo, ou seja, deve o juiz estar comprometido com a efetiva tutela constitucional do processo pela qual se garante a conformação dos institutos de direito processual aos

1 . Os Princípios Constitucionais da Legalidade e da Isonomia como inspiradores da compreensão de algumas alterações no direito positivo *in* Revista do Advogado, nº. 88, p. 188.

2 . Teresa Arruda Alvim Wambier. Os Princípios Constitucionais da Legalidade e da Isonomia como inspiradores da compreensão de algumas alterações no direito positivo *in* Revista do Advogado, nº. 88, mesma página.

princípios constitucionais. Para isso, ao juiz, são atribuídos diversos poderes, aos quais correspondem outros tantos deveres que em seu conjunto informam a maneira como deve proceder durante o desenvolvimento do processo.

Nesta direção pode-se posicionar em dois grandes grupos as possibilidades de atuação do juiz: o uso de Poderes Jurisdicionais e de Poder de Polícia.

A primeira divisão se refere às atribuições do juiz como elemento constitutivo da relação processual. A segunda reporta-se ao exercício de sua autoridade pública como forma de garantir a ordem das atividades que implementam a prestação jurisdicional.

Conforme dito, pretende-se neste estudo focar a relevante atribuição do juiz no desempenho racional do Poder de Direção do Processo como também o relevante Poder-dever do Juiz de assegurar às partes a Igualdade de Tratamento, mas para tanto, faz-se necessário a disposição de alguns conceitos, doravante dispostos no desenvolvimento deste estudo, com o objetivo assim, de nortear a sua boa compreensão.

Neste passo e tomando como base os ensinamentos do professor Vicente Miranda destaca-se a seguir:

3. O VOCÁBULO PODER E O SEU CONCEITO:

a. O vocábulo “poder” deriva do latim: *possum, potes, potui*, posse, quer dizer, do verbo posse, que significa poder. Registra-se ainda que havia também o verbo *poteo, potere*, encontrado no dialeto Osco ³.

O verbo posse, em latim, significa poder, ter o poder de, ser capaz de ⁴.

b. Na acepção vulgar, poder, como verbo, quer dizer ter a faculdade de, ter a possibilidade de, achar-se em estado de, dispor de força ou autoridade, ter direito de, ter razão ou motivo para. Como substantivo, significa possibilidade, faculdade, meios, recursos ⁵.

c. Na terminologia jurídica, no sentido do direito público, poder quer dizer:

“Órgão ou a instituição a que se atribui uma parcela de soberania do Estado para exercer uma função, ou a competência ou função que se atribui ao órgão, de tal forma que cada poder, constituído por um órgão, exerce a soberania nacional” ⁶.

Daí se segue que na acepção jurídica, poder ou poderes constituem funções, competência e atribuição ou atribuições cometidas a um órgão do Estado, o qual recebe parcela da soberania nacional. Ao Juiz, como órgão do Estado, atribui-se certa soma de poderes para serem exercidos no processo, que é instrumento da Jurisdição ⁷.

3.1 O CONCEITO DE: “OS PODERES DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL”, CONFORME A DEFINIÇÃO DE VICENTE MIRANDA:

3 . Puppo-Ravizza, *Grammatica Latina*, 7ª. Ed., Niterói, escolas Profissionais Salesianas, p. 87, *apud* Vicente Miranda *in* *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p.94.

4 . L. Quicherat & F R. Dos Santos Saraiva, *Novíssimo Dicionário latino-português*, 8ª. Ed. Rio de Janeiro – Paris, Livr. Guarnier, p. 921, *apud*, Vicente Miranda, *Ibid.*, mesma página.

5 . Laudelino Freire, *Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, A noite Ed., v. 4, p.4021-2, *apud* Vicente Miranda, *Ibid.*, p. 94.

6 . De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*, 8ª. ed., Forense:RJ , v. 3, 1984, p. 380-1, *apud* Vicente Miranda, *Ibid*, mesma página.

7 . Miranda, *in* *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, mesma página.

Vicente Miranda, *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro, conceitua os poderes do juiz como: “os poderes que o Estado brasileiro atribui ao Juiz para o exercício de sua função jurisdicional no processo civil” ⁸.

Seguindo o parecer do já referido autor, ressalta-se a seguir os termos dessa definição, ou seja:⁹

Os Poderes - são possibilidades de agir, a possibilidade de querer e de agir, a possibilidade de ordenar, de mandar, de comandar, a possibilidade de império.

O Estado Brasileiro – a nação brasileira politicamente organizada, dotada de soberania, é que tem competência para, na Constituição Nacional, atribuir a estes ou àqueles órgãos o poder e o exercício de funções estatais essenciais para a existência e desenvolvimento, com justiça e paz, de todos os seres humanos que compõem.

Ao Juiz - o termo “juiz”, aqui, é tomado na acepção ampla de órgão jurisdicional, o órgão do Poder Judiciário e não a pessoa física daquele que exerce a função, e quer dizer não apenas o órgão monocrático (juiz singular), mas também o órgão colegiado (juiz coletivo). Admite-se que “refiriendo-se a la potestad de juzgar, el no nombre de juez se aplica a los primera como a los segunda tancia, ya se trate de tribunales unipersonales o colegiados” ¹⁰.

O exercício de sua função jurisdicional - tal elemento que integra o conceito ora enunciado é a diferença específica entre o poder jurisdicional e os outros poderes do juiz, ou seja, o poder administrativo, o legislativo e o correccional, que são também poderes a ele atribuídos. O exercício da função jurisdicional significa, na feliz expressão do professor Vicente Greco Filho: “aplicar o direito a um fato

8 . p. 95.

9 . Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro, mesma página.

10 . Hugo Alsina, *Tratado teórico-prático de derecho procesal Civil y comercial*, segunda edición, Buenos Aires, Ediar, 1957, v.2, p. 198, *apud* Vicente Mirada *in* Poderes do Juiz no processo civil brasileiro, p.95.

concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide” ¹¹.

3.2 ELEMENTOS DO PODER PROCESSUAL:

Como bem anota o professor Vicente Miranda os poderes processuais civis do juiz constituem ¹²:

Um verdadeiro instituto de direito processual civil brasileiro, que necessita, para seu perfeito estudo científico-normativo, de ser decomposto em seus elementos essenciais. Divididos em subjetivos e objetivos, pode-se assinalar os seguintes elementos subjetivos: o juiz, os sujeitos parciais da relação processual, sujeitos especiais, que são o advogado e o Ministério Público, e sujeitos secundários, que são os auxiliares do juízo e terceiros. E, são elementos objetivos: o poder, o objeto do poder, a relação processual civil e o vínculo de efeito entre o poder e a relação processual civil.

Interessa-nos destacar dentre os elementos do poder processual, a figura do Juiz, pois é “o Juiz como personificação e personalização do Poder Judiciário, que age no processo como Poder” ¹³.

Há de se dizer que somente o juiz tem poderes. Os demais sujeitos da relação processual têm direitos, faculdades e pretensões, mas não possuem poderes ¹⁴.

Cabe-lhe, portanto, “exercer privativamente os poderes de que dispõe em relação aos demais sujeitos da relação processual” ¹⁵.

Pois,

Ainda que o processo se revele como uma relação jurídica que se trava entre juiz e autor, entre juiz e réu, de natureza angularizável,

11 . Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, v.1, 1981, p. 165, *apud* Vicente Mirada in Poderes do Juiz no processo civil brasileiro, mesma página.

12 . In Poderes do juiz no processo civil, p.96.

13 . Vicente Miranda in Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p. 102.

14 . *Idem.*, *Ibid.*, p. 100.

15 . *Idem.*, *Ibid.*, p.96

como demonstrou P. de Miranda e que toda relação jurídica tenha como conteúdo poderes, faculdades, direito, pretensões, deveres, obrigações e ônus, já se concluiu que, no processo, o direito, a faculdade e a pretensão são atos privativos das partes¹⁶.

Portanto, pode-se afirmar que “se estabelece entre o juiz e os demais sujeitos processuais uma relação de sujeição processual destes em relação àquele: “o Estado”, ensinam superiormente os profs. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco : “está no processo na sua condição de ente soberano, exercendo a sua autoridade (jurisdição), à qual corresponde a sujeição das partes”¹⁷.

3.3 O PODER DO JUIZ E A SUA NATUREZA JURÍDICA:

Observa-se, modernamente, uma crescente tendência de publicização do processo o que vem propiciar a tutela não só de direitos subjetivos individualizados, mas também de interesses coletivos e difusos, nitidamente de caráter social. Pode-se, assim, afirmar que o processo que se faz mais público, mais se democratiza e se socializa.

Mas, há de se ressaltar também que a evolução do processo, rumo à sua maior publicização, não se faz apenas por via legislativa, pois o ordenamento jurídico, e em especial a Constituição Federal e a legislação processual, já contém, implicitamente, autorização ou permissivos ao juiz para democratização do processo.

16 . Francisco Wildo Lacerda Dantas, Os Poderes do Juiz no Processo Civil e a Reforma do Judiciário, p.36.

17 . Teoria Geral do Processo. 6ª. Ed. SP: Revista dos Tribunais, p. 255, *apud* Vicente Miranda in Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p.97.

Com este propósito, ilustra-se, aqui, mais uma vez, com as reflexões do professor Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro quando expõe:

Os Poderes do Juiz no Processo gozam de natureza constitucional e de natureza processual. O processo é instrumento de Poder, vale dizer um dos Poderes da República, o Poder Judiciário. Este poder atua no processo e por meio do processo. Tais poderes concedidos ao julgador emanam de um dos Poderes do Estado; nada mais são do que a explicação do poder geral jurisdicional. E o juiz, como personificação e personalização do Poder Judiciário, age no processo como Poder. Se o é que estrutura, no plano constitucional, a um dos três Poderes, o Poder Judiciário a realização da justiça, conferindo-lhe o poder de processar e julgar, daí decorre natural e logicamente que todos os poderes processuais do juiz, personificação do Poder Judiciário, emanam constitucionalmente daquele Poder, uma vez que os poderes de direção, ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios nada mais são do que a explicitação fática, lógica e jurídica do “poder de processar e julgar” previsto expressamente na Constituição brasileira (arts. 102, I, 105, I, 108, I e 109)¹⁸.
(...)

Portanto, os poderes do juiz encontram sua fonte na Constituição Federal, pois, “é ali que o legislador nacional estruturou, em linhas gerais e em princípios fundamentais, o Poder Judiciário e o poder jurisdicional”¹⁹.

(...) Em outras palavras: o poder Jurisdicional se compõe de um feixe de poderes especiais que integram o gênero jurisdicional. O gênero Jurisdicional se especifica em poderes de direção, ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios. Se o poder jurisdicional tem assento constitucional, vale dizer, se o todo tem base constitucional, também encontram fundamento na Constituição Federal as partes daquele poder, quer dizer, o poder de direção, o ordinatório, os instrutórios, os decisórios e os executórios.
(...)

A conclusão que daí se tira é a de que os poderes judiciais processuais como explicitação do poder constitucional jurisdicional devem ser analisados à luz da Constituição e de seus preceitos²⁰.

3.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO JUIZ:

18 . Vicente Miranda, *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro p.102.

19 . *Idem.*, *Ibid.*, p.103.

20 . *Idem.*, *Ibid.*, p. 103-104.

Na obra *“Poderes do juiz no processo civil brasileiro”* o supra citado e eminente professor expõe e analisa a luta de opiniões entre grandes doutrinadores nacionais e estrangeiros quanto à classificação dos poderes processuais do juiz.

Dentre estes grandes doutrinadores pode-se mencionar: Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Rosenberg, Goldschmidt, de J.Vicent, Pereira Braga, Odilon de Andrade, Moacyr Amaral Santos, Frederico Marques (p. 105 - 117).

Por fim, diante à diversidade de opiniões expõe superiormente, a sua classificação, tentando assim, construir uma classificação científica e positiva, teórica e prática, relativamente, aos poderes judiciais processuais que possa ser erigida em modelo doutrinário em qualquer ordenamento processual civil.

3.4.1 CLASSIFICAÇÃO DOS PODERES PROCESSUAIS DO JUIZ ELABORADA POR VICENTE MIRANDA:

Elaborou o autor uma sistematização científico - positiva de todos os poderes do Juiz no processo tomando como critério classificador: “O fim último processual visado pelo juiz. O critério classificatório é puramente processual, leva-se em conta a finalidade do ato judicial praticado ou a ser praticado” ²¹.

Nesse viés, o que qualifica juridicamente o poder é “a finalidade processual visada para exercício desse mesmo poder” ⁽²²⁾, ou seja:

Se o fim último for o despacho (ou a simples movimentação do processo), o poder é ordinatório. Se o fim último for a direção do processo, o poder é de direção. Se o fim último for a instrução, o poder é instrutório. Se o fim último for o cumprimento forçado de qualquer decisão, o poder é executório. O poder ordinatório se manifesta por meio de despachos. O poder de direção se manifesta por meio de despachos e decisões. O poder instrutório se manifesta

21 . Vicente Miranda, *in* *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, p. 119.

22 . *Idem*, *Ibid.*, mesma página.

por meio de despachos e decisões. O poder decisório se manifesta por meio de decisões. O poder executório se manifesta por meio de despachos e decisões. Ao exercer seu poder geral de direção, o juiz despacha e decide. Ao exercer seus poderes ordinatórios, o juiz despacha. Ao exercer seus poderes decisórios, o juiz decide. Ao exercer seus poderes executórios, o juiz despacha e decide. Ao efetivar seu poder de direção, os atos ordinatórios e decisórios não visam ao despacho em si ou à decisão em si. Visam dirigir o processo, comandar o desenrolar da relação processual. Vale dizer, o despacho e a decisão são instrumentos em relação ao fim último mirado, que é a direção do processo. Ao exercer seus poderes instrutórios, o juiz despacha e decide. O despacho e a decisão são também instrumentais em relação ao fim último visado, que é a instrução. Ao despachar, o juiz dirige ou instrui ou somente despacha, conforme a finalidade for a direção ou a instrução ou tão só a movimentação. Ao decidir, o juiz *dirige ou instrui* ou somente *decide*, conforme a finalidade for a direção ou a instrução ou tão-só a decisão ²³.

Nosso Código Processo Civil dividiu os processos em Processo de Conhecimento, Cautelar, de Execução e em Procedimentos Especiais e de Jurisdição Voluntária, desse modo, pode-se concluir com base na classificação proposta por Miranda que:

No processo de conhecimento o juiz exerce seus poderes de direção, ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios; que no processo de execução, o julgador dirige, despacha, instrui, decide e executa; que no Processo Cautelar, exerce os poderes de direção, ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios; que nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, o juiz dirige, despacha, instrui, decide e executa; que nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, o juiz exerce seus poderes de direção, ordinatórios, instrutórios, decisórios e executórios ²⁴.

23 . Vicente Miranda, *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p.120.

24 . *Idem., Ibid.*, mesma página.

4. AS TRÊS CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS DA FIGURA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL:

Cabe ressaltar aqui antes de focar a atenção na *figura do juiz diretor do processo* que o Direito Processual Civil conhece três concepções fundamentais da figura processual do juiz, ou seja: o juiz-espectador, o juiz-ditador e o juiz-diretor ²⁵.

Nesse sentido a exposição de Francisco Wildo Lacerda Dantas:

Pela primeira, vigorava o princípio liberal de acendrado individualismo, em que o magistrado era comparado a um relógio a que as partes deveriam dar corda, quando o quisessem ver atuando no processo, sob pena de perder a imparcialidade. Em oposição a essa concepção, passou-se ao extremo de admitir que o juiz atuasse no processo como um ditador, como dono absoluto da relação processual, porque investido de poderes autoritários, atuando de forma inquisitória, de modo a dispensar-se a iniciativa das partes. E, finalmente, chegou-se a um meio termo, espécie de síntese entre os dois momentos anteriores, em que o juiz passou a ser investido do poder de dirigir o processo, com a colaboração das partes ²⁶.

Assim, conforme visto, nosso Código de Processo Civil no art. 125, caput investe o juiz *do poder de dirigir* o processo, ou seja, ao Juiz, como “personificação do Estado” ⁽²⁷⁾ são conferidos poderes para que com a colaboração das partes se atinja uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e igualitária.

Portanto, ratifica-se aqui mais uma vez que a figura do juiz espectador de fatos - de acendrado individualismo e a figura do juiz ditador – de predominante autoritarismo cederam o passo à figura do Juiz Diretor do Processo.

Atualmente, e conforme dito à figura processual do Juiz Diretor são conferidos poderes e também deveres e dentre esses o dever de bem dirigir o processo.

25 . Vicente Miranda, Poderes do juiz no processo civil brasileiro *Idem.*, *passim*, p.147.

26 . Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário, p37.

27 . Expressão usada por Vicente Miranda, *Ibid*, p. 148.

5. O PODER GERAL DE DIREÇÃO DO PROCESSO:

Dentre os poderes conferidos ao juiz no processo e conforme a classificação já exposta em item anterior, ratifica-se, aqui, como foco deste estudo, a relevante atribuição do juiz na condução racional do processo onde exercerá o Poder de Direção que lhe foi conferido, conforme disposto no art. 125, caput do CPC. Ou seja, ao juiz, como representante do Estado, imputa-se o poder dever de dirigir o processo que se exercerá sobre os sujeitos da relação processual e sobre os atos por estes praticados.

“O Poder de Direção do Juiz ou O Poder Geral do Juiz” – “diz respeito a todo e qualquer processo, qualquer que seja a sua natureza, qualquer que seja o seu rito. O juiz dirige o processo de rito ordinário, dirige o mandado de segurança, dirige o processo de inventário” ²⁸.

Mas o que significa dirigir?

“Dirigir significa dar direção a, encaminhar, tomar uma direção, seguir um determinado sentido, superintender, guiar” ²⁹.

Para Miranda, ⁽³⁰⁾ a concepção comum e a jurídico-processual de direção envolve duas idéias fundamentais:

1. a idéia de caminho, de sentido, de condução e,
2. a idéia de autoridade, de mando e de comando.

Portanto, ao juiz compete encaminhar, conduzir e dar sentido à atividade processual como também agir com autoridade, mando e comando ³¹.

28 . Vicente Miranda, Poderes do juiz no processo civil brasileiro, *passim*, p. 120-121.

29 . Laudelino Freire, Grande e Novíssimo dicionário da língua portuguesa, cit., v.2, p. 1958, *apud* Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p.121.

30 . *Ibid.*, mesma página.

31 . *Idem.*, *Ibid.*, *passim*, mesma página.

Para Nelson Nery Júnior, “dirigir o processo significa fiscalizar e controlar a relação processual, fazendo com que se desenvolva regular e validamente”³².

Pode-se assim, concluir que no que respeita ao *controle* incumbe ao Magistrado verificar a regularidade da relação processual e ordenar as providências para sanar as porventuras existentes, suspender o processo e determinar a separação ou a reunião de ações e processos, quando for o caso.

No que pertine à *fiscalização*, a lei lhe exige que vele pela ordem, decore e dignidade do processo, não se tratando de um poder de natureza administrativa nem se o devendo confundir com poder de polícia, pois deve ser visto como um poder de natureza jurisdicional e processual³³.

5.1 O PODER DE DIREÇÃO DO PROCESSO E A SUA CLASSIFICAÇÃO:

Imprescindível, aqui, mais uma vez a orientação do festejado processualista. Vicente Miranda, no sentido de que: “Técnico-juridicamente falando, dirigir e governar o processo significa controlar e fiscalizar. A direção do processo divide-se, portanto, em controle e fiscalização”³⁴.

5.1.1 A DIREÇÃO DO PROCESSO E O PODER DE CONTROLE PROCESSUAL:

Cabendo ao juiz a direção do processo, compete-lhe controlar objetiva e subjetivamente a relação processual, provendo com que esta se desenvolva regular e validamente. Surge, assim, o poder judicial de verificar a regularidade do processo e providenciar sua

32 . Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, art. 125, p. 384.

33 . Vicente Miranda, Poderes do juiz no processo civil brasileiro, *passim* p. 150-151.

34 . In Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p. 149.

regularização no plano objetivo e subjetivo, poder esse a que tomamos a liberdade de denominar “poder de controle processual”. Controle quer dizer “ato de dirigir qualquer serviço, verificando-o, examinando-o, fiscalizando-o e encaminhando-o do modo mais conveniente” ³⁵. Na direção do processo está compreendido o poder de controlar a relação processual. E controlar a relação processual significa: a) verificar a regularidade dessa relação e ordenar sua regularização mediante a função saneadora; b) suspender o processo, quando necessário ou conveniente ou determinado por lei; c) modificar subjetivamente ou objetivamente a relação processual; d) proceder à simplificação da relação processual mediante a separação de ações e processos; e) proceder à complexização da relação processual mediante a reunião de ações e processo; ou mediante a participação de outras pessoas no processo por meio de litisconsórcio ou intervenção de terceiro³⁶.

5.1.1.a A VERIFICAÇÃO DO PODER DE CONTROLE PROCESSUAL:

Ao juiz, porque é o diretor do processo “caberá examinar se o objeto de sua direção se reveste de regularidade e validade, provendo se necessário nesse sentido” ³⁷.

Assim, uma forma de o juiz exercer a verificação da regularidade processual a ele atribuída dá-se através *do poder saneador*, ou seja:

- a) a “verificação da existência de pressupostos processuais e de condições da ação e da inexistência de impedimentos processuais” e
- b) a “verificação de defeitos, vícios, nulidades ou irregularidades relativos aos pressupostos, impedimentos processuais e condições da ação e a determinação, quando legalmente permitido e possível, de sanação daqueles vícios, defeitos, nulidades e irregularidades” ³⁸.

