

El debido proceso legal y la racionalidad garantista de la jurisdicción arbitral

Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro*

1. Breves consideraciones introductorias sobre el CPC Brasileño [\[arriba\]](#)

El Código de Proceso Civil de Brasil, del año 1973, es fruto de la sexta fase legislativa del Derecho Procesal Civil del país y se concibió bajo la égida de la fase autonomista o conceptual[1], pues lo distingue del derecho sustancial litigioso[2] y le da aprobación a la naturaleza publicista del proceso.

El anteproyecto del CPC de 1973 se elaboró en 1964 por Alfredo Buzaid que, bajo la influencia del modelo creado por Bülow, desarrolló un código de proceso puramente científico, desde sus conceptos hasta la exactitud técnica en las terminologías en él utilizadas.

Asimismo, el anteproyecto en cuestión tuvo fuerte influencia de los modelos procesales austriacos (Reglamento de Klein), alemán y portugués, y tenía por objetivo ser un instrumento para aplicación de la ley en el caso concreto bajo litigio.

Ante el régimen autoritario que reinaba en la época de elaboración del CPC brasileño, había un sentimiento de que la Justicia era el fin perseguido por todos y el proceso civil servía de instrumento para que el Estado la administrara[3].

De ello surgió el ideal de que la primacía por la técnica y atribución de poderes para el juez era imprescindible para que el proceso civil atingiera su función precípua, de modo que no hubiera cualquier duda sobre el manejo de las funciones procesales previstas en el código de proceso.

En este caso, la actuación del Estado como administrador de la Justicia -la entrega de la tutela jurisdiccional- se medía a través de la seguridad jurídica decurrente de esta actividad jurisdiccional, con alta carga inquisitiva.

Por razones evidentes, el vigente Código de Proceso Civil brasileño tiene una fuerte influencia del régimen autoritario, de naturaleza publicista y con alguna vocación inquisitiva (como por ejemplo, la producción ex officio de prueba por el magistrado), por ser fruto del sistema político de la época.

Con el régimen democrático implementado en la década de ochenta, y con la Constitución Federal de 1988, hubo fomento de los ideales garantistas que provocó una reflexión respecto de la necesidad de moldar el código de proceso a las expectativas de la sociedad contemporánea, en el sentido de tener una prestación jurisdiccional más democrática, racional, célere y al mismo tiempo efectiva.

Quiere decir, en un proceso democrático -fruto de la nueva orden jurídica del país- el juez no puede ser un protagonista, bajo pena de hacerse parte y actuar no en la búsqueda de los hechos colacionados por los demandantes, y sí buscar su verdad sobre el proceso.

En la actividad jurisdiccional de un Estado Democrático de Derecho para dirimir conflictos sobre un derecho material entre los sujetos, el magistrado tiene que ser solamente un gestor imparcial (no parcial) para contener la autotutela, dirimir

conflictos y aplicar concretamente la ley sin ideales metajurídicos de Justicia. El dar a cada uno lo suyo deriva del debido proceso legal que expresa el fundamento racional de la ley a punto de permitir invasión en la libertad individual de las partes para efectución del derecho material a quien sea merecedor.

O sea, en el Estado Democrático de Derecho, toda la sistemática de su actuación jurisdiccional debe moldarse a la autenticidad del plan constitucional reflejada en el debido proceso que conlleva la esencia fundamental del ciudadano.

“A garantia do devido processo legal ante o alargamento por que passou na tradição anglo-saxônica e, posteriormente, em grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, em muito supera um simples limite procedimental ao poder do governante, como foi originalmente concebido.

Seja genericamente considerado, ou na análise de seus desdobramentos em formal e material, revela-se clara a essencialidade do princípio para os Estados Democráticos de Direito contemporâneo, sendo verdadeiro fundamento desde modelo de estado.”[4]

Es, por lo tanto, el debido proceso legal el que confiere legitimidad a la actividad jurisdiccional del Estado Democrático, estableciendo una regulación mínima para la imposición racional de la voluntad concreta de la ley, en el sentido de asegurar a los individuos condiciones mínimas y necesarias para la defensa de sus derechos, siendo esta protección imprescindible, una vez que el resultado final de la actuación jurisdiccional (rectius: tutela jurisdiccional definitiva) puede tener como consecuencia, invasión en la esfera individual de aquellos que serán sometidos a la jurisdicción estatal.

