

O Direito das Famílias construído Democraticamente através do Devido Processo Legal

Newton Teixeira Carvalho
Juiz Titular da 1ª Vara de Família de Belo Horizonte.
Especializado em Direito de Empresa pela Fundação
Dom Cabral, em Belo Horizonte. Professor Universitário.
Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/MG.
Presidente do IBDFAM/MG.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Estado de Direito Democrático. 3. Os Princípios como Normas postas pelo Discurso da Lei. 4. Inexistência da Relação Jurídica Processual. 5. A Sentença como provimento final preparado pelas partes, em contraditório. 6. Conclusão: os Direitos das Famílias construído através do devido processo legal. 7. Referência Bibliográfica.

“No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da sreconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e, por outro lado, da determinação argumentativa de qual, dentre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional: (...) Processo, portanto, é procedimento discursivo, participativo, que garanta a geração de decisão participada”.(CATTONI DE OLIVEIRA, 2001,p. 198).

1. Introdução

No presente trabalho discutiremos, neste tão aguardado V Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado mais uma vez, por vontade da maioria, em Belo Horizonte, nos dias 26 a 29 de outubro de 2005, sob o tema central: Família e Dignidade Humana, o processo na visão Fazzalariana que, de maneira irrefutável, entende existí-lo somente se o procedimento for realizado em contraditório.

Na concepção Fazzalariana, o processo é fator inerente ao Estado de Direito Democrático, situando-se, teleologicamente, não apenas no campo exclusivo do Direito Processual, mas sim no vasto domínio da Teoria Geral do Direito, onde se irradiará a todo o ordenamento jurídico estatal, apresentando-se imprescindível ao desenvolvimento de uma sociedade, livre, justa, plural e igualitária.

A sociedade na qual o processo não é reconhecido como garantia constitucional, componente necessário do complexo normativo e não ter tal instituição presença obrigatória na emanção de provimentos estatais que irão afetar interesses jurídicos dos administrados, seja no âmbito jurisdicional, administrativo ou legislativo, não se encontra sob a benção da democracia, mas sim à sua margem, sujeita a decisões de *imperium* e potestades governamentais de caráter arbitrário.

Assim e a partir de FAZZALARI não há que se falar mais em relação jurídica, ainda hoje admitida pela doutrina tradicionalista do direito processual, teoria esta concebida por Oscar von BÜLLOW, em 1868, e que, no paradigma de Estado Democrático de Direito, passa a ter importância apenas histórica.

A teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, em simétrica igualdade entre as partes, concebida na Itália por FAZZALARI e entre nós, inicialmente desenvolvida por GONÇALVES, veio dar seqüência ao ciclo evolutivo do direito processual.

Ademais, verifica-se, no Brasil, que a Constituição Republicana de 1988 traz expressamente a garantia do devido processo legal como direito fundamental (art. 5º, incisos LIV e LV), garantia essa somente compatível com regimes democráticos, eis que, nos regimes ditatoriais ou de exceção, há apenas uma garantia formal do processo.

O marco teórico, no Brasil, é a obra **Técnica Processual e Teoria do Processo**, do Professor Aroldo Plínio GONÇALVES, que define o processo como procedimento realizado em contraditório. Essa teoria foi recepcionada e aperfeiçoada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, que entende, atualmente, ser o processo instituição constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, da anterioridade da lei, do dever da jurisdição, do direito ao advogado, da liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process*, que abrange o direito material do *substantive due process* modulador dos procedimentos para assegurar efetividade.

É, ainda, alicerçado em Élio Fazzalari que concluiremos neste diálogo que não é mais correto entender a sentença como trabalho isolado do julgador, mas sim a síntese de um labor de todos os participantes do processo, como procedimento em contraditório. Portanto, não somos meros operadores dos direitos das famílias, mas sim o construímos, no dia-a-dia, através do processo.

Demonstraremos, finalmente, que é possível discutirmos os direitos das Famílias de uma maneira mais célere, sem prejuízo do devido processo legal. Para tanto, necessário é uma leitura da Constituição Republicana de 1988 sob a ótica do princípio da dignidade humana.

2. O Estado De Direito Democrático

HABERMAS (1997:233) ensina que a Antropologia demonstra que o Direito precede o surgimento do Estado, tendo sido o desenvolvimento do Direito arcaico que possibilitou o surgimento de um poder político soberano. Nesse momento, evidentemente, tem-se que o Direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado organizado juridicamente surgem simultaneamente, mediante o poder político.

O Estado não é, “então, fim em si mesmo, mas organização política da sociedade, normatizada pelo Direito, cuja finalidade é, em última instância, a concretização da liberdade”, conforme afirma Cláudia TOLEDO (2003:110).

Evidentemente que a realização da liberdade somente poderá ocorrer se declarados, assegurados e exercidos os direitos fundamentais. O regime político capaz de garantir formal e materialmente tais direitos, é a democracia e, por conseguinte, o melhor tipo de Estado é o Democrático de Direito.

Assim, a implementação do Estado de Direito Democrático passa, necessariamente, pela idéia da autolegislação dos cidadãos, defendida por HABERMAS (1997:157), a exigir que os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito, através da teoria do discurso jurídico, a conferir força legitimadora ao processo de normatização.

Com efeito, o Estado de Direito é aquele que está apoiado no direito legítimo que, no positivismo legal democrático, consubstancia-se na permissão da plena discussão dos projetos de leis (método indutivo) com a escolha do presumivelmente melhor, que será a lei a ser aprovada (método dedutivo, a verdade posta), com observância, evidentemente, do devido processo legislativo.

A afirmação do Estado de Direito continuará no dia-a-dia, principalmente através da possibilidade de as partes, a qualquer tempo e através do processo, poderem rediscutir o direito posto pelo órgão estatal competente. A verdade posta (Lei) poderá, através do processo, ser novamente questionada. Assim, podemos afirmar, com CORDEIRO LEAL (2002:106) que “a racionalidade da decisão só pode ser encontrada na interpretação compartilhada dos textos legais democraticamente elaborados e na reconstrução dos fatos pelas partes”.

O Estado de Direito persistirá através das motivações das decisões judiciais, pois o ato decisório deverá considerar a contribuição argumentativa das partes, acatando-a ou desprezando-a, eis que, conforme lembra CORDEIRO LEAL (2002:106) reafirmando MÜLLER¹,

“No Estado Democrático de Direito, o jurista não pode brincar de pretor romano. Os poderes `executantes` [`ausführenden`] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia.”