Assim, depurando o processo de imperfeições técnicas a resolver, como o reconhecimento de nulidades que podem ser declaradas de ofício e a verificação dos requisitos da petição inicial, estará o juiz exercendo a verificação da

35 . Laudelino Freire, Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa, Rio de Janeiro, A Noite Ed., v. 2, p. 1568, *apud* Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p. 149.

36 . Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil brasileiro, p.149-150.

37 . *Idem.*, *Ibid.*, p. 153.

38 . *Idem.*, *Ibid.*, *passim*, p. 163.

regularidade processual, e por conseqüência, evitando que lides inviáveis venham a ter tramitação.

Há de se ressaltar que além da verificação da regularidade processual no saneamento do processo, ao juiz-diretor, exercendo o seu poder de controle processual caberá: *determinar a suspensão, a reunião, e o desmembramento do processo*. Caberá também, ao juiz-diretor no exercício do poder de controle processual examinar *a modificação da relação processual*, ou seja, objetivamente verificará a possibilidade ou não de alteração do pedido e da causa de pedir; subjetivamente, ao juiz caberá analisar a alteração das partes, de seus procuradores e a ampliação subjetiva (litisconsórcio ulterior e intervenção de terceiros). Compete ainda, ao juiz diretor, no exercício do seu poder de controle processual verificar *a ocorrência ou não de pluralidade de partes*, deferindo-a ou indeferindo-a.

Ressalta-se, ainda, dentro do poder de controle conferido ao juiz-diretor que este deverá verificar *a observância do cumprimento dos prazos legais e convencionais, fixando, prorrogando e restituindo esses prazos*.

E em destaque, ainda, o poder de controle do juiz relativo a determinação, observação de processos que devam correr em segredo de justiça como também a correção quanto ao valor da causa ³⁹.

5.1.2 A DIREÇÃO DO PROCESSO E O PODER DE FISCALIZAÇÃO PROCESSUAL:

39 . Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil, *passim* p. 167-181.

Com base ainda, nos ensinamentos do Ilustre e supra-citado autor pode-se dizer que: “Fiscalizar significa vigiar, inspecionar, censurar, disciplinar. Em suma, velar pela ordem e pela dignidade do processo”⁴⁰.

Destaca-se também, que a finalidade do *poder de fiscalização* é processual, ou melhor, destina-se a velar pela ordem pelo decoro e pela dignidade do processo; distinguindo-se assim, do *poder de controle*, onde incumbirá ao magistrado verificar a regularidade da relação processual.

5.1.2. a A VERIFICAÇÃO DO PODER DE FISCALIZAÇÃO PROCESSUAL:

A lei exige que o juiz diretor exerça o seu poder de fiscalização processual, ou melhor, é exigido do juiz-diretor que este:

(...) vele pela ordem, decoro e dignidade do processo, não se tratando de um poder de natureza administrativa nem se devendo confundir com o poder de polícia, pois deve ser visto como um poder de natureza jurisdicional e processual. No exercício desse poder, que se encontra previsto em várias normas do CPC, a começar pela do art. 125, III, o Magistrado deve velar para que o processo se desenvolva com respeito, brio, honra, nobreza, elevação, decoro e respeitabilidade. Assim, deverá proibir que se empreguem expressões afrontosas, exortando a todos para que se manifestem no processo com elevação e urbanidade, como se colhe da leitura do art. 446, III, mandando riscar, de ofício ou a requerimento das partes, as expressões injuriosas, na forma do art. 15 do CPC ⁴¹.

Dentre as tarefas atribuídas ao juiz, no que respeita à fiscalização inerente ao poder de direção do processo, destaca-se:

manter a ordem e o decoro na audiência, fazendo retirar os recalcitrantes, com a requisição de força policial, se necessário. No que respeita à oitiva de testemunhas, é de se observar que é direito delas serem interrogadas pelo juiz somente através dele, competindo-lhe velar para que sejam tratadas com urbanidade, indeferindo as perguntas impertinentes, capciosas ou vexatórias, na forma do art. 416 e parágrafo 1º. do CPC (...) ⁴².

40 . Vicente Miranda *in* Poderes do juiz no processo civil, p. 150.

41 . Francisco Wildo Lacerda Dantas, *in* Os Poderes do Juiz no Processo Civil e a Reforma do Judiciário. Revista dos Tribunais, v.700, p.37.

42 . *Idem.*, *Ibid.*, mesma página.

Evidencia-se, assim, que é inevitável a crescente importância da atuação do juiz na direção do processo, pois, o seu bom desempenho certamente refletirá aqueles direitos e garantias constitucionais, não apenas pelo acesso aos Tribunais, como para todo o curso processual e para que essa garantia não permaneça como mera “promessa constitucional” tem o juiz o dever ético de assegurar a igualdade real, a *par conditio*, ou a paridade de armas das partes no litígio, ou ainda, conforme dispõe Mauro Cappelletti: “a perfeita efetividade de acesso à Justiça depende de uma utópica “completa igualdade de armas”, daí resultando uma conclusão da demanda derivada apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas”⁴³.

43. Acesso à Justiça. Bryant Garth (colab.). Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15, *apud* Nelson Juliano Schaefer Martins in *Princípio da Isonomia e Tratamento Desigual às Partes no Processo Civil*, p. 77.

6. O PODER - DEVER DE ASSEGURAR ÀS PARTES A IGUALDADE DE TRATAMENTO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 125, I DO CPC - L. 5.869/73:

Conforme já dito, o CPC (Lei n. 5.869/73) no capítulo IV, ao disciplinar as atribuições do juiz, refere os poderes e, sintomaticamente os relaciona com os deveres e responsabilidades do juiz estabelecendo ainda, no art. 125 o poder maior de direção do processo que lhe é atribuído afetando-o nos seus incisos aos propósitos maiores buscados

Ressalta-se aqui, especificamente o inciso I do art. 125, que consagra expressamente o dever de “assegurar às partes a igualdade de tratamento”. Evidencia-se aí, um reflexo no plano processual do princípio da isonomia, ou da igualdade perante a lei, conforme disposição na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seu art.5º. , caput.

Há de se dizer também que a essência do processo reside na dialética dos opostos na qual desponta a importante garantia da igualdade que deve ser dispensada às partes, justificando-se assim a autoridade do juiz na relevante função da direção do processo, pois, incumbe-lhe dentre suas atribuições garantir a efetiva igualdade das partes no processo e no acesso aos tribunais, em vista de maior equilíbrio social, pois a questão da igualdade é questão de justiça!

Para Couture: “O princípio da igualdade domina todo o processo civil e, por força da isonomia constitucional de todos perante a lei, impõe que ambas as partes

da lide possam desfrutar, na relação processual de iguais faculdades e devam se sujeitar a iguais ônus e deveres”⁴⁴.

Nesse passo, interessante destacar aqui a reflexão de Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, para quem:

Enfim, parece-nos claro que a igualdade constitucionalmente afirmada, é de suma importância em todos os setores e/ou campos de atividade em que um indivíduo possa estar envolvido, logo de extrema relevância para o Poder Judiciário, para o desenvolvimento de um processo judicial, que possa assim ser chamado, cabendo, como inegável corolário do que se vem asseverar, ao Juiz assegurar, de maneira firme e decidida, o tratamento paritário dos litigantes⁴⁵.

Ilustra-se ainda, nesse sentido os dizeres do notável processualista Paulo Henrique dos Santos Lucon para quem:

No processo, a igualdade constitui princípio fundamental e revela-se no tratamento paritário das partes, pois é e sempre foi historicamente objetivada, progressivamente introduzida na consciência jurídica e encontra recepção expressa no texto constitucional⁴⁶.

6.1 A INFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS, DA CONSTITUIÇÃO E DO PROCESSO EM BUSCA DA IGUALDADE:

Vale destacar mais uma vez a importância da CF e dos princípios quanto aos caminhos a serem trilhados pelos jurisdicionados em busca de justiça e de igualdade no processo.

44. Eduardo Couture, *apud* HumbertoTheodoro Júnior *in* Princípios Gerais de Direito Processual Civil. Revista de Processo, ano 6, nº. 23, São Paulo, p. 182., 1981

45. *In* artigo O Princípio da Igualdade e a Atuação do Ministério Público Enquanto Parte, p. 11. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

46. Paulo Henrique dos Santos Lucon *in* artigo “Garantia do Tratamento Paritário das Partes”, incluído na obra coletiva “Garantias Constitucionais do Processo Civil”, coordenada pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci, Editora Revista dos Tribunais, 1ª Edição - 2ª tiragem, 1999, p. 96, *apud* Francisco Alberto Giordani. *In* O Princípio da Igualdade e a... p.11. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

Com esse propósito, ilustra-se aqui, com os dizeres de Daniel Roberto Hertel quando afirma em sua obra *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual* que:

“Três institutos jurídicos são de fundamental importância para a compreensão dos reflexos processuais do princípio da isonomia no direito processual. São eles: princípios, constituição e processo”⁴⁷.

6.2 OS PRINCÍPIOS:

Etimologicamente, Princípio do latim *principium*, com a significação de começo, origem, ponto de partida – ampliou-se conceitualmente para compreender o sentido de causa primária de algo, elemento predominante de um corpo orgânico ou preceito fundamental, regra essencial, base nuclear de qualquer entidade, conforme assinalam os doutos⁴⁸.

Em sua lição, DE PLÁCIDO E SILVA, estudioso dos vocábulos jurídicos, ensina que:

No sentido, notadamente no plural, significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

47 . Daniel Roberto Hertel in *Reflexos do princípio da isonomia no direito processual* p.164.

48. José Renato Nalini. O Juiz e o Processo Constitucional. Revista dos Tribunais, nº. 687, p. 244-245.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis.. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos ⁴⁹.

Princípios podem assim ser definidos como a base, o fundamento, a origem, a razão fundamental sobre a qual se discorre sobre as diferentes formas de conhecimento filosófico ou científico.

Trata-se de premissas que determinam o modo de ser e individualizam as ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas.

No Ordenamento Jurídico, os Princípios, desde a década de cinquenta até a atualidade são motivo de grandes estudos e reflexões.

Celso Antonio Bandeira de Mello, assevera que Princípio Jurídico é:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia, sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico ⁵⁰.

Para Miguel Reale:

“Os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*” ⁵¹.

Segundo Clóvis Beviláqua:

Os princípios são elementos fundamentais da cultura jurídica humana. Para COVIELLO, “os princípios são os pressupostos lógicos e necessários das diversas normas legislativas” ⁵².

49 . In Vocabulário Jurídico, p. 639.

50 . Curso de Direito Administrativo, p. 450-451.

51 . Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito, p. 303.

52 . Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, p.44.

“Constituem, assim, a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais conduzidas direta ou indiretamente pelos princípios” ⁵³.

6.2.1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

Pode-se conceituar Princípios Constitucionais como:

(...) os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles assim, as colunas mestras de grande construção do Direito cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...) ⁵⁴.

Referindo-se aos princípios fundamentais vale lembrar também, a lição de J. J Gomes Canotilho, ou seja: “Constituem-se dos princípios definidores da forma de Estado, dos princípios definidores da estrutura do Estado, dos princípios estruturantes do regime político e dos princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política geral” ⁵⁵.

6.2.1.a A FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

Os Princípios Constitucionais são a base da Constituição e têm a função de direcionar as leis e atos dos detentores dos poderes.

53. Serge Atchbahian, Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas, p.37.

54. Carmem Lúcia Antunes Rocha. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.25, *apud* Maria Aparecida Brito de Moura. O Princípio Constitucional da Isonomia e o Problema da Cláusula Mandato nos Contratos Por Adesão: abusividade? Dissertação de Mestrado. Osasco: Fundação Instituto de Ensino Para Osasco, 4.f, 2005.

55. J.J Gomes Canotilho, Direito Constitucional, vol.1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d, p.121, *apud* Serge Atchabahian *in* Princípio da igualdade e Ações Afirmativas, p. 37.

É a partir da Constituição Federal e de seus princípios que o juiz encontrará subsídios para remover obstáculos legais à tempestiva e efetiva entrega da tutela jurisdicional.

Desta forma os Princípios Constitucionais assumem estruturas ou ainda, funções que nortearão, limitarão e fornecerão outros subsídios ao intérprete, ao legislador e ao julgador.

É relevante destacar Jorge Miranda quando menciona outra finalidade dos princípios constitucionais, ou seja:

Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem e de que se acham desprovidos aos preceitos, desde logo por causa das suas amarras verbais. Daí o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contém ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que portanto mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora da Constituição ⁵⁶.

Confirma-se, assim, o caráter atemporal dos princípios que faz com que os valores expressos em cada princípio jurídico caracterizem-se como verdades imutáveis, e aplicáveis a uma infinidade de situações.

Os princípios constitucionais revestem-se de superioridade quando confrontados com as demais normas do sistema jurídico, pois são premissas que determinam o modo de ser e individualizam a ciência.

Nesse sentido Paulo Bonavides assevera que:

Postos no posto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pauta ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conceitos normativos, os princípios desde constitucionalização, é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria

56 . Manual de Direito Constitucional, tomo I, II, III, e IV. Coimbra: Coimbra editora, 1997, p. 200, *apud* Maria Aparecida Brito de Moura. O Princípio Constitucional da Isonomia e o Problema da Cláusula Mandato nos Contratos Por Adesão a Partir da Vigência do Código de Defesa do Consumidor: abusividade? Dissertação de Mestrado. Osasco: Fundação Instituto de Ensino Para Osasco, 2005, f.7.

constitucional, rodeada do prestígio e de hegemonia que se confere às normas inseridas na lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convergem igualmente em norma *normarum*, ou seja, norma das normas⁵⁷.

6.2.2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO:

Humberto Theodoro Júnior ressalta a importância dos princípios gerais afirmando que esses podem também ser chamados de “princípios informativos”⁽⁵⁸⁾, escrevendo em linhas depois que: “os princípios gerais do direito resultam, por meio de sucessivas abstrações, do conjunto das próprias normas singulares existentes e se revelam como aquelas regras gerais e fundamentais em que as próprias normas particulares teriam tomado inspiração”⁵⁹.

Ilustrando, o mencionado autor cita “o insuperável” Clóvis⁽⁶⁰⁾ para quem: “os princípios gerais são os “elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias”, ou seja, “as idéias e princípios sobre os quais assenta a concepção jurídica dominante”, ou, ainda, as “indicações e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica” (CC, vol. I, 12^a. ed., p. 88)⁶¹.

Com o mesmo propósito ilustra ainda, o Mestre Humberto Theodoro, citando Barbero que assim expõe sua lição: “são, enfim, os “princípios antecedentes ao ordenamento positivo, mas nos quais se inspirou o próprio legislador e que, através da legislação concreta, penetraram no ordenamento jurídico tal como pilares fundamentais de sua estrutura, ainda que não expressos formalmente” (op. Cit., n. 38, p. 128)⁶².

57 . Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, p. 289.

58 . Princípios Gerais de Direito Processual Civil. Revista de Processo nº 23, p.175.

59 . Humberto Theodoro Júnior, *Ibid.*, 175-176.

60 . Expressão utilizada por Humberto Theodoro Júnior in Princípios Gerais de Direito Processual Civil. Revista de Processo nº 23, p.176.

61 . *Idem.*, *Ibid.*, mesma página.

62 . *Idem.*, *Ibid.*, mesma página.

6.2.2.A A DUPLA FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS, CONFORME ORIENTAÇÃO DE HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Colaciona-se e destaca-se a seguir os ensinamentos de Humberto Theodoro quanto à dupla missão dos princípios gerais e a importância que assume o estudo e o manejo desses ditos princípios no que diz respeito ao conhecimento e à aplicação do ordenamento jurídico, ou seja, nas palavras do culto processualista:

Diante da dupla missão dos princípios gerais no que diz respeito ao conhecimento e a aplicação do ordenamento jurídico, quais sejam a de preencher as lacunas da lei e a de fornecer recursos para fixação do fiel sentido que se deva dar à norma diante da necessidade do fim social dela bem como das exigências do bem comum, fácil é compreender a importância que assume o estudo e o manejo dos princípios gerais por quem se aventure a penetrar pelos caminhos da ciência do direito e da realização efetiva da ordem jurídica.

E, acrescentando, em linhas depois diz o já mencionado processualista que:

(...) todo o jurista ou profissional do direito que se aprofundar na compreensão de ditos princípios gerais terá uma visão de profundidade muito maior a respeito da matéria estudada e encontrará interpretações e soluções muito mais sábias e coerentes do que quem apenas se contenta com o material exterior e objetivo fornecido pelas palavras da lei e mesmo pelas conclusões extraídas da lógica pura aplicadas à exegese das normas do direito positivo⁶³.

Portanto, há de concluir dizendo que ditos princípios são os pontos de partida ou colunas externas que vêm dar apoio aos diferentes ramos do Direito, ou ainda: São as fontes basilares dos diferentes ramos do Direito que influem na formação e aplicação de suas normas, pois o respeito aos Princípios Gerais de Direito equivalem ao prestígio de uma decisão justa, equânime e não discriminatória.

Assim, ao juiz, como intérprete da ordem jurídica como um todo, cumpre decidir com atenção à lei posta e também aos Princípios Gerais de Direito.

63 . Humberto Theodoro Júnior *in* Princípios Gerais de Direito Processual Civil. Revista de Processo nº 23, p.176.

Mas, é inegável que os Princípios Gerais do Direito além de servirem de sustentação ao juiz no momento de proferir suas decisões, também constituem limites ao seu arbítrio garantido assim, a conformidade dessas decisões com o espírito do ordenamento jurídico.

Revelada a gigantesca importância e influência dos princípios sobre os diferentes ramos do Direito e baseando-se nos ensinamentos de Miguel Reale *in* Lições Preliminares de Direito, p. 303, resta ainda dizer que:

“Toda forma de conhecimento científico ou filosófico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo de saber”. Por consequência a obrigatoriedade dos seus estudos.

Desse modo, resta complementar e arrematar ainda com a definição do citado autor, ou seja:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei)...⁶⁴.

6.3 PRINCÍPIOS, NORMAS E REGRAS:

Conforme exposto, os princípios há muito tempo são motivos de grandes reflexões. Atualmente, percebe uma crescente inclinação em considerar os princípios como normas de grande extensão hermenêutica e axiológica o que vem contribuir a uma maior segurança no que diz respeito à aplicação da lei. Percebe-se,

64 . Miguel Reale, Lições Preliminares de Direito, p.304.

ainda a influência dos princípios na solução de diversos problemas de ordem pragmática.

Nesse sentido, atualmente, os princípios são vistos como “pilares de sustentação,” ou melhor, são estrelas guias que dão o norte interpretativo das normas jurídicas aos legisladores e julgadores diante das situações concretas.

6.3.1 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS, REGRAS E NORMAS:

Luiz Guilherme Marinoni *in* Teoria Geral do Processo citando Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebosky e Rudolf Smend anota:

A doutrina, especialmente após as obras de Dworkin e Alexy, tem feito a distinção entre princípios e regras. Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e aplicação das regras diante das situações concretas⁶⁵.

Mas como bem escreve Daniel Roberto Hertel:

(...) Não se confundem os princípios, as regras e as normas. Na verdade, princípios e regras são espécies de normas. A distinção entre regras e princípios portanto, é uma distinção entre dois tipos de normas. Os princípios são normas de grau de generalidade alto e as regras são normas de grau relativamente baixo de generalidade (Alexy, 2001, p.83). Os princípios estão mais próximos da noção de justiça, enquanto as regras podem ter um conteúdo apenas formal. No conflito entre regras, uma regra exclui a outra. Os princípios, de outro modo, não se excluem. Na verdade, apenas preponderam uns em relação aos outros em determinados casos. As regras ou são válidas ou não; já os princípios, ao contrário, podem ser ponderados. Mas do ponto decisivo de distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios, portanto, são mandatos de otimização, já que podem ser cumpridos em diferentes graus de acordo com as possibilidades reais e jurídicas. As regras, ao contrário, são normas

65 . p. 49

que contêm determinações que devem, ou não, ser cumpridas (ALEXY, 2001: 83-86)⁶⁶.

Com relação ao tema, vale ainda destacar a exposição de Serge Atchabahian, que de maneira esclarecedora citando Walter Claudius, e Robert Alexy assim distingue princípio e regra:

Walter Claudius Rothenburg inicia o tema vertente chamando atenção ao ponto comum existente entre princípios e as regras no sentido de que ambos têm caráter normativo, sendo filiais de um mesmo gênero, qual seja, a norma⁶⁷.

Em seguida, no aspecto da generalidade das normas, assim as distingue: "... a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante, ela é especial na medida em que não regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações".⁶⁸

Já Robert Alexy utiliza o termo "mandamentos de otimização" como palavra chave na distinção entre princípios e regras. Em suas palavras, afirma; "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível"⁶⁹.

Exemplificando, Serge Atchabahian menciona ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello que:

transporta o princípio e a regra para um hipotético "edifício jurídico". Esclarece que esse edifício jurídico, os princípios equivaleriam às suas fundações; ao arcabouço. Significa dizer, uma vez suprimidas,

66. Robert Alexy *in* Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, *apud* Daniel Roberto Hertel *in* Reflexos do princípio da Isonomia no direito Processual, p.165.

67. Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*.s/e. Porto Alegre; Sergio Fabris, 1999, p. 15,*apud* Serge Atchabahian *in* Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas, p. 39.

68. *Ibid.*, p. 26 e 27, *apud* Serge Atchabahian *in* Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas, mesma página.

69. Robert Alexy. Teoria de loss Derechos Fundamentales, s/e. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 e 87, *apud* Serge Atchabahian, *Ibid.*, mesma página.

a consequência natural seria o desabamento de todo o complexo; o edifício ruiria. Daí sua importância prevalente. Por seu turno, no que tange às regras, estas equivaleriam às portas e janelas do edifício jurídico, ou seja, uma vez retiradas não comprometeriam o todo do complexo, não havendo a ruína do edifício jurídico ⁷⁰.