2. Jurisdicción en el Estado Democrático [\[arriba\]](#)

En una visión stricto sensu, el derecho procesal estudia la jurisdicción como función y, consecuentemente su funcionamiento, o sea, sus deberes, derechos y facultades.

El Estado es el órgano fundamental de la actuación judicial una vez que esta se desarrolla bajo las normas que aquel edita.

Para Guasp la jurisdicción tiene que ser verificada en el ámbito del derecho político y del derecho procesal.

“Definida la Jurisdicción como función estatal de satisfacción de pretensiones, la fijación de su naturaleza ha de verificarse desde dos distintos ámbitos: el de derecho político y el de Derecho procesal (...)

La especificidad de la Jurisdicción supone, de un lado, que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales (...)

Por otra parte, en virtud de los tratados internacionales suscritos por España, se reconoce la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas para garantizar la aplicación del Derecho Comunitario y la uniformidad de su interpretación (...)[5]

En el ámbito político, por lo tanto, la jurisdicción sería uno de los poderes básicos del Estado para consolidar su soberanía[6] frente a otros Estados en cuanto a establecimiento y aplicación de sus propias leyes.

De ese modo, el Judicial, por constituir el tercer poder del Estado, tiene como características independencia y soberanía en su esfera de atribución, lo que deriva del sistema político de un Estado soberano.

La especificidad política de la jurisdicción tendría el sentido de reconocer la aplicación de los derechos editados por el propio Estado, y es por ella que las personas hacen valer sus derechos sustanciales y ejercen control sobre algunos desmandamientos de la Administración Pública en sus diversos sectores.

En ese sentido, Bianca Neves Amigo instruye que “a jurisdição é o local que acolhe a participação ao realizar os direitos fundamentais e fiscalizar o Poder Público. Desse modo, a jurisdição propicia a participação popular e, com isso, promove a efetivação da democracia.”[7]

En el ámbito del derecho procesal o poder judicial, jurisdicción sería un requisito del debido proceso, y que su ausencia inviabilizaría la práctica de actos procesales válidos, y por lo tanto, no dotados de legitimidad.

Con efecto, en el Estado Democrático de Derecho, se entiende que la actividad jurisdiccional tiene función pública independiente para satisfacer pretensiones de derecho material, y así, por la jurisdicción se admite la especificidad de generar el poder de juzgar y ejecutar administrativamente sus juzgados, por medio de atribución de competencia establecida por el Estado, a través de la ley, en atención al debido proceso sustancial[8].

Es por el Poder Judicial que se produce el fenómeno jurídico de transformación del derecho material en derecho judicial (conforme Goldschmidt) “o sea, la subsunción de los hechos particulares cuya existencia se acepta, y las normas concretas del derecho positivo, en una sentencia que resuelva el caso”.

Ramiro Podetti, por otro lado, dice que jurisdicción es “el poder que la rama judicial del Estado ejercita, a petición de parte (competencia civil) o de oficio (competencia penal), para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”. [9]

“A mi juicio, la actividad jurisdiccional en sentido estricto, deber atribuido al Estado por el estatuto fundamental de las naciones modernas, en función privativa de la rama judicial del gobierno, es decir, de los jueces y sus auxiliares”.

De lo expuesto se deduce que la jurisdicción, desde el punto de vista del poder judicial, tiene como esencia el ejercicio de una actividad desarrollada por un tercero imparcial, que se coloca entre las partes conflictivas para solucionar el conflicto existente entre ellas, ejerciendo el derecho y sirviendo de mecanismo popular de control del Poder por los ciudadanos (función política de la jurisdicción).