Ainda no dizer de HABERMAS (1997:246) para haver Estado de Direito, há também necessidade de persistir a separação de poderes (funções) e que a legitimidade aflore na racionalidade de processos de legislação e de jurisdição, capazes de garantir a imparcialidade.

Ademais e como afirma HABERMAS (1997:247), para haver Estado de Direito democrático, o direito deve ser autônomo, a garantir tanto nos processos institucionalizados da legislação e da jurisdição, uma formação imparcial da opinião e da vontade, a consolidar a democracia.

Portanto, Estado Democrático de Direito é aquele que declara e também assegura direitos fundamentais que são positivados pelos cidadãos co-autores do Direito que rege aquele Estado por eles organizado, isto é, são direitos advindos da soberania do povo. Na Teoria Discursiva de

¹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é povo? A questão fundamental da democracia.** Trad.Peter Naumann. 2. ed., São Paulo: Max Limond, 2000.

HABERMAS o Direito no Estado Democrático é fundamentado nos direitos humanos (validade) e na soberania popular (facticidade). Acerca do tema, ROSEMIRO LEAL (2002:39) acrescenta que,

“Portanto, os que entendem ainda a lacuna da lei ou a defesa de sua completude como problema que, nas decisões, tem de ser dogmaticamente resolvido pelo juiz desconhecem que, nas democracias, nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor. Daí, se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém. Não há indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente”.

Assim, no Estado Democrático de Direito, as pessoas não são apenas destinatários das leis, mais sim co-autoras. A legislação advém do consenso discursivamente estabelecido ou da vontade da maioria obtida através do regime democrático e, no dizer de ROSEMIRO LEAL (2002:39),

”Na democracia, o direito é um campo da existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual. No direito democrático, se a lei, em qualquer nível, é obscura, ininteligível, lacunosa, ambígua, antagônica, inadequada, por anomia ou antinomia, caberia ao juiz decidir segundo os conteúdos paradigmáticos da teoria do Estado democrático de direito em suas bases de fundamentalidade jurídica (direitos humanos) já pré-julgados na instância constituinte da institucionalização de direitos”.

A Teoria Discursiva de HABERMAS dá plena legitimidade ao Direito, porque o próprio povo formula as leis. Permite uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e co-autor da ordem jurídica. Neste Estado Democrático, afirma MOREIRA (2002:132-133)

“o Direito vem materializar uma vontade popular historicamente situada (facticidade) que, de forma racional, mediante o discurso democrático, normatiza a universalidade de uma conduta (idealidade). Nele, a revogabilidade do Direito, em face de sua falibilidade diante de sua pretensão de correção, e a institucionalização de regras processuais de correção geram seu aprimoramento, permitindo-lhe construir-se cada vez mais como liberdade efetiva.”.

Pelo exposto, verifica-se que, fundamental no Estado Democrático de Direito, é também a positivação dos princípios, através de lei, tornando-se, dessa maneira, obra de todos. Ganha-se em legitimidade e em certeza jurídica.

3. Os Princípios como Normas postas pelo Discurso da Lei

A definição de princípios, no plano da justificação e alicerçado em Aristóteles, foi muito bem posta por Marcelo Campos GALUPPO,² “como o fundamento (formal) normativo dos demais direitos, o seu ponto de partida”.

Por possuir o caráter de fundamentabilidade do sistema, a natureza dos princípios, conforme esclarece CANOTILHO (1993:167), é normogenética, eis que “são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”.

Os princípios podem ser tomados, basicamente, em dois sentidos: no primeiro, como princípios positivos do Direito, e, no segundo, como princípios gerais do Direito (princípios ainda não positivados). Ambos encontram-se contemplados na enunciação lingüística do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Os primeiros, afirma SPÍNDOLA (2002:60) “no vocábulo “lei”, e os segundos, na locução que lhes designa o próprio enunciado”.

Os princípios jurídicos foram democratizados (discutidos), no momento jurídico atual, eis que se encontram encerrados, em sua grande maioria, na Constituição, que tem por tarefa indicá-los e preservá-los, como aconteceu com o Direito de Família, nos artigos 226 a 230 c/c os artigos 1º e 5º, todos da Carta Republicana de 1988.

² GALUPPO, Marcelo Campos. **Princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de sua aplicação.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-209, jul./set.1999b.

Ruy Samuel ESPÍNDOLA, esclarece que a juridicidade ou normatividade dos princípios passou por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Interessa-nos apenas a terceira fase, inaugurada nas últimas décadas do século XX, com a hegemonia axiológico-normativa dos princípios, que,

“agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de estalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes eficazes para muito além da atividade integratória do Direito. Isso se deveu, não só ao valioso trabalho teórico de juristas como Ronaldo Dworkin, mas também aos trabalhos de publicistas alemães, espanhóis e italianos, destacando-se o nome do alemão Robert Alexy.”.(2002:64)

Calha, aqui, a advertência de ROSEMIRO LEAL³, acerca da indagação de ser o princípio norma jurídica ou norma externa ao direito, debate esse, segundo o jurista ora mencionado, advindo da absurda distinção entre princípio jurídico e valor. Depois,

“Ora, em direito, se o princípio não for norma posta pelo discurso da lei e se a norma, como princípio ou regra, não estiver inclusa no contexto da legalidade, pouco importando se encerra um valor ou um dever (caráter axiológico ou deontológico), a preferibilidade de aplicação de um princípio entre outros, por precedência ou hierarquização, como norma ou valor, não pode extravasar o significado do conjunto de princípios adotado no discurso da constitucionalidade vigorante. A preferência entre princípios não pode, como quer Alexy, ser assistemática, porque tal redundaria em admitir que o princípio positivado da reserva legal é cambiável pelo intérprete”.

³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo:Primeiros Estudos**. 4. ed., rev., ampl., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 65.

O Professor GALUPPO⁴ afirma que a concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito, discordando, inclusive, da hierarquia entre princípios constitucionais eis que,

“A questão que se coloca é: como solucionar a tensão entre princípios expressos na Constituição? No contexto do Estado Democrático de Direito, devemos procurar solucionar os impasses gerados nos discursos de aplicação sem abirmos mão, na medida possível, do maior número possível de princípios. Só assim uma sociedade pluralista terá sua auto-identidade (também pluralista) preservada. Mas também não devemos excluir a possibilidade de ocorrência de situações em que isto seja impossível. Em ambos os casos, o procedimento capaz de dar um curso para a tensão entre os princípios (sobretudo os princípios constitucionais) é aquele que envolve a racionalidade discursiva (ou seja, que avalia através de razões a correção normativa envolvida por estes princípios para o caso concreto), que não é neutra a argumentações práticas (HABERMAS, 1994:549). Sendo possível ou não a aplicação do maior número de princípios constitucionais, o que se deve sempre buscar em tais procedimentos é a imparcialidade na fundamentação e aplicação de normas jurídicas (HABERMAS, 1994:563), ou, para retomarmos o conceito de Dworkin, Integridade”.