Acrescentando ainda o raciocínio acima, Serge expõe:

muitas vezes, a substituição das referidas portas e janelas implementariam maior eficiência ao funcionamento do edifício jurídico, pela simples razão trazida à luz por Norberto Bobbio para quem: “certamente, pode acontecer, como de fato acontece, que em todo o ordenamento jurídico as normas envelhecem e se tornam injustas...” ⁷¹. É exemplo em nosso sistema jurídico o adultério que ainda é tipo penal consubstanciado no artigo 240 do Código Penal Brasileiro mas, que por datar da década de quarenta, não mais se amolda à sociedade dos nossos dias como crime a admitir pena ⁷².

Cabe ainda, aqui, consignar a obra de André Ramos Tavares - Da Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental, quando contemporaneamente, classifica o princípio, como uma das espécies do gênero norma. Daí que a norma é gênero que comporta duas espécies: princípios e regras.

Adotado esse entendimento, define o princípio como:

a base do sistema jurídico, os seus fundamentos últimos. Neste sentido é que compreende sua natureza como normogênica, ou seja, o fato de serem fundamento de regras, constituindo a razão de ser, o motivo determinante da existência das regras em geral ⁷³.

Faz-se, ainda, menção ao mesmo autor quando ensina que:

Merece atenção a idéia que os denominados princípios (constitucionais) são normas que consagram valores que se servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico, e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia ⁷⁴.

Que por fim conclui:

70 . Serge Atchabahian, *in* Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas, p.40

71 . Norberto Bobbio, *Igualdade e Liberdade*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Edouro, 2000, p. 22, *apud* Serge Atchabahian *in* Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas, p.40.

72 . Serge Atchabahian, *Princípio da Igualdade e Ações Afirmativas*, mesma página.

73 . André Ramos Tavares, *Da Arguição de Descumprimento de Preceito constitucional Fundamental*, p. 86.

74 . *Idem.*, *Ibid.*, p.87.

Com base no conceito exposto, poder-se-ia dizer que os princípios são normas fundamentais do sistema. Contudo, a doutrina tem procurado distinguir, dentre os próprios princípios, alguns que são mais expansivos e mais relevantes para o Direito considerado como um todo de outros, mais específicos de determinados setores. Com este objetivo, é comum falar-se em princípios fundamentais, princípios políticos fundamentais, princípios da Administração Pública, princípios previdenciários, do processo e outros tantos⁷⁵.

6.4 A CONSTITUIÇÃO:

Impõe-se destacar que “todo o corte metodológico do Direito deve ser compreendido sempre a partir da Constituição Federal”⁽⁷⁶⁾, pois, a supremacia da Lei Maior implica a necessidade de o exegeta buscar toda e qualquer interpretação de um texto legal a partir da Constituição.

Por muito tempo no Brasil predominou a má escolha de se interpretar o Direito Civil somente com base no CC; o Direito Processual Civil somente com arrimo no CPC; o Direito Processual Penal, com base exclusivamente no CPP etc.; não se fazendo sequer alusão à Constituição.

Esse fenômeno, embora tenha se justificado no passado, não pode ser mais admitido modernamente, ou seja:

O final dos anos sessenta e principalmente na década de setenta marca o advento de uma virtual renovação dos estudos de direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem Constitucional dos institutos processuais básicos⁷⁷.

Muitas vezes as normas podem causar empecilhos para a melhor prestação jurisdicional. Assim, a fim de solucionar conflitos entre a previsão legal e o interesse jurídico, o juiz que se encontra mais próximo à complexidade do fenômeno

75 . André Ramos Tavares, Da Arguição de Descumprimento de Preceito constitucional Fundamental, p. 88. Tese de Doutorado, PUC/SP, 2000.

76 . Daniel Roberto Hertel *in* Reflexos Do Princípio Da Isonomia no Direito Processual, p. 166.

77 . Willis Santiago Guerra Filho, Teoria Processual da Constituição, p. 24.

processual do que o legislador ordinário deve buscar fundamento na Constituição Federal, cuja aplicação deve ser uma de suas maiores preocupações.

Nesse sentido, ratifica-se o já exposto, ou melhor, modernamente, a tendência é buscar na Constituição bases que venham coadunar-se a uma precisa e efetiva interpretação das normas processuais.

Portanto, a Constituição com seus padrões e princípios previamente dispostos, deve ser sempre privilegiada na interpretação da lei processual.

6.5 A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO:

É notável a preocupação da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 com os direitos do cidadão, podendo-se afirmar que é na “Constituição que nascem as regras fundamentais da diretriz processual” ⁽⁷⁸⁾. Para isso valorizou sobremaneira a atividade processual, ou seja, elevou a atividade processual a um instrumento de proteção dos direitos dos cidadãos. Percebe-se, também que ao fixar os Princípios e as regras fundamentais – norteadores da proteção e a conseqüente efetivação desses direitos foi estabelecida a tutela constitucional do processo o que evidencia a fixação na esfera processual dos valores contidos na ordem político-constitucional ⁷⁹.

Nesse sentido bem anota Daniel Roberto Hertel quando afirma que:

O sistema processual deve ser sempre analisado a partir de sua verdadeira fonte normativa – a Constituição Federal. Com efeito, constituiu premissa equivocada do intérprete analisar as normas processuais a partir da própria norma infraconstitucional ⁸⁰.

78 . Roberto Rosas, Direito Processual Constitucional, p. 13.

79 . Djanira Maria Radamés de Sá, Teoria geral do direito processual civil: a lide e sua resolução, *passim* p.19.

80 . Daniel Roberto Hertel, Reflexos do princípio da Isonomia no Direito Processual, p.167

Nesse sentido, também, os ensinamentos de Bedaque que com superioridade expõe:

A Constituição procura estabelecer, pois, o processo justo, ou seja, o instrumento que a sociedade politicamente organizada entende necessário para assegurar adequada via de acesso á solução jurisdicional dos litígios.

(...)

Exatamente por isso, o sistema processual deve ser construído a partir de regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade ⁸¹.

Em linha de arremate e ainda sob a tutela de Bedaque complementa-se com seus ensinamentos quando expõe:

À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesma. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema não sincronizado com seu objeto ⁸².

Importa ressaltar também que a Lei Maior impõe exigências e oferece garantias que convergem a um núcleo central e comum – o devido Processo Legal – *Due Process of Law*, ou melhor,

A conjugação de Constituição e processo é utilizada para designar o processo, e suas exigências teóricas e técnicas, como garantia constitucional básica da aplicação do ordenamento jurídico. É um “direito garante do direito” ⁽⁸³⁾ sendo um indispensável aparato de garantias e modalidades de seu exercício, estabelecidos para a defesa dos direitos fundamentais do homem ⁸⁴.

Evidencia-se, ainda, que a Constituição Federal reconhece vários princípios e que estes se constituem em fontes basilares para qualquer ramo do direito, devendo assim, prevalecer em relação a processos de toda espécie e em relação, *ao Direito*

81 . José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização), p.63-64.

82 . Hermando Morales Molina, “La prueba”, p. 18, *apud* José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p.19

83 . José Almagro Nosete. *Constitucion y processo* “. Barcelona. Libreria Bosch, 1984, p. 75, *apud* Maristela da Silva Alves. “Processo e Constituição” in *Revista da Ajuris*, nº. 85, p. 268.

84 . *Idem.*, *ibid.*,, mesma página.

do *Processual Civil*, não poderia ser diferente, ou seja, quando da sua aplicação no processo, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa, possibilitando-se, ainda, que a sucessão dos atos do processo seja realizada de forma mais segura possível, e que o julgador chegue ao exato resultado previsto pelo direito material.

Numa síntese especialmente feliz, observou a ilustre advogada Maristela da Silva Alves *in* artigo *Processo e Constituição* quando assim esclarece: “direito processual é direito constitucional aplicado” ⁽⁸⁵⁾. E, complementando suas reflexões, cita a mencionada advogada, Frederico Marques que afirma:

A importância da Constituição, no tocante ao Processo, é das maiores, não só porque na Lei Básica se acham as regras que o legislador ordinário não pode violar, como também porque o “processo”, concebido como garantia de justiça, nada mais significa que a imediata e direta complementação dos mandamentos constitucionais ⁸⁶.

Acrescentando ainda a l. advogada em linhas depois diz que:

O estudo do processo, sob o enfoque constitucional, amplia a sua importância na busca da justiça e na segurança do procedimento sob o enfoque das garantias expressas na constituição. O que significa que está havendo uma conscientização de que as exigências do código constituem projeção de norma de mais alta posição hierárquica que é a Constituição Federal e, por isso, deve ser base para a conformação doutrinal e jurisprudencial que serve unicamente para atuar os valores consagrados na Constituição Federal.(...). Portanto, o compromisso do Poder Judiciário não pode ser outro que com os valores consagrados na Constituição Federal e positivados através de regras e princípios ⁸⁷.

É, pois, nesse sentido que se ratifica das exposições trazidas acima, que a Constituição e os princípios e garantias nela introduzidos são pontos básicos da constitucionalização do direito processual, servindo ainda como base para a elaboração e aplicação do Direito.

85 . p.264.

86 . José Frederico Marques, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2ª. Edição - São Paulo: Saraiva. 1959, p.24, *apud* Maristela da Silva Alves, “Processo e Constituição”.Revista do Ajuris, nº. 85, p. 264.

87 . p. 269.

Fundamentando, ainda, com base nas exposições acima, destaca-se que a Constituição Federal conferiu expressamente, extraordinária importância aos princípios, que deverão prevalecer em relação a Processos de toda espécie, dentre os quais ressalta-se a seguir:

7. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DA ISONOMIA:

“Na etimologia, privilégio significa lei excepcional, concernente a um particular ou a poucas pessoas (*privilegium* – *privus e lex*). Já prerrogativa vem de *prerogare*, pedir algo, no princípio, mas Ulpiano igualava a prerrogativa ao privilégio” ⁸⁸.

7.1 BREVE APANHADO DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA:

A igualdade por muito tempo, não passou de um ideal inatingível para milhões e milhões de pessoas, isso quando como tais eram consideradas, pois, como se sabe, os escravos não o eram. Há de se dizer também que a igualdade não acompanhou os passos da humanidade desde o sempre; antes demorou para ser tida como um direito dos homens os quais tinham que conviver em situação de inferioridade em relação a alguns de seus semelhantes que, por algum título que tivesse, gozavam de privilégios, situações de favorecimento e de desrespeitosa superioridade, o que só provocavam revoltas, sempre sofridas mas inicialmente surdas, explodindo num momento posterior. Nesta direção destaca-se que:

A idéia de que os homens são livres e iguais em direitos provém dos pensadores do Contrato Social (Rousseau, Locke, Hobbes, Montesquieu). Teoria desenvolvida no século XVII, cujo ideal vai desencadear uma série de transformações sociais já no século XVIII, e caracterizada em documentos como as declarações americana e francesa. Ambos os documentos são marcados por uma ideologia individualista e burguesa dos direitos do homem e do cidadão ⁽⁸⁹⁾. A igualdade dos homens como princípio jurídico formalizado apareceu, pela primeira vez, não de forma evidente, na Virgínia Bill of Rights, de 12-06-1776: “Allmen are by nature equally free and independent

88 . Roberto Rosas, Direito Processual Constitucional, p.37.

89 . Chain Perelman. L' Egalité Bruxelles, Etabissements E. Bruyeant, Vol. V, 1977, p.-6-13, *apud* Denize Stumm. Princípio da Igualdade, p. 68 in Revista: Estudos Jurídicos, vol. 23, n. 59, 1990.

and have certain inherent rights”⁽⁹⁰⁾. Já de forma clara foi consagrado na Declaration des Droits de l’ Homme du Citoyen de 1793: “Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi”⁹¹.

Complementando este breve apanhado da perspectiva histórica a respeito do princípio da isonomia faz-se, aqui, uso das observações de Francisco Alberto Motta Peixoto Giordani, quando cita Fabio Konder Comparato que assim expõem:

...a primeira formulação moderna do princípio jurídico da igualdade deu-se, no dealbar da Revolução Francesa e apresentou um tom nitidamente libertário: proclamou-se a libertação de todos os homens da sujeição congênita a um estamento. Já não era, pois, o nascimento que definia o status jurídico individual. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 abre-se com a afirmação de que ‘os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos’. ‘Em direitos, note-se bem, não em fortuna ou prestígio social. Aboliam-se, pois, de um só golpe todas as ordens jurídicas estatais, a começar pelas que se fundavam no privilégio de nascimento (...)’⁹².

Há de se dizer também, que apesar da grande projeção da declaração Francesa, a Constituição norte - americana também contribuiu para a consagração do liberal-individualismo, defendido desde algum tempo, por conceituados pensadores do século XVIII.

Pelo o exposto não há como fugir da conclusão de que a igualdade foi estabelecida, ou melhor, a igualdade formal, aquela que se afinava com a ideologia liberal, então vitoriosa ou ainda, conforme dilucida Elival da Silva Ramos:

De fato, quando na segunda metade do Século XVIII o sistema político democrático adquiriu consistência teórica e difusão prática, por meio das Revoluções Liberais, o valor igualdade estava definitivamente incorporado à sua pauta axiológica, juntamente com o valor liberdade.
(...)

90 . H. McCree Jr., Igualdade sob a Constituição. Artigo in RDP, 1987, nº. 84, p.150-156, *apud* Raquel Denize Stumm, *Ibid.*, mesma página.

91 . Maria da Glória Ferreira. Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de sentido? In Boletim do Ministério da Justiça, nº. 358, 1986, p. 19-64, *apud* Raquel Denize Stumm, *Ibid.*, mesma página.

92 . Fabio Konder Comparato “Igualdade, Desigualdades”. Revista Trimestral de Direito Público, 1/1993, p. 73, *apud* Francisco Alberto Giordani in O Princípio da Igualdade e a... p. 4-5. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

O direito à igualdade recebia, então, um tratamento meramente formal, a significar que, para a ordem jurídica, bastavam a possibilidade lógico-formal dos indivíduos serem titulares dos direitos por ela consagrados e não a efetiva possibilidade de sua fruição ...⁹³.

Posteriormente, o ideal da igualdade esteve sempre presente nas Cartas Constitucionais Liberais, passando desde há algum tempo a ter estatutura Constitucional, figurando nas diversas constituições como assim ensina Castanheira Neves citado por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a Atuação do Ministério Público Enquanto Parte, p. 4 :

(...) o princípio após sua proclamação e posterior inclusão na Constituição, “ficou adquirida para sempre como um verdadeiro axioma político e jurídico que todas as constituições até aos nossos dias, e em todas as latitudes, iriam consagrar, com essa mesma formulação ou semelhante”⁹⁴.

E na atualidade, o *Princípio da Isonomia ou da Igualdade* está previsto no artigo 5º. caput, da vigente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É um princípio basilar dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, uma vez que se encontra na abertura da exposição do artigo que trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.”

O art. 5º. da Constituição Federal dispõe, *in verbis*:⁽⁹⁵⁾

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Importante lembrar que o Direito à Igualdade está entre os direitos invioláveis.

93 . O Direito à Igualdade Formal e Real, Revista dos Tribunais, v.651, p. 53.

94 . O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais, Coimbra Editora, 1983, pp.118/119. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009

95 . Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 05-10-1988).

É um princípio umbilicalmente ligado ao Estado de Direito e ao Regime Democrático, e que tem estado presente nas preocupações dos povos ocidentais desde a Revolução Francesa.

E conforme observa José Augusto Delgado citado por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a Atuação do Ministério Público Enquanto Parte:

[O princípio da igualdade]... existe como postulado de caráter geral, com a missão de ser aplicado em todas as relações que envolverem o homem. É um direito fundamental que exige um comportamento voltado para que a lei seja aplicada de modo igual para todos os cidadãos.

(...)

No campo da proteção das garantias processuais do cidadão, o princípio da igualdade constitui postulado vital (...) ⁹⁶.

7.2 O CONCEITO FILOSÓFICO DE IGUALDADE:

Elival da Silva Ramos, valendo-se do magistério de Anacleto de Oliveira Faria (Do Princípio da Igualdade Jurídica, São Paulo, Ed. RT-EDUSP, 1973, pp. 35-46), expõe ⁽⁹⁷⁾:

(...) podemos agrupar as diversas correntes que se digladiam no tocante ao conceito filosófico de igualdade em três grupos. O primeiro é constituído pelos adeptos de uma concepção nominalista da igualdade, os quais na verdade, lhe negam existência no mundo real, reduzindo o princípio a mero exercício de verbalização (*flatus vocis*), despido pois, de qualquer significado no mundo jurídico. Platão e Aristóteles, por exemplo eram nominalistas e consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural. O segundo representa a corrente idealista que preconiza o igualitarismo absoluto entre os seres humanos, quer partindo de premissas meramente formais, quer demonstrando o terreno da realidade sócio-econômica. Essa era, em essência, a posição de Rousseau. O terceiro, finalmente, é formado pelos partidários do conceito realista de

96 . "A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão", incluído na obra coletiva "As Garantias do Cidadão na Justiça", coordenada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira Saraiva, 1993, p.73, *apud* Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a... p.4-5 . Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

97 . *In* Revista dos Tribunais, vol. 651, p. 52.

igualdade, que trabalham com a idéia de núcleo essencial onde se vislumbraria a igualdade intrínseca entre os seres humanos (o traço unificador e universalizante da humanidade) ao lado de inúmeras desigualdades periféricas, as quais às vezes (mas nem sempre) devem ser reduzidas pelo legislador, nas hipóteses que se aviltam aquele núcleo fundamental da chamada dignidade humana.

(...).

Ressalta-se que as primeiras aplicações práticas do princípio da igualdade inclinaram-se a seguir a orientação nominalista – onde a desigualdade é uma característica de todo o universo, ou seja, os seres humanos nascem e permanecem sempre desiguais; mas é notória sua incompatibilidade com o conceito de igualdade buscado pela democracia contemporânea.

7.3 O CONCEITO JURÍDICO DE IGUALDADE:

O conceito jurídico de igualdade pode ser vista sob dois planos: sob o formal e sob o material.

Nas palavras da ilustre professora Ada Pellegrini Grinover:

A igualdade pode ser vista sob seu aspecto meramente formal, contrapondo-se à igualdade material. E pode ser vista sob o ângulo do esforço de transformação da igualdade formal em igualdade material. O que significa, em outras palavras, que a igualdade tem uma dimensão estática e outra dinâmica. Na dimensão estática, o axioma de que *todos são iguais perante a lei* parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transforma-las em igualdade real⁹⁸.

Interessante ainda, ceder o passo a Roberto Rosas que em sua obra *Direito Processual Constitucional* expõe que:⁽⁹⁹⁾

Formalmente, a Constituição Federal impõe o princípio da isonomia, onde todos são iguais perante a lei. A regra da igualdade impõe

98 . Novas tendências do Direito Processual: de acordo com a Constituição de 1988, p. 6.

99 . Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, p.37.

sempre a igualdade das partes. Isso leva a impedir que uma parte por motivos alheios à sua vontade, não possa defender-se, como é o caso do incapaz, do réu preso, do revel citado por edital. A essa dá-se assistência para poder igualar-se a outra parte, ocorre então, a chamada igualdade real.

7.3.1 MAS O QUE VEM A SER IGUALDADE FORMAL?

(...) Após a revolução francesa, a vitória da burguesia trouxe para o pensamento jurídico a tendência da preservação dos interesses individuais, limitados apenas pela norma, expressão dos ideais coletivos. Dessa tendência decorreu como conseqüências, um extremo apego à lei na interpretação e aplicação do Direito pelo juiz... ¹⁰⁰.

Pode-se assim afirmar que a igualdade formal é aquela prevista no texto legal e situa-se num plano puramente normativo e formal, ou seja, nada mais significa senão a simples conformidade, em todas as situações que lhe forem subsumidos, da conduta humana à norma de conduta. Nessa altura, interessante o recordar-se ensinamentos de Kelsen para quem: “Com efeito, a chamada igualdade perante a lei não significa qualquer outra coisa que não seja o conteúdo que esta lei possa ter, mesmo que ela não prescreva um tratamento igual, mas um tratamento desigual ¹⁰¹”.

Pode-se também, dizer que se consubstancia unicamente na possibilidade lógico-formal dos indivíduos serem titulares de direitos já consagrados pela ordem jurídica e não na efetiva possibilidade de sua fruição. No plano teórico é a visão socialista-marxista do conceito de igualdade.

100 .Lídia Reis de Almeida. Neutralidade e imparcialidade dos juízes.Revista IBDFAM 2003, *apud* Anderson João dos Santos Alves *in* artigo Dos Deveres do Juiz, p.2.Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877>> Acesso em:16/07/2009.

101 . Kelsen. A justiça e o Direito Natural, Coimbra, Arménio Amado, 1963, p. 79, *apud* Agapito Machado *in* Justilex no. 44, p.26.

A igualdade formal limita-se “a abolir privilégios, isenções pessoais e regalias de certas classes,” ⁽¹⁰²⁾ reivindicando direitos iguais e iguais oportunidades para todos. A igualdade aí é tomada no sentido de identidade, onde a lei não estabelece diferença entre os indivíduos, por isso é negativa.

Portanto, a igualdade formal resume-se na concessão de tratamento isonômico aos seres humanos em todas as situações, onde a regra é:

“Tratar os iguais e os desiguais de forma sempre igual” ¹⁰³.