2.1. La crisis del Poder Judicial y los Medios Alternativos de Conflicto (Arbitraje)

Como estudiado en los tópicos anteriores, la jurisdicción establece el orden jurídico entre dos partes con intereses contrapuestos frente a un derecho material, a través de una sentencia sellada por la cosa juzgada material.

De ello, en la moderna óptica del derecho procesal civil se hace una relectura de la jurisdicción, como una función realizada por órganos competentes del Estado o por él establecida en las formas requeridas por ley, en virtud de la cual, por un acto de cognición, se determina el derecho de las partes con el objetivo de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada material, eventualmente factible de ejecución.

Del concepto anterior se deduce que la cosa juzgada es la ilustración concreta del restablecimiento del orden jurídico, cuyos efectos imponen una obligación en cuanto a la conducta que las partes tienen frente a aquel derecho material y que reflejará en la sociedad.

Interesa al Estado eliminar conflictos habidos en la sociedad y hacer valer los derechos subjetivos que la ley reconoce al ciudadano. En mayor grado, el Estado busca colocar en práctica las leyes que él mismo colocó en vigor.

La Administración Pública debe proporcionar los medios necesarios para que el propio Estado pueda ejercer su función jurisdiccional de satisfacer la pretensión reconocida en la sentencia.

De la definición de jurisdicción aquí adoptada se deducen algunas cuestiones interesantes: jurisdicción no es solamente un conjunto de poderes, pues a ella estarán vinculados algunos deberes que deberán cumplir el Poder Público, como por ejemplo, entregar la tutela jurisdiccional en tiempo razonable y para que sea legítima, respetando siempre las reglas democráticas del debido proceso legal y sus subprincipios[10] correlatos.

Pero la crisis que el Poder Judicial viene enfrentando acaba por comprometer su deber de entregar la tutela jurisdiccional en tiempo razonable, motivo por el cual se vio obligado a establecer competencia jurisdiccional para algunos órganos (públicos y privados), y romper con algunos dogmas sobre el monopolio estatal de la jurisdicción.

La ausencia de diferenciación entre jurisdicción y administración aún perdura hoy día pero en menor escala, principalmente después de constatarse que en el Estado Democrático de Derecho es una equivocación centralizar en la mano del Estado la solución de todos los conflictos frente a algunos derechos.

Es decir, la evolución de la sociedad, los nuevos derechos oriundos del régimen democrático y que fueron validados en la Constitución Federal de 1988 y la legislación infraconstitucional complementaria, además de facilitar el acceso a la justicia de las camadas desprovistas de tutela jurisdiccional, que provocaron una búsqueda considerable del Poder Judicial, hizo que el absolutismo del monopolio del Estado frente a la jurisdicción fuera revitalizado en el sentido de rechazar la imagen del Estado centralizador, omnipotente.

Según datos estadísticos del Departamento de Pesquisas Judiciales del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en el año 2009, 71% de los procesos estaban parados en la justicia común y/o especializada. Conforme con el CNJ el número de procesos

parados llegó a un nivel de 80% en la Justicia Federal y de 90% en la Justicia Estadual.

La ineficacia del Poder Judicial conforme con los datos anteriores, dio lugar a que entidades privadas, consideradas de naturaleza pública, pasaran a ejercer el oficio de dirimir el conflicto.

Modernamente, el Estado detiene el monopolio de la jurisdicción para fines políticos de administración e igualdad ante otros poderes de la Unión. Sin embargo, la necesidad de solución de conflictos ante los jurisdiccionales frente a la crisis institucional por la cual el Estado viene pasando, lo llevó a adoptar nuevas técnicas de solución de conflictos descentralizadas forzándolo a establecer, bajo su aprobación, nuevas jurisdicciones.

Pensar en Estado es tener idea de poder, que es de su esencia, por lo tanto, el poder emanado del Estado o por sus órganos establecidos es lo que se hace presente en el ejercicio de sus funciones para cumplir sus objetivos jurídicos, políticos y económicos.