Verifica-se que o Professor GALLUPO, lastreado em DWORKIN⁵, despreza a chamada contradição entre princípios. Poderá haver concorrência de princípios, a exigir, no caso concreto, cessão de um perante outro e não, como quer ALEXY⁶, uma gradação entre eles, eis que,

“Ao contrário de Alexy, este procedimento não pressupõe uma gradação, mas uma cessão no caso concreto de um princípio perante outro, através de exceções de aplicação 32[32]: “Um dos dois princípios deve ceder nestas circunstâncias” (DWORKIN, 1986:270), e não necessariamente em outras circunstâncias. Ao contrário de Alexy, Dworkin pressupõe que o que move esta decisão é a exigência contingente de prosseguimento da jurisdição e do processo, ligadas à Integridade do direito: “é exigido de mim que encontre um lugar em toda interpretação geral de nossa prática legal para todos os princípios (...). Nenhuma interpretação geral que negasse qualquer uma delas seria plausível; a Integridade não poderia ser satisfeita se qualquer um deles fosse completamente rejeitado. Mas a

⁴ GALUPO, Marcelo Campos. Ob. cit. p. 204.

⁵ DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

⁶ ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. Derecho y razón practica**. México: Fontamara, 1993a.

Integridade exige que alguma solução para seu impacto competitivo (...) seja emanada. (...) A integridade exige isto porque exige que eu termine a questão”.(DWORKIN, 1986:270).”

Os princípios de direito processual são considerados como fundamentais, a ponto de encontrarem recepção expressa no texto constitucional. Visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, a exemplo do princípio de *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*.

Na verdade, os diversos princípios do processo civil constante da Constituição, tais como o princípio do Juiz natural, o princípio da proibição da prova ilícita, o princípio da publicidade dos atos processuais, o princípio do duplo grau de jurisdição⁷, o princípio da motivação das decisões judiciais, não podem ser analisados em separados, eis que, a rigor, estão incluídos na amplitude da cláusula que dispõe sobre o devido processo legal (Constituição da República, art. 5º, LIV).

ROSEMIRO Pereira LEAL⁸ entende que os princípios processuais podem ser classificados em duas ordens: institutivos e informativos do processo.

São princípios institutivos do processo, necessários ao estabelecimento de direitos e garantias constitucionalizados, assegurando, segundo ROSEMIRO LEAL (2001:103) “o exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais”: a)princípio do contraditório; b)princípio da isonomia; c)princípio da ampla defesa.

⁷ Vigente, apesar de opiniões em contrário, no ordenamento jurídico, como princípio legal, em razão do Pacto de San José da Costa Rica, assinado e ratificado pelo Brasil através do Decreto 678 e “ex vi” do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Republicana. Aliás, o Brasil foi denunciado por violação dos artigos 1º, I; 8º, II, h, e 25, desta Convenção Americana de Direitos Humanos, porque, em uma das Varas Criminas do Foro Criminal de São Paulo, um cidadão, após condenado em regime fechado, fugiu da cadeia e, por conseguinte, o recurso foi declarado deserto, com base no artigo 595 do Código de Processo Penal, de manifesta inconstitucionalidade, justamente por ferir o princípio do duplo grau de jurisdição. Portanto, em boa hora, tramita na Câmara dos Deputados, Projeto de Lei destinado a revogar expressamente os artigos 594 e 595 do CPP, exatamente porque prevêem hipóteses em que o recurso de apelação não será recebido. Cfr. DÓRO, Tereza. **O Direito Processual Brasileiro e As Leis de Platão**. Campinas: Edicamp, 2003, p. 108-111.

⁸ LEAL, Rosemiro Perreira,. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 4. ed., rev. ampl., Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 102-104

São princípios informativos do processo, aqueles que se caracterizam variáveis lógico-jurídicos dos princípios institutivos, que não devem ser estudados como se representassem princípios gerais do Direito Processual, pois denotam maior amplitude:⁹ a) princípio da oralidade; b) princípio da publicidade; c) princípio da lealdade processual; d) princípio da disponibilidade e da indisponibilidade; e) princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas.

Na verdade, as garantias constitucionais do processo (princípios processuais institutivos ou informativos) são, conforme veremos abaixo, o desenvolvimento analítico do devido processo legal que, incluído em texto democrático-constitucional, exige (garantia de todos), sempre, o devido processo constitucional.

O princípio fundamental do processo civil brasileiro, a base sobre a qual todos os outros se sustentam é exatamente o devido processo legal, expressão derivada da inglesa “*due process of law*”, positivada, no Brasil, somente com o advento da Constituição da República de 1988 e incluída entre as garantias dos direitos individuais fundamentais (CF, art. 5º, LIV e LV).

O devido processo legal constitui uma necessária limitação das funções do Estado (Legislativa, Executiva e Judiciária) e, em razão de sua amplitude, não pode ser legalmente conceituado. Porém, no curso da História, a tentativa é de apenas delimitar suas fronteiras. Para tanto, há que se remontar à sua origem, conforme afirma SILVEIRA (2001:235), ou seja, aos reinados de Henry I (1100-1135) e Henry II (1154-1189), culminando com a assinatura da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra (1199-1216), que sucedeu ao seu irmão Ricardo Coração de Leão (1189-1199).

Portanto, em sua gênese, “o devido processo legal” confundiu-se com a própria *common law*, ou seja, o direito decorrente dos costumes ingleses” (SILVEIRA, 2001:235) e, no decorrer dos

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 4. ed., rev., ampl., Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 105.

tempos, vem incorporando princípios necessários à preservação da democracia e ao aperfeiçoamento constantes das instituições, em todos os níveis de governo e também no dia-a-dia de cada cidadão.

Na dimensão processual, o devido processo constitucional garante às pessoas igualdade de tratamento, com destaque à garantia da prévia defesa, com iguais oportunidades para a prática de todos os atos processuais e observância do contraditório. Portanto, é a Constituição Republicana de 1988 que acabou, por vez, com a chamada relação jurídica processual ao assegurar aos litigantes o contraditório e a ampla defesa.