Nesse sentido, colaciona-se:

A noção formal de igualdade consubstancia-se nas idéias do iluminismo e do Contrato Social. A isonomia é buscada na *ratio*, meio que permite igualar o homem. O homem se torna igual na medida em que possui soberania popular e, por isso, vota e faz a lei. Lei é resultado de um consenso ao qual o homem deve obedecer por ter aderido de alguma forma com a sua vontade. Na medida em que a lei é válida para todos, ela revaloriza o homem, exigindo luta contra privilégios, reivindicando direitos iguais e iguais oportunidades para todos. Neste sentido, a igualdade não coincide com o sentido material de justiça, confundindo-se com o princípio da legalidade ¹⁰⁴.

7.3.2 A IGUALDADE MATERIAL - SUBSTANCIAL:

Os ideais teóricos de igualdade do Socialismo – marxista se tornaram inadequados, o que resultou em uma ampla insatisfação pelos indivíduos, ou seja, o mero reconhecimento formal dos direitos não é mais suficiente.

Arduamente, agora o que se almeja é um basta ao excesso de rigidez, o que se busca é “... a igualdade de oportunidades, de modo que atribua mobilidade às estruturas sociais...” ¹⁰⁵. Nesse sentido pode-se afirmar que a igualdade material é sinônimo de justiça social, pois: “ a todos devem ser concedidas condições materiais

102 . Daniel Roberto Hertel *in* Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual, p.171.

103 . *Idem.*, *Ibid.*, mesma página.

104 . Raquel Denize Stumm *in* Princípio da Igualdade, p. 69.

105 . Elival da Silva Ramos, O Direito à Igualdade Formal E Real *in* Revista dos Tribunais, vol. 651, p. 54.

que possibilitem existência digna, em que as potencialidades individuais possam florescer”¹⁰⁶.

Assim, considerando-se e olhando-se sob o ângulo da justiça social o conceito estrito do princípio da igualdade foi superado por um entendimento mais amplo, ou seja, a aplicação da letra fria da lei é amenizada, busca-se agora, a situação própria do indivíduo.

Com esta sintonia, passou-se a ligar o princípio da igualdade à justiça (em sentido amplo - material) desse modo, é necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, assim:

Todos são iguais perante a lei, mas há de se ter em conta: alguns são mais iguais que outros. A existência de diferenças sociais e econômicas entre os indivíduos de uma sociedade exige tratamento desigual ¹⁰⁷.

Assim, a busca pela igualdade de oportunidades prevalece, não mais existe aquele ideal por uma igualdade aritmética e absoluta entre os homens.

O ideal de igualdade agora clama pelo fim das antigas e abstratas liberdades individuais que darão lugar a uma efetiva fruição dos direitos.

A igualdade deixa de ser concebida como identidade e, definitivamente, passa a ser considerada como sinônimo de justiça social, ou melhor, agora o espírito da igualdade é a busca pelo equilíbrio dinâmico entre liberdade e igualdade ¹⁰⁸.

Ou seja:

A justiça proporcional sofre, então, mudanças de sentido radical. Os desiguais passaram a ser tratados desigualmente, mas com o sentido de pôr um fim as desigualdades que colocassem em risco a dignidade da pessoa humana, vale dizer a fruição de certos direitos tidos como fundamentais. As políticas públicas passam a ser direcionadas nesse sentido, envolvendo o Estado - administrador. Também a nível judiciário, o exagerado formalismo processual sofre

106 . Elival da Silva Ramos, O Direito à Igualdade Formal e Real, p.54.

107 . Denize Raquel Stumm, *in* Princípio da Igualdade, p.69.

108 . Elival da Silva Ramos, O Direito À Igualdade Formal e Real, *passim*, p. 54.

golpes mortais, em face da concepção publicística do processo (v.g., o princípio da universalidade do acesso à Justiça) ¹⁰⁹.

A disposição do princípio da igualdade logo no caput do artigo 5º. demonstra a preocupação do legislador constituinte em dar à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 um cunho social, conforme as mais avançadas Cartas do mundo Ocidental. É, portanto, um Princípio Constitucional que obriga ao legislador e ao aplicador da lei.

Vale destacar que o artigo faz menção duas vezes à igualdade o que demonstra a importância que o constituinte pretendeu conferir ao Princípio da Igualdade.

Portanto, “é nos textos da Constituição que o jurista deve buscar elementos integrativos do contexto de igualdade jurídica, porque fora deles, embrenhar-se-á numa floresta inextrincável de indagações, quase sempre infrutífera” ¹¹⁰.

Com esta intenção ressalta-se os dizeres de Denize Raquel Stumm, quando menciona os professores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra, ou seja:

A disposição do princípio logo no caput do artigo 5º. evidencia a intenção do legislador em fazer subentender a extensão de um tratamento igualitário, ou seja, procurou-se garantir a todos os demais direitos e garantias constitucionais tal critério de tratamento¹¹¹.

Mas qual o significado do princípio da igualdade para a sociedade contemporânea e para seus cidadãos?

À essa altura, propício o recordar-se das observações de Fernando Alves Correia citado por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani quando esclarece que: “o conceito de igualdade esteve sempre presente no pensamento europeu. Os

109 . Elival da Silva Ramos, O Direito À Igualdade Formal e Real, mesma página.

110 . Paulino Jacques. Da Igualdade perante a lei. Rio de Janeiro: Ed. A Noite, 1947, *apud* Daniel Roberto Hertel *in* Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual, p. 170.

111 . *In* Princípio da Igualdade, p. 68.

filósofos gregos, com especial destaque para Platão e Aristóteles, e, mais tarde, na Idade Média, S. Tomás de Aquino dedicaram-lhe uma especial atenção ¹¹². “Com os filósofos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, o princípio da igualdade adquire um novo vigor, sendo utilizado como uma arma ideológica contra o despotismo, enfim, a humanidade sempre buscou a noção de igualdade ¹¹³”.

Mas, considerando-se a questão acima quanto - o significado do princípio da igualdade para a sociedade contemporânea - e utilizando-se das reflexões de Denize Raquel Stumm pode-se dizer que:

(...) este princípio que, há alguns anos, era praticamente desconhecido e, hoje, desponta interesse tanto na jurisprudência nacional como na estrangeira, como um argumento contra os excessos de poder cometidos contra os cidadãos ¹¹⁴.

Ou, ainda,

em outras palavras, significa que a igualdade funciona como freio à discricionariedade do Poder Público, o qual não pode escamotear de forma sutil a exigência material de igualdade. Ele tem de forçosamente buscar justificativa para seus atos no âmbito do valor igualdade ¹¹⁵.

Interessante ainda, aqui, o recordar dos ensinamentos da professora Teresa de Arruda Alvim Wambier no sentido de que “(...) o princípio da legalidade e o da isonomia, verdadeiros pilares da civilização moderna levam a que se considerem desejáveis soluções que tendam a evitar que ocorram discrepâncias” ¹¹⁶.

E, embora sob as vistas da Constituição anterior, vale destacar também a observação de Maria da Glória Lins e Silva Castro, citada por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, no sentido de que:

112 . In O Princípio da Igualdade e a atuação do Ministério Público Enquanto Parte p.2. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

113 . Antonio Celso Baeta Minhoto, Princípio da Igualdade, p. 31.

114 . In Princípio da Igualdade, p. 68.

115 . *Idem.*, *Ibid.*, p.71.

116 . Teresa Arruda Alvim Wambier, Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia como inspiradores da compreensão de algumas recentes alterações do direito positivo – Constituição Federal e CPC, p.188.

Esta igualdade prevista, no artigo 153, parágrafo 1º. do texto constitucional, é, por sua vez, basilar a todo ordenamento jurídico contemporâneo. Sem garantia de igualdade, não haverá como afastar da vida jurídica as discriminações, sobretudo, de ordem econômica e social ¹¹⁷.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, atualmente, o princípio da igualdade, perdeu seu caráter individualista, pois se antes objetivava a legitimação de um Estado com a mínima interferência nas relações intersubjetivas, pois estas se regulariam pela igualdade natural de todos; hoje se torna uma diretriz de equalização nas relações, deixando de ser uma vinculação negativa e passando a ser positiva, na medida em que obriga, não só o legislador, mas também o “o operador do direito”, a tomar medidas que equilibrem essas relações.

7.4 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITES DA ATUAÇÃO DO ESTADO:

Conforme visto, a contenda da igualdade abarca desde há muito tempo um espaço muito maior no âmbito do Direito e sua conquista decorreu de árdua luta durante a história da civilização, “sendo este um instrumento que disciplina a conduta humana e a vida” ¹¹⁸.

“Como bem é assinalado por diversos autores, o princípio da igualdade é o mais importante dentre todos os princípios jurídicos” ⁽¹¹⁹⁾. Ou, ainda, acolhendo-se as reflexões de Rui Portanova, *verbis*:

117. Os Mitos do Processo Civil, Revista Brasileira de Direito Processual, vol. 51, Forense, p.83, *apud* Francisco Alberto Giordani, *in* O Princípio da igualdade e a... p.8. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

118. Serge Atchabahian, *in* Princípio da Igualdade e ações afirmativas, p. 14.

119. *Idem.*, *Ibid.*, mesma página.

O Princípio da Igualdade, pela sua importância no direito brasileiro, está previsto no Preâmbulo da constituição e em seu art. 5º: todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Não é demais admitir que se está diante de princípio supra constitucional, no sentido de que outras disposições da Constituição lhe devem obediência¹²⁰.

E não se afastando dessa linha de pensamento, Paulo Bonavides enfatiza e ensina que:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da Igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, como não poderia deixar de ser, o direito chave, o direito guardião do Estado social¹²¹.

Com este efeito, ratifica-se que o princípio da igualdade ilumina todo o sistema processual, assume grande extensão no campo legislativo como também, influencia nas decisões administrativas. Assim, considerado um “dos pilares da sociedade moderna” constata-se que seus preceitos vem auxiliar e direcionar o juiz, o legislador como também o administrador na formação das posturas a serem tomadas adequando-as aos fins preconizados pela Constituição segundo os valores da sociedade.

Nesse sentido, importa ressaltar o princípio da igualdade como limitador da atuação do Estado.

Percebe-se que o Estado não mais ocupa a função de mero garantidor de direitos, mas tornou-se meio para amenizar os conflitos sociais gerados por diferenças econômicas e sociais gritantes.

120 . Princípios do Processo Civil, Livraria do Advogado? Editora, 2ª. Tiragem, Porto Alegre, 1997, p.37, *apud* Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a... p. 8. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso: em 16/07/2009.

121 . Paulo Bonavides. Curso de Direito Constitucional, p.340-341.

O Estado, de mero garantidor passou a interventor, ou seja, a intervenção do Estado, que anteriormente ficava restrita aos limites legais, tem hoje uma esfera de atuação alargada, estando autorizado a intervir para dar condições iguais a todos os integrantes de uma sociedade, diminuindo diferenças sociais ou amenizando-as.

Assim, além de perseguir a Justiça Social, o Princípio da Igualdade, faz-se presente “como um limite à atuação dos poderes do Estado, também como fundamento de atuação do Poder Público” ¹²².

O limite à atuação do Estado pode ser visto sob dois prismas:

7.4.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITE EXTERNO DA ATUAÇÃO DO ESTADO:

Conforme a exposição de Raquel Denize Stumm ⁽¹²³⁾ em “*Princípio da Igualdade*”:

(...) o sentido da Igualdade acompanha a evolução de valores de uma sociedade. (...) A mudança no entendimento do que seja igualdade perante a lei vai provocar no Estado uma atitude não mais passiva, mas ativa. Ele está autorizado a intervir para dar condições iguais a todos os integrantes de uma sociedade, diminuindo diferenças sociais ou, pelo menos, amenizando-as. A esfera de discricionariedade do Estado aumenta, necessitando limite (para que não se crie um monstro), o qual será dado pelo Princípio da Igualdade. Tal Princípio chamado de “irredutível inimigo da discricionariedade”, por Canotilho ⁽¹²⁴⁾ ocupa o papel de garantidor de igual tratamento a todos os cidadãos por parte do Estado. Em outras palavras, significa que a igualdade funciona como freio à discricionariedade do Poder Público, o qual não pode escamotear de forma sutil a exigência material de igualdade. Ele tem de forçosamente buscar justificativa para seus atos no âmbito do valor igualdade. Há neste valor uma força vinculativa perante a administração. O princípio da autovinculação da administração compreende a atuação da administração pública nos parâmetros do princípio da Igualdade perante a lei. Semelhante vinculação deve ocorrer mesmo na esfera da discricionariedade que ela possui. O

122 . Raquel Denize Stumm in Princípio da Igualdade, p.70.

123 . p.70-71.

124 . José Joaquim Canotilho. Direito Constitucional. Coimbra, Almeida, 1981 (p. 51), *apud* Raquel Denize Stumm in Princípio da Igualdade, p.70.

direito à igualdade de tratamento é um direito subjetivo de cada cidadão. Logo, a esfera de discricionariedade que possui o Poder Público deve vincular-se obrigatoriamente a esta qualidade de tratamento. O princípio da isonomia manifesta-se na prática quando da concreção das normas aos fatos. É nesse momento que o conteúdo jurídico de tal princípio se manifesta, bem como determina quando aplicá-lo.

7.4.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITE INTERNO DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO:

Conforme, também, observado pela autora citada no item acima: ⁽¹²⁵⁾

O maior âmbito de atuação do Estado Social de direito reclama, em contrapartida, também maior justiça, exigindo igualdade em relação à própria lei e não mais só às situações a que ela se aplica. Em outros termos, o Estado nos moldes dos princípios liberais apenas se limitava a cumprir a lei. Só atuava porque havia uma lei que assim o ordenava, não podendo transgredir ao que ela estipulava nem, tampouco, tomar iniciativas básicas urgentes e necessárias em prol de seus súditos. (...). A função social do Estado Social de Direito é a de propiciar a realização de justiça material através de normas ou decisões jurídicas. Nesse sentido, o Princípio da Igualdade tem uma função específica: realização da justiça, mediante a discriminação. É o fim de cada norma que se busca, ou seja, a partir de uma interpretação teleológica procura-se a realização do justo, ou como diz Castanheira Neves: da idéia de Direito.

(...)

O Princípio tornou-se um limite interno da atividade do Poder Público, na medida em que busca a realização de uma igualdade social ou de justiça material. O que se busca na realização da justiça é a igualdade da lei através da lei, não a igualdade perante a lei. O fim a que se almeja é a igualdade material, de fato, em que a lei tem a função de meio. Ela representa, apesar do abrandamento de sua aplicação, a *ratio* dos primeiros textos constitucionais, uma vez que comporta a idéia de parâmetro de igualdade ou de tratamento justo. Este parâmetro resulta de consenso entre os homens. O Princípio da Igualdade assume o ápice numa escala de valores dentro de uma sociedade. Ele transcende valores básicos, sendo elevado a princípio da justiça em sentido amplo. É um princípio constitucional, muito embora o valor igualdade seja supraconstitucional, inerente ao indivíduo. Enquanto formalmente só existe uma igualdade, materialmente há tantas quantas são as situações comparadas e critérios valorativos. A igualdade social é apenas uma modalidade de igualdade material, atinente a um conjunto, de valores que variam conforme as sociedades e épocas. Assim, a igualdade social, exigida pelo princípio, será em cada momento, aquela que a consciência social impõe. Quer dizer, deve-se manter um conceito aberto do

125 . Raquel Denize Stumm, *Ibid.*, p.71-72.

princípio da igualdade para que se adapte a cada momento de acordo com as necessidades sociais, sob pena de destruição da liberdade e demais valores que a sociedade em si assimila.

(...)

Em síntese, a evolução no entendimento do princípio da igualdade acompanha o desenrolar dos fatos históricos, juntamente com o anseio social por mudanças. A aplicação da lei não pode ser, nos dias atuais, vista como algo mecânico. Há um alargamento em sua aplicação. É o entendimento mais amplo que permite lutar contra a injustiça, bem como aumentar a confiança no princípio da igualdade¹²⁶.

7.5 A IGUALDADE PERANTE A LEI E A IGUALDADE DA LEI:

A primeira significa a obediência às normas jurídicas gerais aos casos concretos, ou seja, segundo o estabelecido por elas (isonomia formal). A segunda não admite que as normas jurídicas tragam distinções não admitidas pela própria Constituição, isto é, tanto o legislador quanto o aplicador não podem desigualar¹²⁷.

Acentua Daniel Roberto Hertel que: “a doutrina alienígena distingue igualdade na lei de igualdade perante a lei. A primeira expressão destina-se ao legislador, enquanto a segunda, ao intérprete”¹²⁸.

Canotilho,⁽¹²⁹⁾ citado por Hertel, distingue em: igualdade quanto à criação do direito, para referir-se a primeira vertente da igualdade e em igualdade na aplicação do direito, para fazer menção à segunda.

Mas, conforme preconiza Hertel:⁽¹³⁰⁾

De qualquer forma, a distinção entre igualdade na lei e perante a lei, entre nós, não é relevante, já que a doutrina e a jurisprudência consideram que o princípio da isonomia tem como destinatários tanto o legislador, como o intérprete.

126 . Raquel Denize Stumm, *in* Princípio da Igualdade, p.75.

127 . Seabra Fagundes, “O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo” *in* RT 235/3, *apud* Roberto Rosas *in* Direito Processual Constitucional, p. 38.

128 . *In* Reflexos do Princípio da isonomia no Direito Processual, p. 173.

129 . José Joaquim Gomes.Canotilho.Direito constitucional e teoria da constituição.6ª. ed. Portugal: Almedina, 2002, *apud* Daniel Roberto Hertel *in* Reflexos do Princípio da Isonomia, p.173.

130 . *Ibid.*, mesma página.

Tai posição afina-se com o da eminente advogada Cristiane Flores Soares Rolin, ou seja: “que o princípio da igualdade é de ser observado tanto pelo legislador como pelo juiz, acrescenta, quanto a este, que cumpre-lhe “garantir às partes tratamento paritário no processo, bem como na aplicação da lei” ¹³¹.

Ilustrando, Hertel cita André Ramos Tavares ⁽¹³²⁾ que expõe:

Por isso, a igualdade aplica-se, sobretudo, em face da atuação do Executivo, mas não apenas deste. Impõe-se, igualmente, como comando dirigido ao Legislativo, e, também ao próprio Poder Judiciário, no desenrolar do processo judicial (por ocasião do tratamento a ser dispensado a cada uma das partes).

E em linhas mais adiante, Hertel observa ainda que ⁽¹³³⁾ :

A despeito de a doutrina nacional não estabelecer qualquer distinção entre igualdade na lei e perante a lei, “deve-se destacar que no plano fático, a distinção tem conseqüências profusas. A igualdade perante a lei, com efeito constitui-se em diretriz fundamental para o aplicador da norma, tendo em vista que a igualdade na lei é insuficiente para resolver as diversas disparidades típicas das sociedades capitalistas.

E ainda neste contexto, acentua - se José Afonso da Silva, citado por Rosas *in* *Direito Processual Constitucional*, p. 339 ⁽¹³⁴⁾:

A concepção de que o poder da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador acresce a importância da igualdade da justiça ou igualdade jurisdicional. Pois se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastava-lhe respeitar o princípio da legalidade e o princípio da igualdade estaria salvo. Dirigindo-se ao legislador, o próprio princípio impõe, ao judiciário; o dever de verificar, quando devidamente invocado, se foi respeitada a regra da isonomia traduzida na Constituição.

Nesse passo, interessante destacar que conforme registro de Hertel *in* *Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual Civil* em nota de rodapé, (p.

131 . Cristiane Flores Soares Rolin. *In* artigo “A Garantia da Igualdade no Processo Civil frente ao Interesse Público”, inserto em obra coletiva “As Garantias do Cidadão no Processo Civil”, organizado por Sérgio Gilberto Porto, p. 62, *apud* Francisco Alberto Giordani *in* O princípio da Igualdade e a... p.12. . Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR Acesso: em 16/07/2009.

132 . Curso de Direito Constitucional, p. 399, São Paulo: Saraiva, 2002, *apud* Daniel Roberto Hertel *in* *Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual*, p.173.

133 . *In* *Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual*, p.173.

134 . “ O advogado perante o princípio da igualdade” *in* *Anais da VI conferência da OAB*, p. 335, Salvador, 1976) *apud* Roberto Rosas *in* *Direito Processual Constitucional*, p. 38.

173), “que para Francisco Campos, citado por Rosas, o destinatário do princípio da isonomia é somente o legislador”.

8. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE/ ISONOMIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:

As garantias constitucionais disciplinam e tutelam o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que propiciam meios para que esses direitos sejam concretamente exercidos, ou seja: A Constituição Federal de 1988 preconiza no art. 5º. Caput c/c com o artigo 3º. , inciso IV a igualdade perante a lei, cujo ordenamento não pode estabelecer qualquer tipo de discriminação, preconceito ou diferença. Do mesmo modo consagra o princípio da isonomia ou do tratamento igualitário das partes no Processo Judicial ou Administrativo.

Esta equivalência demonstra que o princípio da igualdade, além de seu caráter de norma de direito material, assume uma dimensão processual, assumindo no Direito Processual Civil a conotação de *Princípio da Igualdade das Partes*, onde preconiza a igualdade formal perante o juiz que torna concreta a norma legal pela igualdade processual no interior do processo.

Neste diapasão, é indiscutível a supremacia das garantias constitucionais e dentre elas destaca-se o *Princípio da Isonomia ou do Tratamento Igualitário das Partes no Processo* considerado assim, um instrumento, de proteção dos direitos dos indivíduos.

Portanto, é a partir da Constituição Federal que o intérprete deve analisar as normas processuais, pois é desse modo que a garantia constitucional da isonomia refletir-se-á efetivamente no campo do direito processual, pois somente a plena Igualdade das Partes poderá propiciar um resultado justo no Processo.