El poder del Estado es uno e indivisible, pero el ejercicio de sus funciones para obtención de sus escopos no lo es, como en el caso de la actividad jurisdiccional, que a través de la ley infraconstitucional estableció al arbitraje función jurisdiccional.

El poder jurisdiccional del arbitraje deriva de la ley editada por el Estado. Efectivamente, el Estado detiene, en términos políticos, el monopolio absoluto de la jurisdicción para administrar la justicia y cohibir la autotutela.

Pero, en el ámbito jurídico, o sea, al hacer valer la voluntad concreta de la ley, el régimen democrático relativiza ese monopolio estatal, para que su actividad jurisdiccional proporcione un resultado centrado en el debate entre las partes y de su diligencia de manejar mejor la actividad estatal (jurisdicción), por la cláusula del due process.

“A nova concepção de processo como procedimento em contraditório quer afastar a compreensão estatalista da jurisdição.

Dentro do processo jurisdiccional há uma tensão constante entre a pretensão de legitimidade e o direito positivo, porque a decisão proferida pelo magistrado deve ser correta e consistente. É por meio do contraditório que as partes realizam o procedimento de argumentação e, em razão disso, ele deve harmonizar-se com as restrições impostas pelo direito.

Nessa linha de raciocínio, somente com o contraditório as partes realizam os discursos jurídicos que propiciam a aceitabilidade racional do processo jurisdiccional. Desse modo, o processo é procedimento discursivo e participativo que garante decisão participada.

Portanto, não é o juiz sozinho que aplica a lei ao caso concreto, a função jurisdiccional é exercida por ele juntamente com as partes em contraditório.”[11]

En este caso se valoriza el arbitraje pues, como medio de solución de conflictos, las garantías procesales fundamentales se desarrollan por el debido proceso legal

(que tiene el contradictorio como su elemento basilar), conforme con la disposición del artículo 21 de su ley específica (Ley n° 9.307/96).

Esa autonomía de voluntad que precede la formación del juicio arbitral, como por ejemplo, elegir el derecho a ser aplicado en la solución de conflicto, no está inmune al dirigismo estatal en la cuestión de compatibilidad con el modelo constitucional brasileño relacionado con las garantías del debido proceso legal y los principios intrínsecos a él (contradictorio, amplia defensa, imparcialidad, isonomía, libre convencimiento motivado, etc.), siendo, por lo tanto, legítima actividad jurisdiccional del árbitro.

Ante esta perspectiva tenemos que el Estado brasileño, por Ley, estableció jurisdicción para que el juicio arbitral solucione conflictos relativos a derechos disponibles en términos de cognición, tal como en el juicio estatal.

En ese caso, no hay hablar en delegación de jurisdicción a la justicia privada, ni tampoco decir que hay un retroceso, pues el arbitraje, además de ser el medio más democrático para dirimir controversias frente al derecho material disponible, tiene su actuación legitimada por la cláusula del debido proceso legal[12].

Por tanto, arbitraje es jurisdicción establecida por el Estado, que le atribuye competencia para solucionar conflictos relativos a derechos disponibles mediante sentencia, con fuerza de cosa juzgada material entre las partes.

La jurisdicción arbitral la estableció el legislador infraconstitucional adecuando la técnica de solución de conflicto a la realidad hodierna, y también para mitigar los efectos de la crisis que el Poder Judicial viene enfrentando a lo largo de los años.

En realidad, la estrecha proximidad del juez arbitral con los litigantes hizo que el arbitraje se constituyera en un modelo ideal de solución democrática de conflictos, por prestigiar la autonomía de voluntad, el principio dispositivo, colocando el árbitro no como protagonista, ni tampoco como espectador, pero como un ente imparcial y no parcial, que tiene la libertad de gestionar el proceso con amplia participación de las partes.

Siendo así, por disposición legal, dentro del amplio concepto de jurisdicción -como actividad judicial no política- el juicio arbitral está legalmente investido de poder de juzgar, pudiendo decir que el arbitraje integra el Poder Judicial y, aun siendo una entidad privada, tiene naturaleza pública, ante su múnos de juzgar.