4. Inexistência da Relação Jurídica Processual

A tese do processo como procedimento em contraditório, a nosso sentir, apresenta uma evolução doutrinária em relação ao conceito de processo como relação jurídica.

A relação jurídica processual assemelha-se à figura da relação de direito material, dogma civilista do século XIX presente no ordenamento jurídico e cuja característica primacial seria a presença do credor enquanto titular do direito subjetivo e do devedor como responsável pelo cumprimento do dever legal, ligados entre si por um vínculo obrigacional.

Transportando o conceito de relação jurídica ditado pelo direito material para o âmbito da ciência processual, vemos sua total incompatibilidade.

Com efeito, não se pode admitir no processo que determinado sujeito - interessado - exija do contra-interessado o cumprimento de um dever jurídico ou prestação. O que se verifica são interesses opostos manifestados em contraditório, criando, em cadeia seqüencial, ato após ato, o

provimento final, o qual, por consequência, irá afetar a esfera jurídica de um dos interessados, impondo-lhe o encargo previsto na norma, enquanto "*cânone di valutazione di una condotta*." ^{10 11}

Contra-pondo-se à tese do processo como relação jurídica, GONÇALVES apresentou argumentos bastante convincentes de que o conceito Bullowviano encontra-se superado pelo reconhecimento do processo como procedimento em contraditório. Aduz o autor da obra **Técnica Processual e Teoria do Processo** que os conceitos de cunho liberal da relação jurídica são incompatíveis com a moderna ciência do direito processual, mormente após o surgimento da tese de FAZZALARI.

Segundo GONÇALVES, a presença do contraditório e a simetria de paridade na obtenção do provimento seriam incompatíveis com a figura da relação jurídica, onde prevalece a presença do vínculo obrigacional entre os sujeitos, em que o credor (interessado) poderia exigir do devedor (contra- interessado) a prática de conduta determinada:

“O problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica. Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja uma conduta determinada”. ¹²

Continua GONÇALVES esclarecendo que “no processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual”.¹³

Em conclusão ao raciocínio apresentado e desprezando, de vez, a teoria da relação jurídica processual, GONÇAVES assevera que:

“inexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre partes e o juiz, não há como aplicar ao processo a figura da

¹⁰ FAZZALARI. Op. Cit. p. 45

¹¹ "Cânone de valoração de uma conduta" (tradução livre).

¹² Op. Cit. p. 97.

¹³ Op. cit. p. 98.

relação jurídica que, construída no século passado, fruto do individualismo jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito." (2001:100)

Sem embargo, a doutrina processual brasileira ainda encontra-se vinculada ao conceito de processo como seqüência de atos para obtenção de um provimento estatal. OVÍDIO defende significar o processo “*um avanço, caminhar em direção a um fim.*”¹⁴

Um dos conseqüências da compreensão inexata do conceito de processo seria o apego ao reconhecimento de que o processo é uma relação jurídica entre autor, juiz e réu, nos moldes desenvolvidos por BÜLLOW em 1868.

OVÍDIO, citando LIEBMAN, ainda reconhece a natureza de relação jurídica ao processo, pois, segundo o autor,

*“é possível, portanto, admitir-se que o processo configure efetivamente uma relação jurídica complexa, diversa, sem dúvida, da relação jurídica própria do direito material, como reconhece LIEBMAN”.*¹⁵

Não se nega o devido valor à teoria da relação jurídica em um contexto histórico para o desenvolvimento da Ciência do Direito Processual, mas o que não se pode admitir é sua incontestabilidade enquanto teoria unânime no direito brasileiro.

Cabe ressaltar que ao estudarmos o Direito sob o aspecto Democrático, temos de reconhecer o ordenamento jurídico como um todo homogêneo, dotado de normas complementares entre si, a fim de que a exegese jurídica seja obtida por critérios democráticos e inspiração constitucional, onde a prevalência de princípios regrados na Constituição se sobrepõe a conceitos isolados.

Com fundamento no raciocínio acima, é incontestável o reconhecimento de que a concepção de processo como procedimento em contraditório encontra-se, sobremaneira, mais afinada ao

¹⁴ DA SILVA, Ovídio Batista. **Curso de Processo Civil**. vol. I. 6. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 13.

¹⁵ Idem, p. 20.

Discurso Democrático, que a teoria da relação jurídica de índole liberal, fruto de doutrinas do século XIX.

Vozes isoladas têm se levantado contra os esteios e tradicionalismos da teoria da relação jurídica do processo, apresentando, com firmes propósitos, argumentos convincentes e norteadores do Direito Democrático, representando a vinculação do processo principalmente ao Direito Constitucional.

A missão do processo enquanto instituto geral do Direito e sua classificação com base nas funções do Estado em que se encontra presente, também é compartilhada pelo professor BARACHO, conforme o trecho a seguir exposto:

*"o processo como fenômeno geral do Direito depende da natureza da função em que ele se coloca. A classificação dos tipos fundamentais de processos tem relação com a questão das funções do Estado. A idéia de processo aparece em todos os campos do direito, desde que ocorra um conflito de interesses que necessita ser resolvido."*¹⁶

CATTONI DE OLIVEIRA, abordando a importância do processo e sua relação com a legitimidade do provimento, reconhece, na presença do processo, uma garantia do interessado:

"O processo jurisdicional é o instrumento através do qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem, nos termos analisados, direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional".¹⁷

O aspecto dialógico do procedimento é garantido através do contraditório, a permitir uma efetiva co-participação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo dos provimentos. Assim, o procedimento, em contraditório, deve se desenvolver em obediência às garantias processuais constitucionais. Desprezadas tais garantias, a parte prejudicada deverá questionar a inobservância do devido processo legal, em preliminar, exigindo a pronta correção de rumo. Nota-se, por conseguinte, a importância do instituto da preliminar na manutenção e fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

¹⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 118.

¹⁷ Op. Cit. p. 117.

5. A sentença como provimento final preparado pelas partes, em contraditório

Ainda em consonância com a doutrina Fazzalariana, o ato processual é definido, previamente, em lei. Portanto, na descrição de um ato, previsto é o sujeito ao qual ele é imputado e que terá o poder ou o dever de cumpri-lo, desde que seja a conduta imputada lícita ou de dever.

Portanto, uma série de atos é imputada às partes, outras o próprio juiz deverá executar e, pela descrição regrada de cada ato e da série de atos que compõem o processo, extraem-se os sujeitos do processo.

Assim, tanto no processo civil, administrativo, penal ou constitucional são sujeitos do processo: o juiz, seus auxiliares e as partes.