Nesse sentido, colaciona-se os ensinamentos de Bedaque ⁽¹³⁵⁾:

(...) o sistema processual deve ser construído a partir de regras constitucionais em que estão consubstanciados seus princípios fundamentais. Constitui método equivocado de interpretação das regras instrumentais considerá-las independentemente do modelo processual - constitucional e somente depois verificar a existência de compatibilidade.

8.1 MAS O QUE SIGNIFICA DAR “TRATAMENTO ISONÔMICO ÀS PARTES” NO PROCESSO?

Conforme os ensinamentos de autores do porte de:

- a. José Carlos Barbosa Moreira, citado por Sérgio Alves Gomes, em *Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo*”, desdobra em três aspectos o problema da Igualdade no Processo: Igualdade de riscos, Igualdade de oportunidades e Igualdade de tratamento , ou seja ⁽¹³⁶⁾ :

Sobre a primeira acentua: a credibilidade no processo como instrumento de solução de conflitos de interesses depende essencialmente de sua capacidade para oferecer aos respectivos titulares uma perspectiva de equanimidade. É indispensável, antes de tudo, que ambos os litigantes possam nutrir alguma esperança de vencer; e, mais ainda, que possam confiar na vantagem prática da vitória. A igualdade de partes se traduz aqui em primeiro lugar, por igualdade de riscos. A igualdade de oportunidades consiste em se atribuir a ambas as partes o poder de influenciar igualmente na marcha e no resultado do processo. Há de se assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito. Por último, ambas devem ter as mesmas possibilidades de atuar e também ficar sujeitas às limitações. Quanto à igualdade de tratamento a ser dispensada pelo juiz às partes, assevera o Mestre carioca;” exige, antes de tudo, que a conformação do procedimento não fique sujeito ao arbítrio do juiz, mas que se ajuste ao modelo previamente instituído pela lei para os processo em geral. Uma dose razoável de “formalismo” e necessária como condição do justo equilíbrio entre o poder do órgão judicial e os poder do órgão judicial

135 . José Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência* (tentativa de sistematização), p.64.

136 . A Igualdade das Partes no Processo Civil, *in* *Temas* 4^a. Série, ps. 67 e segs., *apud* Sérgio Alves Gomes, p.79.

e os direitos das partes, e também da uniforme aplicação do direito material.

b. Nos dizeres de Sérgio Alves Gomes ⁽¹³⁷⁾:

(...) tal exigência de igualdade no processo está vinculada a imparcialidade do juiz, já que a ambas às partes deve ele dispensar igual atenção, sem permitir que um tenha mais oportunidade de apresentar argumentos e provas do que a outra. Nem poderá o juiz examinar com maior profundidade o que diz e procura provar um litigante e olhar superficialmente para as alegações do outro.

O juiz imparcial atua de modo equilibrado. O juiz parcial é propenso a buscar o favorecimento de uma das partes, o imparcial preocupa-se com o objetivo de garantir aos sujeitos litigantes o tratamento isonômico indispensável para que ao final do processo possa oferecer tutela jurisdicional a quem tenha efetivamente razão.

c. Para Antonio Carlos Marcato: “o Princípio da Igualdade relaciona-se intimamente com o Princípio do Contraditório, já que dentro do estabelecimento do contraditório, viabiliza-se os dois preceitos constitucionais, o da Ampla Defesa e o da Igualdade ¹³⁸”.

A isonomia confina-se com as garantias da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, porque a igualdade das partes inclui igualdade de oportunidades de participar com liberdade, defendendo-se adequadamente. Contraditório é participação, e participar do processo significa, para as partes, empregar as armas lícitas disponíveis com o objetivo de convencer o juiz a dar julgamento favorável. Contraditório equilibrado é contraditório com igualdade.

137 . Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil, p.78.

138 . Antônio Carlos Marcato. Preclusões: Limitação ao Contraditório? Revista de Processo no. 17, *passim*, p. 113, 1980.

As disposições doutrinárias acima podem ser espelhadas em pontos específicos no Código de Processo Civil, conforme orientação superior de José Carlos Barbosa Moreira, em RP nº. 37, p.140: ⁽¹³⁹⁾

a. (...) O art. 333, parágrafo único, II, do CPC, averba de nula a convenção sobre a distribuição do ônus da prova quando torna “excessivamente difícil” a uma parte o exercício do direito”: busca a norma obstar ao rompimento do equilíbrio entre os contendores, em tão delicada matéria, conforme ocorreria se ao contratante mais forte pudesse livremente impor o pacto, prevalecendo-se da situação de necessidade do outro”.

b. (...) assim por exemplo, as regras sobre impedimento e suspeição do juiz (artigos 134, 135 do CPC) inspiram-se, à evidência, no propósito de evitar que relações objetivas (v.g. parentesco) ou subjetivas (v. g. , amizade íntima ou inimizade capital) permitam a um dos litigantes gozar de favorecimento presumível por parte do órgão judicial.

c. (...) importantes são os corolários do princípio em tudo que se refere à preservação da garantia do contraditório na atividade de instrução: O art. 398, exemplificativamente, trata de preceituar *expressis verbis* a audiência do adversário, sempre que qualquer das partes requeira a juntada de documentos aos autos.

Ressalta-se também quanto ao “significado da isonomia no processo” a doutrina de autores do porte de Paulo Henrique dos Santos Lucon quando anota que:

No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas também revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres. Ao julgador compete assegurar às partes a paridade de tratamento, cabendo-lhe observar e fazer observar a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre

139 . José Carlos Barbosa Moreira, *in* A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo RP nº. 37/141.

os desiguais, na exata medida das desigualdades presentes no caso concreto ¹⁴⁰.

Nelson Nery Júnior em sua lição dispõe: ⁽¹⁴¹⁾

O art. 5º. Caput, e o inciso I da CF de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente, ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125, n. I do CPC teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

E, para os grandes mestres: Cintra, Grinover e Dinamarco:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º. , caput, da CF brota o princípio da igualdade processual. As partes devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. A absoluta igualdade jurídica, não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos) clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado) realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial ¹⁴².

Da exposição dos grandes mestres: Cintra, Grinover e Dinamarco quanto o significado da igualdade no processo resulta o que a doutrina vem denominar *de Princípio da Igualdade Processual e a Desigualdade Material Substancial*.

140 . Paulo Henrique dos Santos Lucon, (cf. *Garantia do tratamento paritário das partes*, in *Garantias constitucionais do processo civil*, coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999, p.97), *apud* Nelson Finotti Silva, in *Um Juiz mais ativo no Processo Civil*, p. 4-5. Doutrina Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>> Acesso em: 20-8-2009.

141 . Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 44.

142 . Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco in *Teoria Geral do Processo*, p.59-60.

Portanto, o tratamento isonômico não deve redundar necessariamente na idéia de tratamento dos iguais de forma igual, pois a plena realização da justiça exige, assim, a isonomia substancial.

Ressalta-se, ainda, que a Isonomia é um Princípio e não apenas uma regra e por pertencer àquela espécie de norma jurídica tem os seus respectivos atributos apresentando assim, alto grau de abstração e carga axiológica, devendo sempre se aproximar da noção de justo. O seu conteúdo, portanto, não é meramente formal, mas de igualdade substancial no interior da própria legalidade, já que se trata de um verdadeiro axioma para o ordenamento jurídico.

Nesta direção são os dizeres de Alexandre Freitas Câmara, ou seja:

Não se pode ver, porém, neste princípio de igualdade uma garantia meramente formal. A falsa idéia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrário à adequada aplicação do princípio da isonomia. As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial. Assim, mais do que, nunca, deve-se obedecer aqui a regra que determina um tratamento igual às pessoas iguais, e tratamento desigual às pessoas desiguais ¹⁴³.

Com esta intenção e através do processo judicial, o juiz, deverá reduzir as desigualdades e disparidades existentes entre os litigantes aproximando sua decisão dos critérios norteadores da Justiça, respeitando assim, o escopo social do processo, ou seja, é dever do juiz “pacificar com justiça”. Por isso as diferenças sociais, políticas e econômicas devem ser consideradas, ou melhor, o Juiz deve estar atento para as especificidades dos envolvidos em cada lide, promovendo assim, a igualização ⁽¹⁴⁴⁾ entre as partes.

Nesse sentido, não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, é indispensável neutralizar desigualdades, no sentido de promover a igualdade

143 . Alexandre Freitas Câmara *in* Lições de Direito Processual Civil, p. 42.

144 . Daniel Roberto Hertel, *in* Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual, *passim*, p. 176. O termo igualização é empregado por Portanova *in* Princípios do Processo Civil, 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999.

substancial, possibilitando-se assim, a todos, o acesso efetivo ao processo e os meios suficientes para superar eventuais óbices existentes ao pleno exercício dos direitos em juízo¹⁴⁵.

Assim, “o respeito à igualdade substancial, na conceituação, positiva de isonomia pode implicar o tratamento desigual aos desiguais no Processo”¹⁴⁶.

Colaciona-se nesse sentido, o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – Quarta Câmara Cível decidiu em Apelação Cível nº. 1998-011716-, de Mafra, Relator Desembargador Trindade dos Santos, j. 17.10.2002, que assim dispõe *in verbis*:

O princípio constitucional da isonomia não gera a obrigatoriedade a emprestar-se em todas as situações, uma igualdade de tratamento a desiguais. A sua aplicação não pode ser feita de modo indiscriminado, levando ao pleno nivelamento das pessoas, com a abstração total das particularidades individuais e do contexto que se inserem elas.

Mas, com relação à questão acima, ou seja, quanto ao significado do tratamento isonômico das partes no processo pode-se concluir dizendo que:

As regras processuais propiciam um processo seguro, pretendendo-se que o julgador chegue ao exato resultado previsto pelo direito material, por consequência não se pode conceber um sistema de garantia processual dissociado do direito material.

Nesse contexto pode-se dizer que: o direito fundamental da Isonomia previsto no artigo 5º. da Constituição Federal significa também, no processo, a garantia de Tratamento Igualitário da Partes, conforme disposto no artigo 125 , I do CPC, ou seja, dar tratamento isonômico às partes no processo significa a busca efetiva da igualdade entre às partes, aquela de fato. Busca-se assim, a denominada igualdade

145 . Daniel Roberto Hertel, *in* Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual, *passim*, p.177.

146 . Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco *in* Teoria Geral do Processo, p.60.

real ou substancial, onde se proporciona o *mesmo tratamento* às partes iguais e *tratamento desigual* às partes desiguais.

Nesta ordem, ilustra-se com as observações de Bedaque ⁽¹⁴⁷⁾:

À luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmo. Estão, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com seu objeto.

8.2 IGUALDADE PERANTE O JUIZ (IGUALDADE DE JUSTIÇA OU IGUALDADE JURISDICIONAL):

Conforme já exposto as garantias constitucionais disciplinam e tutelam o exercício dos direitos fundamentais.

Nesta ordem, destaca-se o inciso XXXVII do art. 5º. da Carta Constitucional de 1988, que dispõe *in verbis*:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

A presença do inciso XXXVII no art. 5º. da CF demonstra mais uma vez a preocupação do legislador constituinte com relação ao efetivo tratamento isonômico que deve ser dispensado aos indivíduos, pois é expressamente vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção.

Hertel preconiza que:

Não se trata de vedação a criação de justiça especializadas, já que o próprio texto constitucional prevê justiça especiais, como a trabalhista, a eleitoral e a militar. A proibição refere-se à criação de tribunais *ex post factum*, isto é, tribunais criados especificamente para julgar determinados casos, ou ainda determinadas pessoas ¹⁴⁸.

Roberto Rosas ilustra, citando Paulino Jaques que:

147 . José Roberto dos Santos Bedaque. Direito e Processo, p.19.

148 . In Reflexos do princípio da Isonomia no direito processual, p. 174.

Chama a igualdade de justiça ou igualdade jurisdicional de igualdade de jurisdição, decorrente da sujeição de todas as pessoas à mesma jurisdição, não havendo juízes e tribunais de exceção. (Da Igualdade Perante a Lei, p. 159)¹⁴⁹.

149 . Da Igualdade perante a lei, p. 159, *apud* Roberto Rosas *in* Direito Processual Constitucional, p. 38.

9. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E OS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS:

É extrema a amplitude do significado normativo do direito à isonomia, conforme o disposto no art. 5º. da CF, mas há de se dar relevo ao delicado problema que consiste na prefixação dos seu limites, isto é, a caracterização das discriminações e privilégios que são constitucionalmente toleradas e as que não o são.

A doutrina dos grandes mestres Cintra, Grinover e Dinamarco ensina que ¹⁵⁰:

No Processo Civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade de armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deva criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

Escorando-se, ainda na doutrina dos grandes mestres pode-se dizer que: “O interesse público e supostas dificuldades extraordinárias para a defesa em juízo são as razões ordinariamente invocadas para a implantação de verdadeiros privilégios no processo civil...” ¹⁵¹.

Mas, percebe-se pelas exposições dos doutrinadores ao comentar alguns exemplos colhidos no sistema processual que suas posturas se dividem *quanto à adequação e quanto aos limites de alguns privilégios* que são concedidos no processo face ao efetivo respeito ao princípio normativo do direito à isonomia. Ou melhor, percebe-se a grande preocupação de alguns doutrinadores quanto a preservação do princípio da igualdade das partes no processo, não admitindo assim,

150 . Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco *in* Teoria Geral do Processo, p.60.

151 . Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco *in* Teoria Geral do Processo, mesma página.

tais privilégios, pois, os consideram vantagens inadmissíveis perante à CF., como também ao art. 125, I do CPC.

Dentre os exemplos colhidos do CPC, destaca-se:

9.1 OS PRAZOS EM QUÁDRUPLO E EM DOBRO, EM BENEFÍCIO DA FAZENDA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO - (CPC, ART. 188):

O artigo 188 do Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) concede ao Ministério Público, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como as suas autarquias e fundações prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar.

Questiona-se sobre a constitucionalidade deste dispositivo, ou seja, existe aí violação ao artigo 125, I do CPC, como também ao artigo 5º. da Constituição Federal?

Antes de mais nada é bom que se diga que toda e qualquer ponderação que se faça quanto - ao princípio da isonomia ou da igualdade, seus limites, discriminações e privilégios - esta, deve estar em conformidade com o já exposto, ou seja: com o texto constitucional que tão só defende a discriminação legal, legítima, justificada, geral, abstrata e em conformidade com seus dispositivos.

À guisa de ilustração menciona-se a seguir o pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando nesse sentido expõe que:

A igualdade perante a lei não exclui, em resumo, a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações. As distinções, porém, devem ser as rigorosas e estritamente necessárias, racionalmente justificadas, jamais arbitrárias. E, como exceções, tem de ser interpretadas restritivamente ¹⁵².

152 . Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, art. 5º. p.27.

Mas, com relação ao questionamento acima, ou melhor, quanto à constitucionalidade do artigo 188 do CPC e a possível violação ao art. 125, I do CPC, como também ao art. 5º. da CF, interessante aqui a exposição de algumas posições doutrinárias e dentre elas destaca-se, Lucon ⁽¹⁵³⁾. Para esse autor o art.188 do CPC é inconstitucional, pois, “trata-se de vantagem inadmissível por violar frontalmente a Constituição Federal no que diz respeito a igualdade no processo.”

Lucon complementa dizendo:

(...) um estado organizado, melhor do que qualquer particular, deve primar para perfeição dos seus serviços, tendo, a tempo e hora, todos os elementos indispensáveis à sua mais perfeita quão possível atuação, e correlatas informações. Toda e qualquer discriminação tem por objetivo atender situações desiguais, caso contrário, mostra-se arbitrária e odiosa.

Nesse sentido, é irretorquível o pensamento de Jorge Miranda, um dos maiores constitucionalista, ou melhor, são suas as seguintes palavras:

O princípio da igualdade na lei em relação ao processo devido sugere que os direitos ou encargos processuais se estabeleçam com generalidade, sem exceção de pessoas ou circunstâncias (...).O princípio da igualdade das armas significa equilíbrio entre as partes apresentação das respectivas teses na perspectiva dos meios processuais de que para o efeito dispõem e, sem implicar embora uma identidade formal absoluta de meios, exige que o autor e o réu tenham direitos processuais idênticos e estejam sujeitos também a ônus e cominações idênticos, sempre que a sua posição no processo for equiparável ... O princípio impede a introdução de discriminação em função da natureza subjetiva da parte em causa¹⁵⁴.

Para outros, em verdade o art. 188 do CPC, recompõe a igualdade substancial entre as partes, em razão do natural desequilíbrio existente entre estas, quando uma das partes for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

153 . Paulo Henrique dos Santos Lucon, *in* Garantia do tratamento paritário das partes; José Rogério Cruz e Tucci (org.). *Garantias Constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *apud* Daniel Roberto Hertel *in* Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual, p.180.

154 . Artigo “Constituição e Processo civil”, publicado em “Direito e Justiça – Revista da Faculdade de direito da Universidade Católica Portuguesa”, v. VIII, tomo 2, 1994, p. 19; entre nós, foi publicada na *Repro* 98, abr-jun/2000, pp.29/42, encontrando-se o trecho reproduzido à p. 37, *apud* Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a...p.13-14.Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

Nessa ordem, colaciona-se os dizeres de Eduardo Arruda Alvim:

(...) É que nem a Fazenda Pública nem o Ministério Público dispõe usualmente, da mesma infraestrutura de que desfrutam os advogados, assim como cuidam de um número muito maior de processos. Além disso, nem sempre é o mesmo membro do Ministério Público, ou da Fazenda, que atua ao longo do processo, o que implica dizer que muitas vezes este depara com um processo novo para ele, mas já em andamento. Há, pois, um desequilíbrio que precisa ser recomposto e o benefício do prazo foi uma das formas encontradas pelo legislador infraconstitucional para contornar a situação¹⁵⁵.

Destaca-se Grinover quando sustenta que:

(...) embora não compartilhando da opinião de outros autores, no sentido de que qualquer prazo maior concedido à Fazenda fira o princípio da isonomia, parecem-nos excessivos os prazos contemplados no art.188, principalmente quando se nota que nem sempre as ações intentadas contra a Fazenda configuram causas de grande complexidade jurídica; também vemos, portanto, no art. 188, a desvantagem de incentivar aquela macrocefalia burocrática que deve ser evitada por todos os meios. em suma, os prazos concedidos à Fazenda pública são mais amplos, justamente em obediência ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, afim de se atingir a igualdade substancial. Mas se a proporcionalidade não é observada, superando-se o tratamento desigual que deveria levar ao nivelamento, para admitir-se um tratamento desigual que leva a favorecer uma das partes, então haverá violação do princípio da igualdade. E é o que parece acontecer, com a dilação excessiva dos prazos em favor da Fazenda Pública. Não é, pois, o prazo maior, em si, que parece inconstitucional, mas sim, um prazo tão maior que supere a amplitude necessária para atingir o equilíbrio, levando assim à desigualdade substancial, em prol da Fazenda¹⁵⁶.

Nelson Nery Júnior em sua obra: *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal* coaduna-se com os autores acima mencionados e afirma a constitucionalidade do artigo 188 do CPC ⁽¹⁵⁷⁾, ou seja: os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública não atentam contra o princípio da isonomia, ou melhor, segundo a doutrina desse l. processualista:

(...) a lei concede à Fazenda Pública e ao Ministério Público o benefício do prazo em quádruplo para responde (art. 188 do

155 . Eduardo Arruda Alvim. Curso de Direito Processual Civil, p.111.

156 . Ada Pellegrini Grinover, Os princípios constitucionais e o código de processo civil, p.33-34.

157 . Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p.46-48.

CPC).Consoante como vimos, antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade das partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como medida de eqüidade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio traduzindo-se como medida de eqüidade, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos ¹⁵⁸.

Também, para Guerra Filho as situações processuais que indicam tratamento diferenciado dispensadas à Fazenda Pública, dentre elas *a diferença de prazo para recorrer e para responder* (art. 188 do CPC) *não* atenta contra o princípio da isonomia. Ou melhor, no parecer do referido autor: “(...) não se conclua que entendemos haver verdadeiro privilégio, mais que simples prerrogativa, no benefício de prazo concedido à Fazenda (...)”¹⁵⁹.

Portanto “a vantagem dispensada ao ente público ocorre em decorrência de uma situação de superioridade necessária ao exercício da função pública”¹⁶⁰.

Também, nessa direção, Greco Filho defende a tese de que “os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública não atentam contra o princípio da isonomia alegando que “o fundamento extralegal do benefício está na especial proteção que a lei dá, em várias passagens, à Fazenda Pública, em virtude dos interesses que defende e das dificuldades burocráticas de atuação”¹⁶¹.

Pode-se dizer que para esses doutrinadores o prazo diferenciado do art. 188 do CPC que concede prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar para as pessoas jurídicas de direito público e suas autarquias justifica-se, *dentre suas razões à imensa carga de serviço desses órgãos, ao número reduzido do quadro de seus procuradores, preponderando o fato de que os procuradores destes*

158 . Nelson Nery Júnior. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 48.

159 . In Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 206.

160 . Guerra Filho in Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, *apud* Nelson Juliano Schaefer Martins in Revista Dialética de Direito Processual, nº. 6, Set./2006, p.82.

161 . Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, p. 26-27.

entes públicos atuam sempre em virtude da existência de interesse público, não selecionando, assim, as causas em que atuarão.

Sintetizando, para este lado da doutrina existe um efetivo e necessário desequilíbrio em favor da Administração, do Estado, da Fazenda Pública, justamente porque tutelam o interesse de todos, justificando-se assim, o prazo diferenciado concedido pelo legislador a essas entidades.