Se concluye entonces, del amplio concepto de jurisdicción, que el arbitraje es un órgano privado, de naturaleza pública, legalmente investido del poder de juzgar, y por consiguiente, es parte integrante del Poder Judicial.

2.2 Ideales Garantistas expresados en el Arbitraje

En otro ensayo, el garantismo procesal se definió como “una visión ideológica del proceso, que prestigia la imparcialidad del juez y el sistema acusatorio, en detrimento del sistema inquisitivo, teniendo como fundamento la Constitución Federal, asegurando a las partes a través del debido proceso legal, amplia participación en la actividad jurisdiccional para defensa de sus intereses y, mitigando al máximo los poderes de los jueces”[13].

El poder jurisdiccional del arbitraje deriva de la ley infraconstitucional y en ella se preserva, y se externalan los ideales del proceso democrático, o sea: bajo consenso legal del Estado, las partes por convención arbitral renuncian a la jurisdicción estatal y recurren al arbitraje, que nada más es que la representación privada del Poder Judicial.

Es decir, el arbitraje, según Carmona, posibilita a las partes mayor libertad para dirimir conflictos relativos a derechos disponibles, mediante elección de (de los) árbitro(s) y de la legislación (material y procesal) que eligen como la mejor para la relación jurídica entre ellas.

De eso se concluye que el arbitraje es una forma de organización con base en la isonomía de las partes, con capacidad de decidir de común acuerdo y en contradictorio los rumbos a tomar sobre la solución de eventual conflicto que pueda incidir sobre un derecho material disponible.

Si en el ámbito de los Poderes Ejecutivo y Legislativo la democracia se entiende como una institución que permite la participación efectiva de los ciudadanos en la tomada de decisiones políticas (incluso por medio de representatividad), en el proceso arbitral, el espíritu democrático surge empezando por la elección del medio para dirimir conflicto hasta la provisión jurisdiccional definitiva (sentencia final), que se construye por la presencia marcante del contradictorio, en sentido de asegurar a las partes el derecho de influenciar en la formación de la convicción del árbitro.

“A manifestação de poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdiccional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional. O Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdiccional, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo.”[14]

En el arbitraje se desarrolla un sistema de garantías procesales democrático, teniendo como punto neurálgico el hecho de que las partes son profundas conocedoras de las condiciones y de las exigencias del caso concreto y, por esa razón peculiar, pueden elegir el órgano arbitral (no estando compuesto ese órgano por un juez togado pero por otra persona con mejor aptitud técnica), que tenga mejores condiciones de solucionar sus conflictos, sin la preocupación metajurídica de búsqueda de la verdad real.

En verdad, el profundo conocimiento técnico que tiene el árbitro sobre el caso a su cargo para juzgar, hace que tenga mejor visión del problema, sin crear o modificar las reglas del proceso, las cuales están incumbidas a las partes.

Se puede decir que la convención de arbitraje, en lo que se refiere a la elección de quién dirimirá el conflicto, infunde en las partes mayor libertad de juntar al proceso los hechos que realmente les interesen para solucionarlo, sin que con ello se sientan invadidas en su libertad individual, lo que ocurre en el modelo inquisitivo o mixto adoptado por el CPC y aplicado en la jurisdicción estatal.

Por otro lado, en la jurisdicción estatal el magistrado es un clínico general que, en la configuración del actual Código de Proceso Civil, está dotado de poderes

inquisitivos que muchas veces hace con que, inconscientemente, se desvíe de la función precípua de juzgar para buscar una verdad real, olvidándose que cada una de las partes tienen un entendimiento propio sobre lo que es su verdad real, y solamente ellas serán capaces de reconstruir los hechos como realmente ocurrieron.