A capacidade para agir do juiz (com exceção da incapacidade natural sobrevinda) advém da investidura no ofício, isto é, desde o momento em que ele foi aceito na ordem judiciária, normalmente através de concurso público. Mesma coisa diga-se com relação aos auxiliares permanentes (Contador, escrivão, escrevente, oficial de justiça, dentre outros) ou ocasionais, mas que também são regularmente nomeados, a exemplo do perito.

O juiz deixa de ter legitimidade para atuar em determinado processo dependendo do tipo de jurisdição (civil, criminal, constitucional etc), ou da fase do processo (primeira instância: juiz singular; segunda instância: juízes colegiados), bem como da divisão das tarefas em um mesmo processo (no tribunal do júri: juiz sumariante, na primeira fase; juiz presidente, na segunda fase).

Certo é que o juiz, seus auxiliares e partes devem ter uma específica “legitimação” para poder cumprir os respectivos papéis em um determinado processo, isto é, sendo capazes e devidamente investidos, devem resultar habilitados a participar do processo, impulsionando-o rumo ao provimento através das faculdades, dos poderes e deveres.

Assim, a legitimação para participar de um processo (legitimação para agir), não poderá ser entendida apenas com relação às partes e deve também ser usada com relação à legitimação dos órgãos jurisdicionais, eis que eles também interagem durante todo processo.

O Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES comunga com o entendimento fazzalariano no parágrafo anterior encampado, ao afirmar:

“O contraditório não é apenas a participação dos sujeitos do processo. Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles que são os interessados, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor”.(GONÇALVES, 2001, p. 120)

Assim, a legitimação para agir no processo jurisdicional civil determina-se, do mesmo modo como para qualquer processo, baseando-se na providência pleiteada. De considerar-se, para tanto, o resultado do processo e se o pedido foi ou não analisado.

Os efeitos do provimento a ser emitido podem afetar o patrimônio de alguns sujeitos. Portanto, é óbvia a exigência que eles, enquanto possíveis destinatários da eficácia da providência jurisdicional, participem do *iter* na formação do processo.

Por conseguinte e enquanto não proferida a sentença, são os sujeitos antes aludidos hipoteticamente legitimados passivos em relação à providência pedida – tais sujeitos são “contraditores”, eis que legitimados a “dizer e contradizer” durante o procedimento e o processo.

Acerca do tema, o Professor ANDRÉ CORDEIRO LEAL, assim se posicionou:

“O processo adquire, assim, portanto, contornos de uma espécie do gênero procedimento, que possui uma importante característica autorizativa de uma classificação destacada: o contraditório.

Assim, se o procedimento, ou seja, a conexão normativa preparatória de um ato estatal, estrutura-se pelo contraditório, tem-se o processo. Disso decorre que, em Fazzalari, pode haver procedimento sem processo, jamais processo sem procedimento.

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível o estudo do contraditório, já que é ele, como se demonstrou, o traço diferenciador dos institutos jurídicos a que alude Fazzalari. Sobre este aspecto, no entanto, mais adiante teceremos considerações que imaginamos importantes.

Um primeiro destaque, porém, que desde já fazemos, é o de que o contraditório deve se instaurar diretamente entre os interessados-destinatários do provimento: as partes. O juiz, o Ministério Público e os seus auxiliares, embora sejam sujeitos do processo, não podem atuar como contraditores”.(LEAL,2002,p. 38).

Ainda acerca da legitimação do juiz, é também com lastro no tipo de providência que o mesmo é chamado a emitir, que ele próprio poderá julgar a própria legitimação dele e de seus auxiliares, inclusive no tocante à competência, para figurar em determinado processo.

Ainda para as finalidades de legitimação de um juiz em um determinado processo, outro requisito é a “imparcialidade” em relação à providência (pedida e emitida). O juiz deve estar acima e além da situação substancial que vai ser a consequência da providência e em relação aos titulares da mesma, isto é, os destinatários dos efeitos da medida jurisdicional. Este “estar além” ou “acima” é a base da “imparcialidade” do juiz, qualidade essencial, por imposição do nosso sistema Constitucional.

Da obra FAZZALARI nota-se a necessidade de destacar-se a importância do relacionamento entre o processo e a situação substancial deduzida no litígio. É que, do ponto de vista constitucional, a justiça se coloca contra o “ilícito”. Assim, a justiça civil é direcionada a concertar o inadimplemento da obrigação e a tutelar o correspondente direito subjetivo.

Portanto, os processos jurisdicionais são engendrados de forma que, no desenvolvimento dos mesmos, possa constatar-se a existência ou não daquela situação substantiva e, no caso de resultado positivo, possa emitir-se uma providência (por exemplo, o decreto do divórcio).

Obviamente, ressalta FAZZALARI, que nem todos os processos finalizam uma “providência jurisdicional”, eis que podem se extinguir durante o caminho ou não comprovada a situação substantiva em razão da qual a providência poderia existir.

Portanto, não se pode considerar a ação pelo resultado do processo, no sentido de que, no final, a providência jurisdicional pedida seja rejeitada. Não é pelo resultado do processo que se

poderá dizer que as partes ficaram sem “legitimação para agir”. Ao contrário, houve desencadeamento necessário do processo, justamente para que o juiz pudesse tomar uma decisão. “Ações” aconteceram por parte de todos os partícipes do processo.

Como visto acima, a legitimação para agir diferencia-se da legitimação à providência judicial e não é afetada pela diferença destas legitimações, diferença que depende, no processo civil, da instrução, a esclarecer se existe ou não o dever e/ou o direito subjetivo, ou que o autor ou o réu não é, respectivamente, titular do direito e do dever, ou que não aconteceu a lesão do direito.

As atividades processuais despendidas para instrução do mérito poderão ser consideradas inúteis, mas não por isto invalidadas por falta de legitimação para agir, eis que esta se adquire com base na situação legitimante e pode ser exercida durante todo o desencadeamento do processo, independentemente do resultado.

O Professor CATTONI DE OLIVEIRA acrescenta à obra de FAZZALARI os seguintes ensinamentos:

“O processo jurisdicional é o instrumento através do qual se dá o exercício do Poder Jurisdicional e se garantem, nos termos analisados, direitos de participação e de condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional. Mas nem sempre o processo jurisdicional é garantidor de direitos materiais, pois nem sempre a Jurisdição deverá tutelar ou atuar um direito. Apreciando uma alegação de dano ou de ameaça de dano a direito, pode ser que através do processo se chegue à conclusão de que não há direito a ser atuado ou garantido em face de lesão ou de ameaça. Mas, pelo menos no caso brasileiro, como lembra Aroldo Plínio Gonçalves, o processo terá se desenvolvido utilmente e até o provimento, e a Jurisdição terá cumprido a sua finalidade, que é a de apreciar se houve ou não ameaça ou lesão a direito, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.(CATTONI DE OLIVEIRA, 2001, p. 200)”.