Mas, cumpre aqui registrar as considerações de Agapito Machado *in* Justilex nº. 44, p.24, que com notoriedade destaca:

Para discorrer sobre o princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública, é indispensável que se faça, inicialmente, a distinção da Fazenda Pública agindo no interesse público/coletivo, vale dizer, no seu *jus imperii* e na posição de parte em uma relação processual(...).A igualdade constitucional/processual não deve ser interpretada de modo sempre a nivelar o particular ao Poder Público, já que este age em nome de uma coletividade na qual se insere o próprio particular. Assim, um particular jamais poderá exercer o chamado poder de polícia, criar um tributo, decretar uma desapropriação, um estado de sítio etc., próprios do Poder Público.Portanto, no campo do interesse público/coletivo é necessário não se igualar o Poder Público ao particular, sob pena mesmo de se tornar inútil todo o ramo do Direito Administrativo, construído que foi ao longo de décadas. Abstraída destarte, a atuação do Poder Público no seu *jus imperii*, bem diferente é a sua posição como parte dentro de um devido processo legal.Como parte, seja no pólo ativo ou passivo, no devido processo legal não vemos como se possa diante do caput do artigo 5º. da Constituição Federal, continuar admitindo a desigualdade em benefício de uma pessoa jurídica de direito público, tais como: contra ela não ocorrerem os efeitos da revelia, ter direito ao prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, duplo grau, entre tantos outros privilégios ¹⁶².

Com base, ainda nos dizeres do culto Magistrado, ou melhor, as leis ordinárias devem ser interpretadas a partir da Constituição Federal ⁽¹⁶³⁾. Portanto, “(...) em face do caput do art. 5º. da CF foram eliminados todos os privilégios processuais da Fazenda Pública ^{“164}.

162 . Agapito Machado. O Princípio da Isonomia e os Privilégios Processuais *In* Revista Jurídica Justilex, nº. 44, p.24.

163 . Agapito Machado. O Princípio da Isonomia e os Privilégios Processuais, *passim*, p.24.

164 . *Idem.*, *Ibid.*, mesma página.

De modo que como dito por Agapito Machado, ou melhor:

(...) especialmente com o advento da lei complementar, bipartindo o Ministério Público com a Advocacia Geral da União (CF 1988/art.131, parágrafo único) e ainda com o surgimento também da lei Complementar (art. 134 da CF/1988) da Defensoria Pública. Assim, também, entenderam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *in Constituição d 1988 e Processo*, Saraiva, p.41, e o Juiz José Augusto Delgado, agindo na qualidade de *jurista*, para quem, “*não há mais lugar para a existência de privilégios e proibições processuais. Desapareceram todos: prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer., ... “ (in a Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão)*”¹⁶⁵.

Ainda, com base nas reflexões do I. Magistrado:

O que é necessário ser entendido, de uma vez por todas, é o fato de que o jurisdicionado particular não tem culpa alguma de somente mais de 4 (quatro) anos após promulgada a CF/1988, venha a ser editada lei complementar bipartindo o Ministério Público e a Advocacia Geral da República e assim eliminando a complexidade e a concentração dos serviços antes apenas nas mãos de um órgão

¹⁶⁶.

E complementando, o já citado autor expõe:

(...) mormente, em matéria de direito que se repete na Justiça, sendo objeto de contestação padronizadas via computador, isso sem cogitar da utilização da Ação Civil Pública que substitui milhares de processos individuais e facilita sobremaneira a missão do Ministério Público. Assim, não vemos como continuar invocando “tradição de nosso Direito à concessão de tais privilégios processuais” até porque é essa malsinada “tradição” que não tem permitido aos Tribunais evoluírem, curvando-se ao conservadorismo em prejuízo do jurisdicionado.

(...)

Mas não é só. O que dizer, por exemplo, de um Procurador de Pessoa Jurídica de Direito Público precisar de 60 dias para contestar uma ação que envolve matéria unicamente de direito, se sequer necessitará pedir aos órgãos a ele subordinados qualquer dado fático? E, após proferida a decisão, necessitar de 30 dia para recorrer? O princípio da isonomia necessita ser efetivado para não ficar no campo da retórica¹⁶⁷.

(...)

Importante, aqui, destacar a advertência de Maria Lúcia Miranda Álvares, pois, conforme sua lição,

¹⁶⁵ . Agapito Machado, p. 25.

¹⁶⁶ . *Idem.*, *Ibid.*, p.25.

¹⁶⁷ . *Idem.*, *Ibid.*, p.25.

a maximização desses condicionamentos em favor da Fazenda Pública pode levar ao desvio do sistema, daí a necessidade de buscar a razoabilidade das prerrogativas e identificar se elas estão velando pelo respeito aos procedimentos como forma de preservar o Estado Democrático de Direito. Se não houver ressonância, há que se sucumbir à hipótese de que estamos diante de verdadeiros privilégios processuais!¹⁶⁸

Mas, conforme dito as posições doutrinárias quanto à conformidade do que dispõe o art. 188 do CPC com o princípio da igualdade se dividem. Com esta intenção ilustra-se e ratifica-se aqui com a doutrina dos autores do porte de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, que em paridade com a doutrina de Lucon expõem: “as disposições processuais que tratam de diferentes prazos em favor da Fazenda Pública ferem os preceitos da igualdade contidos na Constituição da República do Brasil de 1988”¹⁶⁹.

Comentam, ainda esses autores que: “as regras processuais infraconstitucionais representam afronta a um dos mais relevantes escopos do processo moderno, qual seja o da celeridade na prestação jurisdicional, sobretudo, infringente da isonomia processual”¹⁷⁰.

Os já citados autores aduzem também que:

Apesar do maior volume de serviço, decorrente de demandas judiciais, enfrentados pelas Pessoas Jurídicas de Direito Público e pelo Ministério Público, em comparação com os particulares, aqueles ainda estão em vantagem. Esclarece que os particulares normalmente têm só um pequeno conjunto de advogados, enquanto a Fazenda Pública e o Ministério Público contam com centenas e até milhares de Procuradores e Promotores de Justiça. Esses profissionais vinculados ao Poder Público são inegavelmente conscientes de seus deveres e dispõem de estruturas burocráticas e

168 . In artigo A Fazenda Pública tem privilégios ou prerrogativas processuais? Análise à luz do princípio da isonomia, p.2. Doutrina Jus Navegandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5661&p=2>> Acesso em : 05/11/2009.

169 . In Constituição de 1988 e Processo: Regrimentos e Garantias Constitucionais do Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44, *apud* Nelson Juliano Schaefer Martins in Princípio da Isonomia e Tratamento Desigual às Partes no Processo Civil, p. 83.

170 . Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, In Constituição de 1988 e Processo: Regrimentos e Garantias Constitucionais do Processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44, *apud* Nelson Juliano Schaefer Martins in Princípio da Isonomia e Tratamento Desigual às Partes no Processo Civil, p. 83.

de sistema de informática suficiente para superação dos obstáculos decorrentes da maior carga de trabalho e de adequado desempenho de suas atuações judiciais ¹⁷¹.

Para Anacleto de Oliveira Faria, “tais privilégios são oriundos de fases não democráticas da vida política do país, fases em que os detentores do poder julgavam necessário o fortalecimento e o predomínio do Estado em relação ao indivíduo” ¹⁷².

E ainda conforme adverte José Augusto Delgado, citado por Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani: “Nenhuma das funções estatais, a legislativa, a administrativa e a judiciária, pode estabelecer privilégios e discriminações no trato dos componentes do organismo social, sob pena de se ferir o seu conteúdo político-ideológico” ¹⁷³.

Importante ressaltar ainda, o posicionamento de Regina Helena Costa citada por Hertel que parece coadunar-se com o mesmo entendimento de Lucon e outros quando sustenta que: “(...) o desequilíbrio entre a Fazenda e o particular, em juízo é profundo, absurdo e injustificável, onerando demais o cidadão, na medida em que a este não logra suportar o ônus dessas prerrogativas, ou pelo menos, de algumas delas.” ¹⁷⁴

Em linhas seguintes justifica a autora que:

(...) tecnicamente, não se trata de dispositivo inconstitucional, vê-se que o preceito foi editado antes da CF de 1988. Não poderia assim, ser constitucional ou não em relação à Constituição que não existia à

171 . *Idem.*, *Ibid.*, p. 83-84.

172 . Do Princípio da Igualdade Jurídica, p. 245.

173 . “A Supremacia...”, publicado em “Garantias do cidadão na Justiça”, Saraiva, p. 73, *apud* Francisco Alberto Giordani in O Princípio da Igualdade e a..., p. 14. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR Acesso em: 16/07/2009.

174 . As prerrogativas e o interesse da Justiça. In Cássio Scarpinella Bueno; Carlos Ari Sundfeld Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2000, *apud* Daniel Roberto Hertel, Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual, (nota de rodapé), p. 180.

época de sua edição. Trata-se, aqui, de analisar a recepção ou não da norma, com a sua respectiva revogação ou não ⁽¹⁷⁵⁾.

Nesse viés, interessante reproduzir aqui os ensinamentos de Paulo Brossard citado por Alexandre de Moraes que assim ensina:

(...) é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à CF não podem ser inconstitucionais em relação a ela que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconstitucionalidade ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham ^{”176}.

Diante da diversidade de opiniões e do modo que já não se apresenta com nitidez e a segurança que antes se imaginava a idéia de interesse público, pois, ponderando-se que: o interesse público é a reunião de interesses individuais convergentes na busca do bem comum e do bem social não se poderá falar mais, com a mesma segurança, de que há ele sempre de prevalecer, sem outras considerações.

Assim, e a essa altura, há de se concluir dizendo que os privilégios outorgados pela legislação processual aos entes públicos, conforme o disposto no art. 188 do CPC tão só se justificam quando estes se encontrarem em juízo a defender interesses públicos mais relevantes, que correspondam valores e interesses comunitários e sociais preponderantes, pois o texto constitucional tão só defende a discriminação legal, legítima, justificada, geral, abstrata e em conformidade com seus dispositivos. Por conseqüência, se a mencionada discriminação não atender a esses preceitos torna-se ilegítima, injustificada e em desconformidade com a CF.

175 . Regina Helena Costa *in* As prerrogativas e o interesse da Justiça. *In* Cássio Scarpinella Bueno; Carlos Ari Sundfeld *Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000, *apud* Daniel Roberto Hertel, *Reflexos do Princípio da Isonomia no Direito Processual*, (nota de rodapé), p. 180.

176 . Paulo Brossard *in* A Constituição e as leis a ela anteriores. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez.1992, p.127, *apud* Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p.612.

Insta, ainda, examinar se, sem ofensa ao princípio constitucional da igualdade, *pode-se falar em prerrogativas do Ministério Público, quando atua como parte?*

É notório que o Ministério Público não deixa de ser a mesma instituição: seja como parte, seja como *custus legis*, mas, evidencia-se também que atuando como parte, e até mesmo por isso, necessitará se posicionar com maior intensidade com relação aos atos que deverá praticar, ou seja, deverá como bem observa Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani:

(...) se por numa posição de franco e acentuado antagonismo com a parte contrária, atento aos deveres e necessidades que sua atuação nessa qualidade vai exigir, situação essa que reclama, de pronto, a plena observância do princípio da igualdade, equilibrando os direitos e deveres de ambos, pois tanto o Ministério Público do Trabalho como seu adverso procurarão demonstrar a veracidade de suas assertivas em juízo, não se podendo admitir que o primeiro conte com maiores possibilidades para fazê-lo, o que provocaria inconciliável cizânia com o princípio da igualdade¹⁷⁷.

Neste contexto são inquestionáveis as afirmações de José Severino da Silva Pitas quando diz que:

As prerrogativas da função própria do estado que se atribui ao Ministério público no exercício do ofício de fiscal da lei, logicamente, não se comunicam e juridicamente não podem ser comunicadas ao exercício que o Ministério Público pratica como órgão postulante da prestação jurisdicional. Aqui seu tratamento deve ser exclusivamente, e por equidade, como o destinado a todos os jurisdicionados¹⁷⁸.

E ainda, com intuito de esclarecer a questão de a instituição Ministério Público ser a mesma, quer atue como parte, quer como *custus legis* colaciona-se aqui as

177 . In Ministério Público do Trabalho: Prerrogativas do Ofício são comunicáveis à sua Atuação como Parte? *Apud* Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani , O Princípio da Igualdade e a Atuação do Ministério Público Enquanto Parte, p. 15. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009

178 . In "Ministério Público do Trabalho: Prerrogativas de Ofício são comunicáveis à sua Atuação como Parte? " Revista do Trabalho & Processo, nº.06, set./95, Saraiva, p. 84, *apud* Francisco Alberto Giordani in O Princípio da Igualdade e a..., p. 16. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009

observações de Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani quando esclarece e ilustra, citando o art.81 do CPC a fim de demonstrar que:

o legislador entendeu de fazer uma diferenciação, a qual não pode ser ignorada, e que passa pela constatação de que, embora não seja parte, em toda plenitude da acepção jurídico-processual do termo, ficou estabelecido que, para os casos em que a atuação seja na qualidade de parte, o Ministério público, embora não o seja completamente, quer dizer, não corresponda integralmente ao conceito de parte, deve como tal ser considerado, mesmo porque, como é óbvio, só se confere a alguém “poderes e ônus”, na dicção do aludido dispositivo legal, que outro possui, quando, à partida se sabe que estão em situação diferente e se quer que para determinados efeitos, fiquem na mesma e/ou em equivalente situação e/ ou posição ¹⁷⁹.

Interessante, também aqui reproduzir os dizeres do já citado autor que em linhas seguintes assim ilustra e dispõe:

É preciso outrossim, que se proclame em alto e bom som, que o Supremo Tribunal Federal já feriu a questão atinente à diversidade de situação e de tratamento, quanto à atuação do Ministério Público, em caso envolvendo o Promotor da Justiça Militar e a Justiça Militar Federal⁽¹⁸⁰⁾ sendo que a decisão então exarada foi totalmente contrária a tese de que, enquanto parte, possui o Ministério Público as mesmas prerrogativas do que enquanto *custus legis*; consta do v. acórdão que: “O inciso I do artigo 18 da Lei Complementar n. 75/93 deve ser entendido como norma que encerra o reconhecimento de uma tradição nos Colegiados. Revela não em si uma regra processual, mas a normatização de uma prerrogativa da Instituição, muito embora, levada às últimas consequências, sujeita a crítica sob o ângulo constitucional, considerado o tratamento igualitário devido às partes, isto quando Órgão do Ministério Público atua com tal qualidade...”

Portanto, é notório que o quanto decidido no V. Acórdão supra mencionado se aplica ao tema aqui enfocado, ou melhor, é irrecusável que: “dúvida alguma possa subsistir, relativamente ao fato de que, como parte, o Ministério Público só poderá

179 . Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a... p.16. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

180 . RMS n. 21.884-7 – DF, DJU de 25.11.94, extraída da internet, site www.stf.gov.br *apud* Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a...p. 17. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

atuar, contando com uma situação de igualdade, *sem privilégios*, pois caso contrário restará “irremediavelmente malferido o princípio da igualdade” ¹⁸¹.

À essa altura, interessante o recordar-se ensinamentos do festejado processualista Jorge Miranda, no sentido de que quando “o Ministério Público intervém como parte é irrecusável que há de ser tratado em paridade com as demais partes,¹⁸² inexistindo “lugar para o estabelecimento de discriminações ou privilégios, quaisquer que sejam”,⁽¹⁸³⁾ de modo que, como dito por José Augusto Delgado, em respeito à igualdade assegurada pela Magna Carta, inviável “o tratamento diferenciado até então dado ao Ministério Público, quando ele age como parte.”¹⁸⁴

Assim, por todo o exposto e em linha de arremate é irrefutável a conclusão a que chegou Paulo Henrique dos Santos Lucon: “... A paridade de armas no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito (...)” ¹⁸⁵.

9.2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ART. 6º., VIII DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA DAS PARTES NO PROCESSO:

181 . Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a... p.18. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

182 . *In* Revista cit., art. “Constituição e Processo Civil”, p. 25., *apud* . Francisco Alberto Giordani *in* O Princípio da Igualdade e a... p.19. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

183 . *In* “Constituição de 1988 e Processo”, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, Saraiva, 1989, p. 41, *apud idem.*, *ibid.*, mesma página.

184 . *in* art. Cit. “A Supremacia dos Princípios...”, p. 75, *apud idem.*, *ibid.*, mesma página.

185 . cf. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. *In* Garantias Constitucionais do Processo Civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1ª. ed.- 2ª. tiragem, 1999, p.97, *apud* Nelson Finotti Silva P. 3-4. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>> Acesso em: 20-8-2009.

Buscando equilibrar as forças entre os fornecedores e os consumidores e almejando extirpar do mercado práticas e condutas lesivas, o Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/1990) ergueu um vasto leque de normas e de princípios jurídicos que devem nortear as relações de consumo.

Assim, assentou, no rol em que averbou “os direitos básicos” no inciso VIII, do artigo 6º, como instrumento de facilitação da defesa dos seus interesses, a possibilidade de inversão *ope iudicis* do ônus da prova, quando presentes os requisitos autorizadores, ou seja: O artigo 6º. CDC dispõe *in verbis*:⁽¹⁸⁶⁾

São direitos básicos do consumidor:

Dispondo o inciso VIII *in verbis*:: a facilitação da defesa de seus direitos inclusive com a inversão do ônus da prova, no Processo Civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Portanto, há de se dizer que o instrumento previsto no art. 6º. , VIII do CDC tem por finalidade o efetivo, justo e igualitário acesso à justiça, ou seja, tem por finalidade conferir ao desigual (consumidor hipossuficiente) tratamento privilegiado a ponto de igualar/equilibrar suas forças com as do fornecedor no âmbito do processo.

Conforme dito, o propósito aí é realizar a adequada e justa tutela dos direitos dos consumidores, pois conforme adverte Nelson Nery Júnior:

“A norma do CPC, art. 125, I, teve recepção em face do texto constitucional de 1988, no entanto para o já mencionado, “dar tratamento isonômico às partes

186 . *In Vade Mecum*. Obra de autoria coletiva, p. 807-808. 2ª. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2006.

significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”¹⁸⁷.

Em linhas seguintes acrescenta o l. processualista que: “para que se tenha a isonomia real entre consumidor e fornecedor, que sejam adotados mecanismos como o da inversão do ônus da prova, estatuído no art. 6º, nº. VIII, do CDC, como direito básico do consumidor”¹⁸⁸.

E, coadunando-se aos ensinamentos de Nelson Nery Júnior há de se destacar aqui também as observações de João Batista de Almeida sendo suas as palavras: “os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real...”¹⁸⁹.

9.2.1 O DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA:

A relação de consumo (consumidor/fornecedor) é composta por partes desiguais em ordem técnica e econômica, pois, via de regra o fornecedor possui a técnica da produção que vai de acordo com seus interesses e poder econômico superior ao consumidor, considerando-se ainda a vulnerabilidade do consumidor.

Desse modo, ratifica-se aqui, que com o intuito de facilitar a defesa da parte mais vulnerável e mais fraca da relação jurídica material foi conferido pelo legislador ao consumidor a prerrogativa da inversão do ônus da prova, sendo proibido ao

187 .Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, p. 44.

188 . Idem., Ibid., mesma página.

189 . João Batista de Almeida A Proteção Jurídica do Consumidor, 2a ed., São Paulo: Saraiva, 2000. *apud* Micheline Maria Machado de Carvalho *in* artigo Da Inversão do ônus da prova no direito do consumidor, 15. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm>. Acesso em: 16/7/2009.

fornecedor, sob pena de nulidade de pleno direito estipular em cláusula contratual a inversão do ônus probatório e em detrimento dos interesses do consumidor. Contudo, é assegurado ao fornecedor, ampla defesa e todos os demais instrumentos que venham a garantir a sua efetiva participação e defesa no processo. Há de ponderar também, que a inversão do ônus da prova não pode ser considerada como uma certeza, ou seja, é apenas uma norma prevista como probabilidade ou aparência de verdade, possível de ser elidida por prova em contrário.

Portanto, caracterizada está a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII do CDC como *um direito básico* conferido pelo legislador ao consumidor. Tal direito atribuído ao consumidor pelo legislador funciona como uma garantia que vem para facilitar sua defesa no processo civil e somente neste, efetivando-se, assim, a igualdade material entre as partes aí envolvidas *não* se consubstanciando em ofensa à isonomia das partes no processo, ao contrário; caso fosse tão somente neste particular considerada a isonomia quanto ao seu aspecto formal estaria sim, concretizada a impossibilidade da equiparação das partes que estão em situações de desigualdade e, por consequência a impossibilidade da tão buscada isonomia substancial - material das partes com a qual se busca impedir o desequilíbrio da relação jurídica no processo.

Em conformidade com o exposto logo acima, ressalta-se Alexandre Costa de Araújo *in* "A inversão do ônus da prova nas relações de consumo", quando expõe quanto à existência de ofensa ao princípio da isonomia e o direito da inversão do ônus da prova conferido pelo legislador ao consumidor, ou seja, são suas as palavras: "pensar de forma diferente representaria gritante violência ao princípio da

paridade de armas, que se enlaça com o vetor constitucional da igualdade das partes perante a lei, que brota do *caput* do artigo 5º, da Carta Republicana de 1988”

190

Mas, conforme dito caberá ao juiz analisar em quais casos há necessidade de *não* se aplicar as regras do art. 333 e seguintes do CPC e assim inverter o ônus da prova em desfavor do réu.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a inversão do ônus da prova somente deve ser admitida se um dos seus requisitos legais se fizer presente, ou seja, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Desta feita, quando ausentes os requisitos exigidos para que se proceda à inversão do ônus da prova, incidirão as regras ordinárias do Código de Processo Civil, pois, a própria Lei 8.078/1990, em seu artigo 4º, inciso III, lança o ideal de equilíbrio, nas relações negociais entre os consumidores e os fornecedores, não sendo seu escopo consagrar um execrável privilégio, ou ainda usar este notável instituto empreendedor de mudanças do Direito e em linha da crescente atribuição de poderes do juiz como um mecanismo de impor um ônus impossível de se provar.

Portanto é de bom tom a advertência de Humberto Theodoro Júnior, quando assim dispõe:

“Quando não restarem presentes os requisitos legais, "a faculdade judicial não pode ser manejada em favor do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal"¹⁹¹.

190 . p.6. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9601&p=1>> Acesso em: 16/7/2009.

Desse modo, a aplicação deste direito fica a critério do juiz quando for verossímil a alegação do consumidor, *ou* quando este for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º., VIII, do CDC). Assim, como bem observou Luiz Antônio Rizzato Nunes: “não tem nada de subjetivo é aquilo que serve de comparação. A verossimilhança ou a hipossuficiência servirão como base para que o juiz decida pela inversão”... Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova ¹⁹² ”.

Interessante aqui reproduzir decisão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu que:

A regra contida no artigo 6º., VIII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem motivação de igualar as partes que ocupam posição não isonômica, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz, sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige o magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se ¹⁹³.

Vale também aqui, destacar a recomendação do grande Mestre Dinamarco no sentido de que:

O direito básico do consumidor previsto no CDC, artigo 6º., inciso VIII, enquanto relacionado com a hipossuficiência econômica, financeira ou organizacional do consumidor de bens e produtos, exige interpretação temperada por critérios de razoabilidade, sob pena de dificuldade excessiva da defesa de possíveis direitos do fornecedor. Deste modo, recomenda que não se deva favorecer o

191 . Direitos do Consumidor, 2ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2001, *apud* Alexandre Costa de Araújo in A inversão do ônus da prova nas relações de consumo, p.4. Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9601&p=1>. Acesso em: 16/7/2009.

192 . Micheline Maria Machado de Carvalho, A inversão do ônus da prova no direito do consumidor, p.16. Disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_D_O_ONUS_DA_PROVA_NO.htm>. Acesso em: 16/07/2009.

193 . Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, RESp nº. 140.097-SP, relator Ministro César Asfor Rocha; j. 4.5.2000, DJU 11.9.2000, p. 252 (RSTJ 136/333).

consumidor abastecido, ainda que verossímil o que alega, pois sem o requisito da pobreza, não há desigualdade a compensar ¹⁹⁴.

Sugerindo, ainda I. processualista em linhas adiante que: “o juiz advirta o fornecedor na audiência - preliminar de saneamento do processo do CPC, art. 331, acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor” ¹⁹⁵.

Nelson Nery Jr. apresenta semelhante recomendação, ou seja:

Nada impede que o juiz, na oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo), verificando a possibilidade de assim agir, de sorte a alertar o fornecedor de que deve desincumbir-se do referido ônus, sob pena de ficar em situação de desvantagem processual quando do julgamento da causa ¹⁹⁶.

Por fim ratifica-se o exposto, utilizando-se mais uma vez dos ensinamentos de Nelson Nery Jr. quando assim expõe:

O Código contém vários instrumentos destinados à finalidade de colocar-se o consumidor em posição de igualdade com o fornecedor, a fim de que se alcance efetivamente a igualdade real de que trata o caput do art. 5º. da CF. A regra geral se encontra no art. 4º. , I, CDC, que reconhece o consumidor como parte vulnerável na relação de consumo. A regra da possibilidade de *ope judicis*, inverte-se o ônus da prova em benefício do consumidor (art. 6º., VIII, CDC) é manifestação inequívoca do princípio constitucional da isonomia, cuja vivificação se encontra no art. 4º. , I, do CDC ¹⁹⁷.

194 . Candido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito processual Civil, v. II, p. 80.

195 . *Idem.*, *Ibid.*, p. 84.

196 . Nelson Nery Júnior, Rosa Maria Andrade Nery, Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados. São Paulo: RT, 2002, p. 727, *apud* Nelson Juliano Schafer Martins, Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil *In* Revista Dialética de Direito Processual (RDDP) no. 6, p.81.

197 . Nelson Nery Júnior *in* Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p.54-55.

10. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ:

É de justiça mencionar aqui os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, *in* Temas de Direito Processual Civil, oitava série, quando expõe:

(...) no que concerne à participação ativa do juiz na instrução probatória, o art. 130 do CPC é claro em atribuir-lhe o poder de determinar as provas necessárias, “de ofício ou a requerimento de parte”. (...) A mesma orientação cabe notar de passagem, vê-se corroborada em diplomas processuais mais recentes, por exemplo, a L. 9099 de 26/09/1995, que regula os Juizados Especiais no plano Estadual, e cujo art. 5º., *princípio*, é categórico: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas.” (...) Ao longo dos últimos 10 anos, vem sofrendo o CPC uma série de modificações, que de início visavam a simplificar, a desburocratizar o procedimento, eliminando formalidades inúteis, e a dissipar dúvidas suscitadas por textos obscuros, mas pouco a pouco assumiram iniludivelmente proporções mais vultosas. A faina reformadora, vale observar, não constitui singularidade de nosso país no panorama contemporâneo: por toda parte fervilham anseios de mudanças, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da justiça civil, e elaboram-se códigos novos ou alteram-se os existentes

Há de se destacar também, Luiz Guilherme Marinoni ⁽¹⁹⁹⁾ que em sua obra *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento* faz a seguintes observações:

(...) o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro – *quando os fatos ainda não lhe parecerem esclarecidos*, de determinar prova de ofício, independentemente de requerimento da parte, ou desta já ter perdido a oportunidade processual para tanto.

Percebe-se na moderna doutrina processual grande anseio em reformular a dinâmica do processo visando assim, maior aproveitamento da atividade jurisdicional.

O sentido dessa ânsia de mudanças é a aproximação aos clamores de justiça, democratização, legitimação das decisões judiciais, rejeitando-se assim,

198 . P. 58.

199 . P. 285.

veementemente a idéia do juiz inerte, despreocupado com o resultado social da tutela conferida.

Para corresponder a esta expectativa, destaca-se o incremento dos poderes do juiz, inclusive a atribuição da iniciativa de requerer, de ofício, a realização de provas.

Mas, como justificar esse posicionamento mais incisivo do juiz quanto à produção de provas face à orientação decorrente do princípio dispositivo, ou ainda, da possível violação do pressuposto da imparcialidade do órgão jurisdicional?

Primeiramente, fazendo uso da exposição de Anderson João dos Santos Alves quando dispõe de modo geral acerca - da imparcialidade e inércia na atuação do juiz, ou seja, são suas as palavras:

Cumpre ressaltar a carga valorativa que a imparcialidade e a inércia tem no direito, de modo que se deve desmistificá-los para que não se possa fazer confusão na atuação do juiz no processo, ou ainda, qualquer juízo de valor acerca de suas decisões sem antes se refletir sobre a sua missão dentro do processo. A imparcialidade é pressuposto nas decisões judiciais, é a certeza de que a decisão não se reveste de qualquer eiva de emoção, predileção ou qualquer outro sentimento que tenha o condão de impor e desviar uma decisão judicial do que lhe informaria a razoabilidade e o sentimento de justiça²⁰⁰.

Nesse sentido ressalta-se também, os dizeres da professora Lídia Reis citada pelo já mencionado autor que assevera:

“(...) o juiz moderno compreende que lhe é exigida a imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e à recusa em estabelecer distinções em razão das pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas

“²⁰¹.

Ainda sob a advertência de Anderson João dos Santos Alves, destaca-se:

200 . In artigo Dos Deveres do Juiz, p.2. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877> > Acesso em: 16/07/2009.
 201 . *Ibid*, apud Anderson João dos Santos Alves, mesma página.

(...) A neutralidade, por seu turno, não significa o juiz isolar-se na função judicante, estando alheio às transformações sociais, o magistrado deve estar ciente de todos os obstáculos e albergado dentro de uma ordem jurídica, importando-se com o uso da racionalidade, exprimir uma decisão justa²⁰².

Há de se complementar a reflexão acima, considerando-se agora, a *imparcialidade e a inércia do juiz quando de sua atuação mais incisiva quanto à produção das provas, ou seja:*

Geralmente, a instrução processual é uma atividade resultante da iniciativa das partes já que as provas se destinam, *ab initio*, a comprovar “os fatos” que são alegados pelos litigantes. Mas, por outro lado o juiz tem o dever de esclarecer estes fatos, julgando de acordo com o que realmente ocorreu.

Com esta intenção, corrobora-se aqui, os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, que:

(...) não há como se negar a possibilidade dele determinar prova de ofício, somente após julgando com apoio na referida regra do ônus da prova. Essa solução, muito comum nos tribunais, funda-se na premissa de que o magistrado que determina produção de provas de ofício (logicamente, quando necessário) somente assume a posição que dele é esperada²⁰³.

Constata-se, assim, que “os meios probatórios” reforçam os argumentos dos demandantes. Contudo, as provas, têm no Processo como finalidade - o convencimento do juiz.

Nesse sentido, apenas pelo fato de proporcionar decisões mais justas e mais próximas daquilo que realmente ocorreu a potencialização da utilização dos poderes do juiz quanto à iniciativa das provas já se configuraria como passo relevante na busca da renovação do processo. Contudo, pode-se, também enxergar benefícios quanto à *efetivação do princípio da igualdade*, na medida em que a iniciativa quanto

202 . Anderson João Santos Alves *Ibid*, mesma página.

Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877>> Acesso em: 16/07/2009.

203 . Curso de Processo Civil, v.2, Processo de Conhecimento, p. 285.

à realização das provas, compensa as diferenças objetivas entre as partes, que tanto prejudicam a concreta realização do contraditório. Destaca-se ainda que seu emprego vem favorecer a ambas as partes e a toda sociedade em geral, o que não implica necessariamente, em violação do pressuposto da imparcialidade como também ao princípio do dispositivo. Ou melhor, na fase atual, parcial é o juiz inerte que diante da desigualdade nada faz para afastar o desequilíbrio, principalmente, se tal desigualdade refletir no resultado do processo.

Desta maneira são descabidas as alegações de que assim procedendo estaria o juiz substituindo as partes na busca de realização de seus direitos, ou ainda, que a iniciativa na busca de maiores fundamentos a sua decisão venha representar parcialidade do juiz no Processo.

“Ao contrário, supõe-se que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, se queda inerte” ²⁰⁴.

Pode-se assim, afirmar que uma posição mais ativa durante a instrução do processo se apresenta como ferramenta essencial a ser empregada pelo julgador, conforme se visualiza mais uma vez nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, ou melhor,

Ademais, é sempre bom lembrar que o juiz que se omite em decretar a produção de uma prova relevante para o processo estará sendo parcial ou mal cumprindo sua função. Já o juiz que determina a realização da prova de ofício, especialmente porque lhe deve importar apenas a descoberta da “verdade”, e não aquele que resulta vitorioso (o autor ou o réu), estará voltado apenas a para a efetividade do processo ²⁰⁵.

Conclui-se, pois, que este posicionamento mais ativo do julgador em requerer de ofício, quando necessário, maiores esclarecimentos quanto à situação fática apresentada pelas partes coaduna com o seu dever de bem dirigir o processo como

204 . Luiz Guilherme Marinoni, Teoria Geral do Processo, p.415.

205 . *Idem*, Curso de Processo Civil, v.2, Processo de Conhecimento, p. 285.

também, com a orientação constitucional, pois somente deste modo estará cumprindo com sua tarefa, pois a jurisdição tem escopos que não se resumem apenas à solução do conflito das partes.

Portanto, dentre as tarefas do juiz de bem dirigir o processo destaca-se o poder probatório do juiz, como uma ferramenta que só virá acrescentar e potencializar a *isonomia substancial das partes no Processo*, pois “*impor ao juiz condição de mero expectador da contenda judicial, atribuindo-se às partes o exclusivo ônus de produzir prova no processo, é quando menos, grave petição de princípios*”²⁰⁶.

Nesse sentido e seguindo o parecer do autor Nelson Finotti Silva em seu estudo sobre Um Juiz mais ativo no Processo Civil quando afirma que:

Maior poder instrutório permite uma apuração mais completa dos fatos e aplicação do direito material mais correto. O juiz não está preocupado que sai vitorioso o autor ou o réu, sua preocupação deve residir em uma ordem jurídica justa, propiciando às partes as mesmas oportunidades, promovendo, inclusive, a igualização, a vitória deverá ser daquele que efetivamente tenha razão, realizando a atividade jurisdicional plenamente sua função²⁰⁷.

E ainda, em destaque Luiz Guilherme Marinoni que ilustra citando Nelson Juliano Shaefer Martins⁽²⁰⁸⁾, Taruffo⁽²⁰⁹⁾ e José Carlos Barbosa Moreira⁽²¹⁰⁾:

Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado. A produção da prova não é mais monopólio das partes. Como a atuação do juiz, para o bem da parte, agora é mais intensa, cabe-lhe lembrá-la sobre o ônus da prova, sobre a importância de manifestar-se sobre determinado fato, e, ainda, quando necessário, determinar provas *ex officio* com o objetivo de elucidar os fatos. Não é mais justificável que

206 . Luiz Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil, v.2, Processo de Conhecimento, p.285.

207 . P. 3-4. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>> Acesso em: 20-8-2009.

208 . In Poderes do juiz no processo civil, *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Ibid.*, 414.

209 . In Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho, 2003, p. 207, *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Ibid.*, mesma página.

210 . José Carlos Barbosa Moreira, Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Temas de direito processual – 4ª. série, p. 45-5, *apud* Luiz Guilherme Marinoni, *Ibid.*, mesma página.

os fatos não sejam devidamente verificados em razão da menor sorte econômica ou da menor astúcia de um dos litigantes²¹¹.

211 . Luiz Guilherme Marinoni, Teoria Geral do Processo, mesma página.

11. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A FUNÇÃO DOS PODERES DO JUIZ NO PROCESSO MODERNO:

Primeiramente, vale destacar Anderson João dos Santos Alves ⁽²¹²⁾ quando ressalta as considerações da professora Lídia Reis de Almeida *in* Neutralidade e imparcialidade dos juízes quanto ao traçado histórico na atuação do juiz, ou seja:

(...) Após a revolução francesa, a vitória da burguesia trouxe para o pensamento jurídico a tendência da preservação dos interesses individuais, limitados apenas pela norma, expressão dos ideais coletivos. Dessa tendência decorreu como conseqüências, um extremo apego à lei na interpretação e aplicação do Direito pelo juiz, assim como a proibição, imposto ao Judiciário, de participar da criação jurídica, atividade exclusiva do Legislativo, órgão representante da vontade popular. Tais conseqüências reforçavam o ideal de neutralidade do magistrado. A evolução da atividade judicante ao longo do tempo decorreu das recorrentes situações que emergiram das relações sociais, da organização político - econômica do Estado. Pode-se perceber que a organização social, econômica e política reclama um juiz atuante, desprendido de preconceitos, ligado ao ideal de justiça. Para tanto alcançar é necessário que o juiz cada vez mais se aperceba das minúcias que regem as relações e que não se isole num crepúsculo estruturado por normas abstratas sem co-relação com o mundo fático. Nos remotos tempos pensava-se que o juiz estava adstrito apenas à aplicação mecânica da norma ao fato, olhando apenas a letra fria da lei, prestigiando apenas um mero silogismo, em que a premissa maior seria a lei, a menor, o fato e a conclusão: a sentença. Percebendo, desta sorte, que em nada sobressaltava ao juiz ser atencioso aos fatos a ele apresentado e ao deslinde da causa caso tenha que agir mecanicamente. Portanto, o referido dogma da neutralidade, na realidade, prestou um desserviço ao principal objetivo da sentença, a realização da justiça. Nesta linha, FRANK *apud* LÍDIA REIS “ressaltou o caráter criador da sentença, bem como a importância, na decisão, da pessoa do magistrado e de seus conteúdos internos. Para ele, nas sociedades complexas, as decisões jurídicas apresentam um caráter plástico e mutável, com a finalidade de amoldarem-se às cambiantes circunstâncias da vida social”. Segundo FRANK *apud* LÍDIA REIS, “as normas gerais consistem em apenas um dos ingredientes presentes na sentença. Todavia, o mesmo autor não esquece a importância do fato de que as normas, os princípios jurídicos nelas contidos, os precedentes jurisprudenciais, os valores gerais contribuem para a formação

212 . Lídia Reis de Almeida.Revista IBDFAM, 2003, *apud* Anderson João dos Santos Alves *in* artigo Dos Deveres do Juiz, p. 2-3.Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877>> Acesso em: 16/07/2009.

dessas intuições” ⁽²¹³⁾. Não podemos deixar de sopesar os matizes individuais de cada caso concreto, desperdiçando a inteligência, o objetivo do juiz na resolução da contenda e o dever de fazer que a justiça se imponha em cada caso. Também não podemos, pois, pensar em juízes alheios ao ideal de justiça, dado que aparenta pouco provável que um juiz olhe para o processo e não se importe se o autor ou réu vencerão, estando amparado por provas firmes de que A é credor do direito em relação a B. Desta sorte, a atividade judicante reclama um juiz capaz de valorar os fatos e as situações que lhe são apresentadas de modo a não somente entregar a solução fria da subsunção do fato a norma, mais uma solução que tenha calor humano e seja capaz de dignificar a atividade judicante, que tenha o condão de imprimir justiça ao caso concreto, dado que não pode estar indiferente ao resultado da causa dentro do anseio de justiça. Outrossim, a sua intervenção no processo orientará a busca do resultado útil. Portanto, deve ser prudente e zeloso na busca da justiça em cada caso, empenhado em bem exercer sua profissão, fazendo vitorioso aquele que tem o melhor direito, não perdendo de vista, estar respaldada o judiciário por seres pensantes e capazes de perceber o sofrimento da parte que reclama por um direito notório e incontestado.

Neste sentido ainda, afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira quando expõe:

Indispensável, outrossim, desligar-se de concepções unilaterais, que só enxergam a norma ou o fato, sem incluir o valor, como requer uma visão necessariamente totalizante do fenômeno jurídico. A esse respeito, tenho ressaltado que o plano dos fatos trabalha com efeitos físicos, próprios do mundo natural, como acontece com a evaporação da água, efeito de seu aquecimento a 100°C. Já o mundo jurídico lida com valores, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma²¹⁴.

Corroborando o já exposto, modernamente, a preocupação do juiz não se restringe à mera condução do processo, mas sim, garantir que ao final o provimento jurisdicional seja concedido conforme os valores da sociedade, pois, conforme anota João Batista Lopes:

a postura burocrática e protocolar do juiz entra em conflito aberto com as tendências atuais do processo civil e, por isso, deve ser afastada. Não se concebe, no estágio atual da doutrina processual,

213 . Jerome Frank. Law and modern mind. New York. Anchor Books/Doubleday & Company, Lídia Reis de Almeida Prado *in* Neutralidade e imparcialidade dos juízes, *apud* Anderson João dos Santos Alves *in* Dos Deveres do Juiz, p.3. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877> > Acesso em: 16/07/2009.

214 . Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Efetividade e tutela jurisdicional, *apud* Anderson João dos Santos Alves *in* artigo Dos Deveres do Juiz p. 3. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877> > Acesso em: 16/07/2009.

que a parte seja prejudicada pelo apego ao fetichismo das formas e à dogmática tradicional²¹⁵.

Nesse sentido, é pertinente a advertência de Helenita Maria de Azevedo Coutinho, depois de ressaltar a descrença no Poder Judiciário pela sociedade, ou melhor:

(...)
diante de tal quadro caótico, os juízes devem tomar consciência de sua responsabilidade e poder de intervenção social, rompendo a posição de conservadorismo e aparente neutralidade diante dos conflitos, sob pena de esvaziamento de sua autoridade e de poder estatal de ordenação da sociedade. Em tese, a máquina judicial e a preparação humanística do magistrado deveriam evoluir com a mesma celeridade que as constantes mudanças sócio-culturais, para se adaptar melhor a elas e realizar o ideal da justiça social²¹⁶.

Também com esse propósito, mais uma vez aqui, faz-se uso dos ensinamentos de Barbosa Moreira quando assinala que:

(...) É a antiga visão do “duelo” entre as partes, ao qual assistia o juiz como espectador distante e impassível, que cede o passo a uma concepção do processo como atividade ordenada, ao menos tendencialmente, à realização da justiça. Tal evolução não pode deixar de refletir-se no jogo dos “princípios fundamentais” de longa data identificados pela doutrina. Assim, é que se assiste à parcial atenuação do domínio – até certo tempo incontestado – do princípio dispositivo, ou pelo menos de algumas das diretrizes que tradicionalmente se costumam pôr em correlação com ele. Cresce em contrapartida, a importância do princípio da igualdade de tratamento das partes, afirmando em termos expressos pelo vigente código brasileiro, no artigo 125, I²¹⁷.

Deste modo, hodiernamente, pode-se afirmar que a atividade judicante requer um sentimento de respeito ao próximo, submissão à dignidade das pessoas e em especial um firme desejo de não deixar prevalecer a maior capacidade, seja econômica, social, técnica, cultural de uma parte sobre a outra no processo. Mas, para isto ocorra deve o julgador moderno ser participativo, conhecer a sociedade em

215 . João Batista Lopes. A prova no direito processual civil, p. 173. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, *apud* Nelson Finotti Silva *in* artigo Um Juiz mais ativo no Processo Civil p. 2. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>> Acesso em: 20-8-2009.