A situação que legitima partes e juiz poderia se identificar, e ainda por alguns é identificada, com o “relacionamento substancial deduzido em litígio”. Porém, na versão mais moderna, entende-se legitimado ao processo civil quem declara, *in limite litis*, um próprio direito subjetivo lesado e também quem é indicado como titular do dever colocado a serviço do tal direito e como autor da lesão.

Encaixam, perfeitamente, neste tópico as lições de Professor ANDRÉ CORDEIRO LEAL, ao afirmar,

(...) ganham relevo, no âmbito da investigação do Direito Processual, as questões acerca da interpretação do Direito e de sua aplicação em casos concretos, porque, perante a nova ordem constitucional, às garantias do processo e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, o provimento jurisdicional, sob o ponto de vista interpretativo, não mais pode ser abordado como ato solitário do julgador.

E isso se dá em razão do fato de que o princípio constitucional do contraditório determina, por um lado, que às partes sejam dadas iguais oportunidades de atuação no “procedimento que prepara o provimento” e, por outro lado, que essas partes, a partir da reconstrução e interpretação compartilhadas também dos próprios fatos, possam efetivamente contribuir argumentativamente para a escolha da norma aplicável ao caso concreto, gerando repercussões obrigatórias na atividade de fundamentação desenvolvida pelos órgãos judicantes.(LEAL, 2002, p.20).

Com efeito, o Professor ROSEMIRO LEAL (2001:52) afirma que a reflexão fazzalariana do Processo, para sua validade jurídico-científica “terá de partir, na atualidade, do estudo dos fundamentos jurídico-institucionais do Processo e não da qualidade do procedimento em si mesmo”.

Assim, há que se garantir, constitucionalmente, o contraditório, para que este princípio não seja mera abstração e, por conseguinte, se materialize (direito-garantia constitucionalizado) no procedimento. A ausência deste princípio e dos demais instituidores do processo pode ser questionada, sempre, preliminarmente. Não há que se falar, neste caso, em coisa julgada, a exigir, antes, a presença do devido processo legal.

Conclui-se, portanto, que existirá processo apenas se observados todos os seus princípios instituidores, previstos na Constituição e não apenas o contraditório, um dentre os demais (ampla defesa e isonomia) a definir, previamente, o que seja processo, na Constituição.

Também há que se entender, como bem ressalta ROSEMIRO LEAL¹⁸, em desprezo à teoria instrumentalista, que “a jurisdição não tutela ou cria direitos vigentes, processuais ou materiais, pelo

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e Inequivocidade na Tutela Antecipada em Processo Civil. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 2, n 3 e 43, p. 231, 1º e 2º sem. 1999.

provimento; apenas reconhece, define” e, através do processo, na pós-modernidade, o povo tem a liberdade direta e permanente de rever, fiscalizar, construir, destruir, reconstruir ou modificar o ordenamento jurídico, isto é, o povo se sente como co-autor feitor e destinatário da norma jurídica, através de procedimento interacional.

Portanto, há no processo uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento. Assim e através do instituto da preliminar, qualquer dos participantes do processo tem a possibilidade de questionar, durante o *iter* procedimental, a presença das garantias processuais constitucionais, regulamentadas pelo Código de Processo Civil, que, por conseguinte, não poderá desconhecê-las ou olvidá-las, principalmente no período de reformas pelo qual passa.

Referindo-se à necessidade de difusão do comando *due process of law* a todo o ordenamento estatal e não apenas ao Poder Judiciário, OLIVEIRA LIMA (1999:216), alinhando à idéia desenvolvida por FAZZALARI¹⁹, reconhece ser esta questão um imperativo essencial à garantia do cidadão em face dos arbítrios do Estado.

“Ela é dirigida ao Poder Público como um todo, cujas autoridades, tanto do Poder Judiciário, quanto do Executivo e Legislativo, podem limitar os direitos tutelados pela cláusula. Foi esta, inclusive, uma das preocupações dos colonos ingleses da América do Norte ao inserir a cláusula nas Constituições estaduais e na Constituição dos Estados Unidos da América. Em outras palavras, submeter o Estado, como titular do poder, à garantia do devido processo legal, significa proteger o cidadão contra o seu arbítrio”

Não se pode olvidar que na busca de um ideal democrático, em todos os atos – provimentos – emanados do Estado, sejam provenientes do “Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo”, há de ser respeitado o contraditório entre os interessados, de forma que o cidadão participe do procedimento

¹⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale**, 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

de formação do ato provimental, quando este lhe ocasionar privações na vida, na liberdade e na propriedade.

Assim e em razão da constitucionalização do princípio “devido processo legal”, o processo, na atualidade, advém da Lei Constitucional e, por conseguinte, o devido processo constitucional é fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes.

O Estado Democrático de Direito é aquele capaz de zelar e conferir a qualquer pessoa o pleno acesso à justiça, mediante o devido processo constitucional.

O juiz, no curso do procedimento, deve atuar como agente legal saneador do devido processo constitucional, garantido a efetividade e a brevidade da tutela jurisdicional e constitucional, evidentemente sem desprezo a direitos fundamentais.

O devido processo constitucional é a um só tempo o vetor (a matriz ou a bússola do processualista) e o princípio que congrega todos os princípios processuais em sua forma, em seu conteúdo (legal/semântico) e em suas particularidades. É através do devido processo constitucional que o processo passa da teoria à efetividade e novamente se faz teoria.

Ter assegurada a ampla defesa em juízo consiste, em última análise, em não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a garantia que pressupõe a tramitação de um processo segundo a forma estabelecida na Constituição. O conceito do “processo legal” é considerado uma garantia fundamental das partes, da qual nenhuma lei o poderá privar.

O devido processo constitucional só se obtém mediante o cumprimento dos atos regulares do processo, com a possibilidade de participação dos interessados no desenvolver do procedimento, evitando-se decisões advindas de convencimentos solitários, mais a publicidade dos atos judiciais e motivação das decisões.

6. Conclusão: o Direito das Famílias construído através do devido processo legal

No direito das famílias, as partes, aqui entendidas como juízes, promotores, autores, réus e todos as demais pessoas que participam do processo, como procedimento em contraditório, não podem se ater ao puro formalismo, a prejudicar ou na retardar a discussão acerca do direito colocado em conflito.