216 . O papel do juiz – agente político no Estado Democrático de Direito. Justiça e Democracia, São Paulo, v.1,n.1, p. 132-146, jan./jun.1996, *apud* Nelson Fenotti Silva, *Ibid.*, p.4. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>> Acesso em: 20-8-2009

217 . José Carlos Barbosa Moreira. A ampliação das funções do juiz e sua significação política-jurídica, *in* Temas de direito processual: (primeira série), p.11-12.

que vive e, principalmente, ter consciência do que ela espera dele, pois, a direção do processo cabe a ele, pertencendo só a ele o dever de entregar o direito a quem de direito, ou seja, a fé na justiça como máxima a ser alcançada pelo processo, propiciando sempre o tratamento igualitário das partes e assim, mantendo o equilíbrio dos litigantes no processo.

Evidencia-se, dentre as funções/atribuições do juiz moderno a dúplici responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam, pois as partes e seus procuradores são merecedores de igual tratamento com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações. Assim, com a colaboração das partes deverá, o juiz, propiciar para que as desigualdades sejam transformadas em igualdade real, ou seja, espera-se que o magistrado conceda tratamento diversificado àqueles que se encontram em situações distintas, a fim de equilibrar processualmente os litigantes que não se encontram em igualdade de condições. Consiste, assim, a tarefa do magistrado de preservar a isonomia no trabalho formalmente desigual que formalmente iguala.

Deste modo, pode-se afirmar que modernamente, o magistrado inerte deu lugar a um efetivo agente construtor de uma nova ordem jurídica, mais justa e equânime, pois, aquela célebre eqüidistância do juiz no processo deve ser adequadamente temperada a fim de que se alcance um processo justo. Com essa intenção, acentua-se mais uma vez que o julgador moderno não é mais uma pessoa neutra, não podendo ser reduzido a um puro lógico, a uma simples máquina decodificadora, pois ao se admitir que a essência do processo reside na dialética dos opostos, em que desponta a importância *da garantia da igualdade que deve ser dispensada às partes*, cresce a importância da atuação do juiz como responsável maior para que ela exista realmente, não no seu aspecto puramente formal, mas

dinâmico. Portanto, aquela imagem tradicional do juiz – árbitro que assiste qual a um espectador passivo à luta das partes, é substituída e reforçada pelo incremento de poderes, que deverão ser encarados e utilizados como incremento da boa prestação jurisdicional.

Portanto, é de bom tom se destacar aqui a advertência de Cândido Rangel Dinamarco quando assim dispõe:

O processo não constitui mero instrumento técnico, nem é o direito processual ciência neutra em face das opções axiológicas do Estado. Pois a aparente neutralidade ideológica é disfarce do mais prejudicial conservadorismo, a perpetuar o liberalismo do séc. XIX e a sua prevalência do princípio dispositivo a níveis intoleráveis, para um Estado de vocação intervencionista²¹⁸.

Em concreto o que espera a sociedade hodierna de seus juízes?

Na verdade, atualmente, espera-se que além do poder de controle, do poder de fiscalização, da imparcialidade, do dever da legalidade, da incorruptibilidade, da obrigação de ditar a sentença e motivá-la, ao juiz caiba ter a consciência aberta ao raciocínio constitucional, com fidelidade ao Estado de Direito e à opção democrática resultante do pacto básico de todos os brasileiros, pois somente deste modo excluir-se-á o risco de se ter um julgador inerte, quando então sua consciência deverá estar aberta ao raciocínio constitucional.

É, pois, através da tutela Constitucional do Processo que o juiz deverá se apegar e garantir a conformação dos institutos de direito processual e seu funcionamento aos princípios que dependem da própria ordem constitucional, e ao fazê-lo se aproximará do cumprimento hígido da missão que o sistema lhe comete, exercendo-a de forma completa e consciente, a gerar como subproduto a credibilidade e o respeito à Justiça.

A propósito vale aqui destacar a lição de Marcus Orione Gonçalves Correia:

218 . Candido Rangel Dinamarco, *apud* José Renato Nalini *in* O Juiz e o Processo Constitucional, Revista dos Tribunais, v.687, p.246.

(...) atualmente vem se requerendo do juiz que este deixe de ser, um mero convidado de pedra do processo. Aliás, em contraposição à figura do juiz dos tempos do liberalismo, que conduzia o processo sem intervir de forma alguma – em consonância com a própria noção liberal da ausência de intervenção do Estado –, vem emergindo hodiernamente a figura dos poderes assistenciais do magistrado. Os poderes assistenciais do juiz defluem, em prestígio à noção de justiça material (em contraposição à mera idéia de justiça formal), de um princípio por alguns admitidos – que não vem expresso na Constituição – conhecido como princípio da paridade de armas. Segundo desdobramento deste último princípio, é indispensável, para a própria garantia da igualdade das partes no processo, que em situações de desigualdade, o juiz atue conduzindo o processo e assistindo o mais frágil na relação jurídica deduzida em juízo²¹⁹.

219 . Marcus Orione Gonçalves Correia. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Saraiva, 1999 *apud* Nelson Fenotti Silva *in* artigo Um Juiz mais ativo no Processo Civil p.3. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356> > Acesso em:20-8-2009.

12. CONCLUSÕES FINAIS:

De tudo o brevemente examinado, impõe-se concluir que os poderes atribuídos ao juiz, no processo, são poderes instrumentais, não bastantes em si mesmos, porque afetados ao fim do próprio processo, ou seja: a rápida, correta e igualitária prestação da Justiça.

Tal assertiva não ensejou em nenhum momento deste estudo qualquer dúvida, ou melhor, que o fim próprio do processo é a prestação da Justiça. Para isto, em várias passagens acentuou-se que a *Justiça* é uma atividade essencial à manutenção do Estado de Direito e à consecução efetiva dos direitos e garantias fundamentais que dependem em grande parte *da efetiva e boa condução do processo*. Dentre os direitos e garantias fundamentais destacou-se o princípio da isonomia.

Como consequência da essencialidade da prestação da justiça como um serviço público destacou-se também, dentre os servidores da justiça *a figura do Juiz* – órgão incumbido pelo Estado de prestar uma justiça adequada, célere e principalmente igualitária que conforme se demonstrou deve “se servir sempre das reformulações introduzidas pela nova ordem constitucional de 1988, dentre elas a incorporação de conquistas salutaras da ciência processual como a instrumentalidade do processo, sistematizada pela inteligência de Candido Rangel Dinamarco e dos Princípios Informadores do Processo”.²²⁰ Pois, o juiz operador jurídico, de quem depende a concretização justa da outorga jurisdicional, é qualificado intérprete, que não exaure a plenitude da potencialidade de suas

220 . José Renato Nalini *in* O Juiz e o Processo Constitucional, *passim*, p.244 –246.

funções, se não calibrar seu exercício com o exato atendimento da principiologia processual.

Dentre os princípios informadores do processo, destacou-se o *Princípio da Igualdade das Partes* delineando-o como ferramenta essencial de auxílio ao juiz a fim deste corrigir as distorções provocadas no processo pelas disparidades encontradas socialmente.

Constatou-se também através deste estudo que, modernamente, “por toda parte fervilham anseios de mudanças, a refletir uma insatisfação difusa com o funcionamento da Justiça Civil, a elaboração de códigos novos ou alteração dos existentes ⁽²²¹⁾” podendo-se assim, atualmente, designar-se o processo “*como verdadeiro microssomo democrático do Estado de Direito* ⁽²²²⁾”, ou seja, o processo é hoje concebido como instrumento a serviço da ordem constitucional e reflete os princípios nela proclamados, em especial o Princípio da Isonomia, que “é signo fundamental da democracia” ²²³.

Portanto, através das reflexões aqui apresentadas procurou-se sempre ressaltar que: ao Juiz a lei confere poderes, na certeza de que os usará num alto sentido de sempre procurar dentre tantas atribuições igualar as partes fazendo assim, que o processo sobressaia, não uma verdade deformadora e inicial, mas a verdade única ou simplesmente a verdade. É, pois, esse o pensamento que deverá sempre estar presente na consciência do juiz, servindo-lhe assim de guia na direção do processo e no tratamento isonômico dispensado às partes, ou ainda na feliz versão de Manoel Ferreira Filho:

221 . José Carlos Barbosa Moreira, *in* Reformas Processuais e Poderes do Juiz, *in* Temas de Direito Processual: oitava série, p. 58.

222 . José Renato Nalini *in* O Juiz e o Processo Constitucional. Revista dos Tribunais, v.687, p.244.

223 . José Afonso Da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p.210.

(...) um processo mais ágil e simplificado depende da vigilância do Juiz para que as diferenças básicas entre as pessoas não se projetem no instrumento. Quando isto ocorra, lícito ao juiz – e mais ainda, constitui seu dever de ofício - recorrer à principiologia processual constitucional para resguardar o equilíbrio entre os litigantes ²²⁴.

Pois, não basta ao Estado realizar a jurisdição com a participação popular através do processo, deve sim, ser garantida uma adequada tutela jurisdicional, propiciando-se uma ordem jurídica acessível a todos, assegurando-se assim, às partes uma igualdade real e não formal; não o mero ingresso em juízo.

Nesse intuito ratifica-se que: o compromisso do Poder Judiciário não pode ser outro que com os valores na CF e positivados através de regras e princípios, pois, foi após a nova Constituição do Brasil que tivemos a releitura do processo como garantia da ordem jurídica e conseqüentemente do Estado de Direito. Tais estudos foram desencadeados pela inserção no texto constitucional de várias garantias processuais, entre elas a garantia do princípio da isonomia que, com efeito, irradia a igualdade ali prevista para os diversos ramos do Direito sendo recepcionada pelo Direito Processual Civil através do Princípio da Igualdade de Tratamento entre as Partes, logo, é inegável que no âmbito do Direito Processual muito pode e deve ser feito, pois o Juiz que como “personificação e personalização” do Poder Judiciário age no processo como Poder, cabendo-lhe dentre tantas incumbências a imposição lógica de dar plena realização às normas constitucionais, aqui em especial ao Princípio da Igualdade de Tratamento das Partes, lembrando ainda, que “só com dois pratos iguais é que não se vicia a balança da justiça” ²²⁵.

224 . Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *apud* José Renato Nalini *in* O Juiz e o Processo Constitucional. Revista dos Tribunais, v. 687, p.246.

225 . Alfredo Soveral Martins. “Direito processual”, 1º.v., fora do texto, Coimbra, 1995, p. 170, *apud* Francisco Alberto Giordani *in*: O Princípio da igualdade e a...p.12.Disponível em: < [HTTP://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18845](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18845)> Acesso: em 16/07/2009.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Anderson João dos Santos. **Dos deveres do juiz**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=877>> Acesso em: 16/07/2009.

ALVES, Maristela da Silva **“Processo e Constituição”**. Revista da Ajuris. Porto Alegre – RS. Ano XXVII - nº. 85, TOMO I, p.256-272, mar. 2002.

ÁLVARES, Maria Lúcia Miranda. *In* artigo **A Fazenda Pública tem privilégios ou prerrogativas processuais?Análise à luz do princípio da isonomia**, p.2. Disponível em:<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5661&p=2>> Acesso em: 05/11/2009.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª. ed., Malheiros Editores, 2007.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. 1ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 1999. 1ª. Tiragem.

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo – RCS Editora, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo**. *In*: Revista de Processo. Ano X, nº. 37, p.140-150, jan./mar. 1985.

_____. **A ampliação das funções do juiz e sua significação política-jurídica**. *In* Temas de direito processual civil – 1ª. série. São Paulo: Saraiva, p.11-15, 1988.

_____. **Miradas sobre o processo civil contemporâneo**. Temas de direito processual civil - 6ª. série. São Paulo: Saraiva.

_____. **Reformas processuais e poderes do juiz**. *In*: Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, p. 53-67, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 2ª. ed., rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo**. 4ª.ed., rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª. ed., São Paulo: Malheiros.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16ª. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 1v.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do poder judiciário**. In: Revista Dos Tribunais, Ano 83 - São Paulo: RT nº. 700, p.35-39, fev./1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel **Instituições de direito processual civil**. 2ª. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002, II v.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: EDUSP _ Revista dos Tribunais, 1973.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3ª. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2000, 1v., arts.1º. a 103.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. **O princípio da igualdade e a atuação do Ministério Público enquanto parte**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª. Região. Campinas nº. 22, p1-20, 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/browse?type=author&value=Giordani,%20Francisco%20Alberto%20da%20Motta%20Peixoto&value_lang=pt_BR> Acesso em: 16/07/2009.

GOMES, Sérgio Alves. **Os Poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14ª. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1999. 1 v. e 2 v.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de direito Constitucional, 2000.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4ª. ed. rev. e amp., São Paulo: RCS Editora, 2005.

_____. *Revista de Direito do Estado* nº. 3, jul./set. 2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo, Bushatsky, 1975.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HERTEL, Daniel Roberto. **Reflexos do princípio da isonomia no processo civil**. *In: Depoimentos - Revista do Curso de Direito das Faculdades de Vitória - FDV* 4v., nº.6, p. 161-198, jan./jun. 2003.

MACHADO, Agapito. **O princípio da isonomia e os privilégios processuais**. *In: Justilex*. Brasília/DF. Ano IV, nº. 44, p. 24-26, ago./2005.

MARCATO, Antonio Carlos. **Preclusões: limitação ao contraditório?** *In: Revista de Processo*, São Paulo, nº. 17, Ano V, p. 105-114, jan./mar.1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; AREHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil - processo de conhecimento**. 6ª. ed., rev., atual. da obra *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2. v., 2007.

_____. **Curso de processo civil – teoria geral do processo**. 3ª. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.v., 2008.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil** *In Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)* nº. 6, p.71-87, set. /2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, s/ d. .

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. **Princípio da igualdade**. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Editora Revistas dos Tribunais, ano 11, nº. 42, p. 310-328, jan./mar. 2003.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4ª. ed., rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 1v., 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

.MOURA, Maria Aparecida de Brito. **O princípio constitucional da isonomia e o problema da cláusula – mandato nos contratos por adesão, a partir da vigência do código de defesa do consumidor: abusividade?** Dissertação de Mestrado.Unifio/Osasco 2005, Centro Universitário FIEO.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o processo constitucional**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 687, fascículo 1 cível, p.243-249, Ano 82- jan./1993.

NERY Júnior, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, Fascículo 3, p.45-77, 1992.

_____.**Princípio do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª.. ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____.**Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10ª. ed., rev., amp. e atual. até 1º./out. 2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 4ª. ed., rev., amp e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **O direito à igualdade formal e real**. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 79, v. 651, p.52-54, jan. 1990.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed., ajustada ao novo Código Civil.São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**, 3ª. ed. rev., atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil: a lide e a sua resolução**. 2ª ed. rev. amp. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17^a. ed., rev atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves, Rio de Janeiro, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21^a. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Nelson Finotti. **Um juiz mais ativo no processo civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4356>> Acesso em: 20-8-2009.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da igualdade**. In: Revista: Estudos Jurídicos – Universidade do Vale do Rio dos Sinos - São Leopoldo, RS., v. 23, no. 59, p. 67-77, set./dez., 1990.

TAVARES, André Ramos. **Da arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental**. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios Gerais de Direito Processual Civil**. Revista de Processo. São Paulo, ano 6, nº 23, p.173-191, 1981.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia como inspiradores da compreensão de algumas alterações no direito positivo**. In: Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXVI, nº. 88, p.187-192, nov./2006.

O lançamento serve de marco divisório entre a decadência e a prescrição. Decadência do direito de lançar e inicia-se o prazo prescricional para que a autoridade administrativa cobre o débito quando se fizer necessário.

A notificação do lançamento marca o início do prazo para pagamento, bem como o lapso de tempo para eventual contestação pelo sujeito passivo.

O conceito de Prescrição está ligado à compreensão da expressão “constituição definitiva do crédito tributário”. Esta ocorre em datas distintas, conforme o comportamento do contribuinte, em face do lançamento.

Assim, caso o contribuinte, após o lançamento, não procure impugnar o débito, desprezando-o, a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá ao término do prazo previsto em legislação específica. Na esfera administrativa o prazo é de 30 dias para a protocolização da impugnação administrativa (art. 15 do Decreto nº 70.235/72), portanto, a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá após o prazo cabível de 30 dias, a partir da intimação do lançamento, isto é, no 31º dia.

Se o contribuinte impugnar o débito na via administrativa, a constituição definitiva ocorrerá com a última decisão administrativa, da qual não cabe mais recurso.

O direito que surge para o sujeito ativo em decorrência do fato gerador da obrigação principal, ganha exigibilidade com o lançamento, nascendo assim o crédito tributário.

2.5 CONCLUSÃO

Mais de quatro décadas já se passaram após o advento do Código Tributário Nacional. Entretanto, a questão da constituição definitiva do crédito tributário pelo lançamento, para definir o termo inicial da prescrição referida no art. 174 do CTN, ainda, não está pacificada na doutrina e na jurisprudência.

Prova disso é o freqüente pedido de esclarecimento de diversos leitores do nosso livro onde afirmamos:

"A atividade do lançamento, que é obrigatória e vinculada, tem-se por concluída com a notificação do resultado ao sujeito passivo, quando então se opera a constituição definitiva do crédito tributário" (Cf. nosso Direito financeiro e tributário, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 487).

Alegam que o crédito tributário só é definitivo quando não for impugnado pelo sujeito passivo, ou, em sendo impugnado, somente quando confirmado pela decisão administrativa irreformável.

Na verdade, essa questão não se reveste de complexidade alegada pela parcela ponderável da doutrina. É questão de recapitular alguns conceitos básicos de direito administrativo. Não se pode confundir procedimento administrativo com processo administrativo tributário.

O procedimento administrativo, referido no art. 142 do CTN, finda-se com a notificação do lançamento ao sujeito passivo (art. 145 do CTN). Notificado, o sujeito passivo pode efetuar o pagamento exigido extinguindo o crédito tributário (art. 156, I do CTN). Ora, se extingue o crédito tributário é porque esse crédito já estava definitivamente constituído. Não é a extinção pelo pagamento que confere definitividade àquele crédito tributário. Ademais, não se pode cogitar de extinção de crédito tributário provisório, mesmo porque não é dado ao fisco efetuar uma cobrança provisória a ensejar, no futuro, uma cobrança definitiva.

A outra alternativa do sujeito passivo notificado do ato do lançamento é opor resistência à pretensão fazendária, apresentando impugnação. Com a impugnação surge o processo administrativo tributário como meio de solução da lide, tal qual, o processo judicial.

Exatamente porque o crédito tributário está definitivamente constituído pelo lançamento é que a legislação tributária, em obediência ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, faculta ao sujeito passivo a sua impugnação. Não há crédito tributário provisório a ensejar defesa administrativa, da mesma forma que não há denúncia criminal provisória a deflagrar o direito ao contraditório e ampla defesa.

Não é a decisão administrativa irrecorrível que constitui definitivamente o crédito tributário. Ela limita-se a confirmar o crédito tributário mantendo-se o auto de infração lavrado, ou a extinguir no todo ou em parte o crédito tributário definitivamente constituído pelo lançamento (art. 156, IX do CTN). Em outras palavras, a decisão administrativa pode desconstituir o crédito tributário.

O mesmo acontece se o contribuinte notificado do lançamento, ou após encerramento da fase administrativa, ingressar em juízo para anular o crédito tributário. A sentença judicial definitiva, ou manterá aquele crédito tributário, ou o extinguirá no todo ou em parte. Nem por isso cabe sustentar que o crédito tributário é definitivamente constituído com a final manifestação do Poder Judiciário.

Resumindo e concluindo, o procedimento administrativo do lançamento, que é unilateral, termina com a notificação do lançamento ao sujeito passivo. O processo administrativo tributário, que se desenvolve sob a égide dos princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, encerra-se com a decisão irreformável na esfera administrativa.

A constituição válida e eficaz de créditos tributários está circunscrita a um novel de exigências direcionadas à pessoa do sujeito passivo, que as deve cumprir com absoluto rigor. Sem esse cuidado, a inevitabilidade do lançamento, operado, ex

officio, fará surgir um passivo tributário indesejável, provido de exigibilidade, em condições de ser cobrado pela Administração Pública.

Ao Fisco, como agente de arrecadação, compete promover auditoria nas várias declarações em vigor (DIPJ X DCTF X DIRF X PER/DCOMP X DAON), certificando-se do correto preenchimento dos Códigos de Darf's e guias e demais campos obrigatórios, realizando o lançamento de ofício sempre que encontrar falhas ou irregularidades, ordenando a notificação do contribuinte para que possa se defender administrativamente.

No processo judicial, competindo ao juiz encerrar um conflito de interesse entre duas pessoas, pelo menos, cada parte envolvida no litígio deve ter o interesse de convencer o juiz sobre a certeza de sua verdade.

Para Chiovenda, provar significa formar o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes do processo. Carnelutti, a respeito do tema, afirma:

Com efeito, em linguagem corrente, provar significa demonstrar a verdade de uma proposição afirmada. Agora bem: no campo jurídico, a comprovação dos fatos controvertidos por parte do juiz pode não derivar da busca de sua verdade, e sim dos processos de fixação formal. Se a lei compreende tais processos sob o nome de prova, isto significa que o conteúdo próprio do vocábulo na linguagem jurídica se altera e se deforma. Provar, com efeito, não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos discutidos, e sim determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinados.

Conseqüentemente, num processo, as partes devem ter o interesse de provar os fatos favoráveis à sua argumentação, constituindo o ônus da prova uma mera faculdade, e não um dever jurídico, pois o seu atendimento visa a obter uma vantagem no processo, não sofrendo qualquer sanção o descumprimento do ônus ou da carga da prova, salvo a não obtenção do efeito útil desejado.