Assim, alguns institutos do direito processual civil não têm aplicação no Direito das Famílias, a exemplo da verba alimentícia que, apesar do pedido, mesmo que formulado em quantia determinada, permite a sua fixação além do pedido da parte autora, se demonstrado, no curso do processo, a necessidade de o alimentado em perceber quantia maior. Não há que se falar, neste caso, em julgamento "ultra petita".

Outro exemplo, em seqüência ao raciocínio antes desenvolvido no parágrafo anterior: na ação investigatória de paternidade o juiz poderá, de ofício, fixar alimentos ao menor carente. Os alimentos passam a ser efeitos imediatos da procedência do pedido declaratório de paternidade, "ex vi" do disposto no artigo 7º da Lei 8.560//92. Assim, poder-se-ia o processualista (formalista) argumentar que, caso o magistrado assim agisse, estaria ferindo o devido processo legal. Porém, entendemos justamente o contrário. As partes, através do processo, discutem amplamente os seus direitos. Na prática, apenas declarar a paternidade não é o suficiente. E, absurdo era justamente o contrário, quando se discutia apenas a paternidade, e somente depois, no caso de não haver cumulação de ações (alimentos e paternidade), ter que ajuizar outra ação, a de alimentos. O credor acabava não entendendo o que aconteceu. E, ao se discutir uma paternidade, naqueles mesmos autos se discute, concomitantemente, a possibilidade econômica do pretense pai e também a necessidade do menor. O advogado, ciente do dispositivo legal antes aludido, deverá, sempre, ter o cuidado de, já na contestação, além de impugnar a paternidade, também adentrar no problema envolvendo alimentos. E, se não o fizer, de notar-se que oportunidade teve. Assim, respeitado foi o contraditório.

Portanto, o direito das famílias construído democraticamente através do devido processo legal despreza, de imediato, formas ultrapassadas e permite às partes oportunidades para rediscutir a legislação, no caso concreto. Através do processo, direitos são construídos. Portanto, a sentença, como obra de todos os partícipes do processo, terá maior eficácia e, se porventura a lei não se adequar perfeitamente ao caso concreto, as próprias partes poderão corrigi-la, adaptá-la, desprezá-la ou criá-la. Assim, superadas restam, com tal entendimento, quaisquer outras discussões acerca da dicotomia do direito. A lei, se existir conflito não solucionado extrajudicialmente, será aquela que as partes diretamente envolvidas reafirmaram ou construíram, através do processo, como procedimento em contraditório.

Em apoio ao acima afirmado, de notar-se que, mais uma vez, volvemos à velha discussão acerca do caráter satisfativo das medidas cautelares no direito de família que, em hipótese alguma, poderiam caducar-se, caso ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias ditado pelo art. 806 do Código de Processo Civil. Ora, deferida a separação de corpos, com a saída espontânea da própria parte interessada ou com a retirada compulsória de uma dos cônjuges, e citada a parte requerida, o juiz deverá proferir sentença e, se confirmar a separação de corpos, os autos deverão ser arquivados, eis que a qualquer momento a separação, seja consensual ou litigiosa, ou o divórcio direto, poderão ser ofertados, em apenso a essa cautelar. Não é correto entender que, no direito de família, uma cautelar deva ser extinta, eis que não ofertada a ação principal no prazo de 30 dias. Estar-se-ia fomentando a discórdia e forçando a oferta de uma separação litigiosa que, dependendo do tempo (o terapeuta por excelência), poderá ser consensualizada ou ajuizado o divórcio direto. Não é demais ressaltar que, não se pode obstacularizar a possibilidade da oferta de uma separação consensual ou do divórcio direto, eis que ambas as ações preservam a intimidade do casal, garantia constitucional, diante da ausência de discussão envolvendo culpa.

Outro tema importante que se enquadra perfeitamente nesta discussão, é com relação à revelia na ação investigatória de paternidade. Quer nos parecer que a Lei 8.560/92, que veio permitir a imediata implementação de direito do “filho sem pai”, autoriza o juiz decretar revelia do suposto pai que, devidamente citado, não comparece nos autos. É que a própria lei permite, em seu artigo 2º § 1º, que o suposto pai, em quaisquer autos (até mesmo em um processo criminal), reconheça determinada pessoa como filha dele. Ora, se o pai pode reconhecer determinada pessoa como filha, em quaisquer autos, a ausência de contestação na ação investigatória de paternidade é também uma forma de reconhecimento. O réu, ciente de que a parte autora é realmente sua filha ou até mesmo optando por uma paternidade socioafetiva, não deseja contestar o pedido. Espera apenas que o juiz acate a pretensão da parte autora.

Também em razão do devido processo legal, fácil é demonstrar que a pensão alimentícia não pode ser automaticamente cancelada, nos próprios autos em que foi estipulada ou acordada, uma vez extinto o poder familiar ou a causa que determinou a sua fixação. Na verdade, há necessidade de uma ação exoneratória, eis que o credor de alimentos poderá apresentar fatos outros que obstaculizem a exoneração, de imediato, da pensão alimentícia. Na 1ª Vara de Família de Belo Horizonte acabamos por adotar solução que não prejudica direito do alimentado, qual seja: caso requerido o cancelamento da pensão alimentícia nos próprios autos em que fixados os alimentos, determinamos a intimação do credor para, em 05 (cinco) dias, manifestar-se acerca do pedido exoneratório. No próprio mandado consta que, o silêncio do alimentado implicará no cancelamento automático da pensão alimentícia. Porém, se o alimentado comparece nos autos e alega que ainda carece de alimentos, nesta hipótese o alimentante deverá ajuizar ação exoneratória de pensão alimentícia, sob pena de cerceamento de defesa do alimentado.

Nota-se, com os exemplos acima, a importância da observância dos princípios processuais neste país de pouca tradição democrática. A democracia se constrói principalmente através do

processo, instituição não restrita apenas à função judiciária, mas que se estende outrossim às funções executiva e judiciária. E, uma vez observado o devido processo legal, a discussão do direito material é ampla, no processo.

Assim, o direito acaba democraticamente construído pelos próprios interessados. Portanto, entendemos perfeitamente possível a existência de outros meios alternativos de composição de litígio, seja judicial ou extrajudicial. É por tal razão que também não discordamos da existência do juizado especial; dos projetos conciliatórios, desde que a utilização de um destes mecanismos seja da livre escolha da parte, como acontece com o juizado especial, mera faculdade colocada à disposição da parte interessada, que poderá despezá-lo e vir diretamente com a ação, nos termos ditados pelo Código de Processo Civil.

Também não vislumbramos nenhuma inconstitucionalidade nos projetos conciliatórios, inclusive no direito de família que, em Belo Horizonte, apesar de opiniões mínimas contrárias, acabou se firmando e hoje é modelo utilizado em vários outros Estados. Ora, caso a parte não queira comparecer na etapa conciliatória, poderá contestar o pedido e ação seguirá seu curso normal. Na verdade, a mínima resistência que ainda existe quanto aos meios outros de resolução de conflitos, que em hipótese alguma despreza o devido processo legal, é conseqüência da irritante ortodoxia ainda reinante principalmente na função judiciária brasileira.

Com relação ao projeto de lei que permitirá a separação consensual diretamente no Cartório Extrajudicial, sem a cancela judiciária, entendemos excelente tal proposta. Que também assim o seja para o divórcio consensual e para o arrolamento, em se tratando de sucessão, desde que exigido, pelo próprio legislador, a presença do advogado, necessário para orientação das partes e também para que não haja mais perda de mercado de trabalho, como aconteceu com a lei do juizado especial, neste aspecto (ausência de advogado), inconstitucional.

Evidentemente que, no Direito de Família, não deve mais haver entrave ou retardamento na decretação da separação do casal, se não mais existir afeto entre o casal, sob pena de se ferir o direito subjetivo da parte, o de se separar o mais rapidamente possível. Assim, não é concebível que, na ausência de reconvenção, deixe o juiz de decretar a separação do casal, se comprovado no curso da ação de separação judicial que não mais existe a possibilidade de reconciliação dos litigantes. Ora, deixando de existir afeto, de fato não há mais casamento. Impossível que, nesta hipótese, o casamento seja formalmente mantido, apenas por questões técnicas.

Portanto, é chegado o momento de também no Direito das Famílias acabar com a exigência da reconvenção, a exemplo do que ocorre já no procedimento sumário e sumaríssimo. Ora, se durante a instrução da separação litigiosa comprovado restar que não é mais possível a reconciliação do casal; se provado restar que não há mais afeto, mesmo que o autor não tenha comprovado os fatos descritos na inicial, de se decretar a separação, por impossibilidade de vida em comum, sem declaração de culpa.

Ainda sobre a ótica da implementação imediata de direitos fundamentais e também em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, com apoio no artigo 226, “caput”, da Constituição Federal (proteção especial do Estado à família), combinado com o parágrafo 8º, daquele mesmo dispositivo legal (o Estado assegurando assistência à família na pessoa de cada um dos membros que a integra), é que entendemos, hoje, perfeitamente possível a propositura de ação de alimentos contra o Estado, se os parentes do necessitado não tiverem condições econômica para tanto.

E, também com lastro no art. 226 e respectivos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, a acabar com o monopólio do casamento, como única forma de constituição de família, bem como com apoio no princípio da legalidade (art. 5º, II, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da igualdade (art. 5º, CF), é que entendemos existir a família homoafetiva no direito

brasileiro, inclusive com direito, no caso de conflitos, de direcionar as suas ações às Varas de Família, eis que a sociedade familiar, também neste caso, se constituiu em razão do afeto.

Assim e diante do princípio da pluralidade de formas de família, entendemos que também o concubinato, que também tem início através do afeto, deverá ser declarado, enfrentado ou discutido no juízo de família.

Era, caríssimos colegas, o que tínhamos para lançar em discussão nesta bela tarde de sexta-feira, dia 28/10/05, a partir do tema: Família e Dignidade Humana. Porém e no preparo deste trabalho, na noite que antecedeu a este debate, recebi o excelente livro do caro amigo, Dr. Rodrigo da Cunha Pereira: **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família** e este notável jurista mineiro assim se expressa acerca do princípio da pluralidade das formas de família:

“O princípio da pluralidade das formas de família deve ser conjugado com os outros princípios aqui elencados para que não se excluam determinados modelos familiares e, conseqüentemente, não se retire a dignidade dos sujeitos que os constituíram. Um dos modelos que mais reclamam a aplicação destes princípios são os formados por pessoas do mesmo sexo. Tratar essas relações como sociedade de fato, inscrevendo-as no campo do Direito Obrigacional ou Comercial é atribuir indignidade aos sujeitos ali envolvidos e negar-lhes direitos tais como, herança, não-participação em programas do Estado vinculados à família, pensões previdenciárias, declaração de imposto de renda conjunta e abatimento de despesas médicas e educacionais do parceiro, autorização em cirurgias de risco, etc. Se olharmos para estas relações sob o ponto de vista estritamente jurídico, não há por que negar o seu reconhecimento como entidade familiar, pois o debate em torno dela é entre moral e ética, isto é, entre moral e cidadania...”

7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BÜLLOW, Oscar Von. **La Teoria de Las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1973.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia e Jurisdição Constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.1, n 2, p. 106-112, 2º sem. 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação Jurídica, Processo e Tutela Jurisdicionais sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.4, n 7 e 8, p. 106-117.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995

DA SILVA, Ovídio Batista. **Curso de Processo Civil**. Vol. I. 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

DÒRO, Tereza. **O Direito Processual Brasileiro e as Leis de Platão**. Campinas: Edicamp, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni Di Diritto Processuale**. 6. ed. Padova: CEDAM, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos e a Solução de seus Conflitos: A Contribuição da Obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.1, n 2, p. 134-142, 2º sem. 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36. n. 143.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V.2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. A lógica da preliminar e do mérito no processo de conhecimento. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. v.28, n. 3, p.15 e 55, jul. - set. 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Direito de Aditamento da Petição Inicial do CPC Reformado. **Boletim Técnico**. Belo Horizonte. v.3, n. 2, p.131-136, dez.1996.

LEAL, Rosemiro Pereira. O Garantismo Processual e Direitos Fundamentais Líquidos e Certos. *In*: MERLE, Jean Christophe, MOREIRA, Luiz (coord). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003, p. 335-343.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da Defesa no Processo Civil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.1, n 1, p. 108-115, jan.- jun.1998.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica** São Paulo: Landy, 2002.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Corso di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott.A. Giuffrè, 1952.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro**. Edição 2001 Araras. São Paulo: Bestbook: 2001.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: DelRey, 2006.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SILVA, Nanci de Melo e. **Da Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, Nanci de Melo e. **Da citação no processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed., rev. ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003.