De ese modo, si la ley infraconstitucional autoriza las partes a elegir el arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos disponibles, por ser más eficaz y célere con naturaleza jurisdiccional, respetando el debido proceso legal y sus garantías, es un medio legítimo para que la jurisdicción pueda intervenir en los individuos sin herir sus derechos fundamentales.

El debido proceso es el fundamento del Estado Democrático de Derecho y el arbitraje, la esencia democrática de solución de conflictos y, por lo tanto, el fundamento de los ideales garantistas, pues no se discute en el arbitraje si el derecho que emana de las decisiones judiciales es correspondiente al ideal de justicia de las partes, una vez que ellas eligieron en la convención arbitral el derecho a ser aplicado al conflicto, estando legitimada la actuación del árbitro por la cláusula del due process of law[15].

Tanto en el arbitraje como en el garantismo procesal, el campo de las discusiones relativo al derecho controvertido se restringe tan solo a las partes, o sea, en el plano horizontal. Así, las partes tienen mayor libertad para exponer y demostrar sus argumentos, asumiendo los riesgos inherentes a su actuación.

Bajo la égida del proceso civil democrático y efectivo no hay más espacio para el sistema inquisitivo; tampoco para la persecución de resultados sustancialmente justos, es decir, el proceso tiene que ajustarse a las exigencias contemporáneas de la sociedad y romper la visión dogmática de que el Estado es omnipotente y omnipresente.

Los ideales metajurídicos están contenidos en los derechos fundamentales, asegurados y reunidos en el debido proceso legal que conlleva mecanismos de limitación del poder estatal, imponiendo mayor racionalidad acerca de las decisiones judiciales, asegurando a las partes mecanismos para actuar en igualdad de condiciones y con amplia oportunidad de participación en la construcción de la sentencia.

3. Conclusión [\[arriba\]](#)

El Derecho es un sistema neutro, actuante sobre la realidad para hacerse útil y deseado por todos.

La actuación del Estado dentro del modelo constitucional y de la concepción moderna de los institutos de Derecho Procesal Civil debe pautarse en la racionalidad en detrimento de la fuerza. Quiere decir que la tutela jurisdiccional se construye y efectiviza, ante las garantías fundamentales de cuño procesal, insculpidas en la cláusula due process of law que da legitimidad al poder estatal para intervenir ante los sujetos conflictivos e imponer la voluntad concreta de la ley.

Así, pues, el Estado reconoce sus dificultades en prestar asistencia jurisdiccional en tiempo razonable y eficiente, y para suplir esa carencia buscó medios

alternativos de solución de conflictos, en el caso específico, el arbitraje, para compartir la función jurisdiccional.

La tutela jurisdiccional es el fin perseguido por la jurisdicción, aunque para eso se utilice la técnica de adecuación procedimental y/o procesal, conforme con el objetivo del derecho perseguido.

La concepción para obtener la tutela jurisdiccional por medio de un proceso debido sufrió algunas transformaciones, a medida que la efectuada tempestiva de la tutela jurisdiccional pasó a ser necesaria en función del desarrollo económico de la sociedad, que influyó el propio derecho y forzó el Estado a rever sus conceptos sobre centralización y monopolio de la función jurisdiccional, a punto de establecer tales funciones a entidades privadas de naturaleza pública y permitir que haya mayor participación de las partes.

En esta concepción se comprobó que efectividad y seguridad jurídica son conceptos antagónicos pero que pueden convivir por medio de la racionalidad contenida en la cláusula del due process of law que, al final, es el conjunto de garantías a través de las cuales se expresan los derechos fundamentales de las partes.

La racionalidad garantista en el juicio arbitral se centra en la idea de la coexistencia de las libertades externas, o sea, es una consecuencia del Estado Democrático de Derecho, para inhibir conductas autoritarias contenidas en el modelo inquisitivo presente en el actual Código de Proceso Civil brasileño, utilizando para tanto, un discurso racional que precia por la observancia al procedimiento uniforme aplicado sin diferenciación, configurado en el principio de hacer con que cada uno pueda disfrutar de la libertad que el proceso le puede proporcionar hasta obtener la tutela jurisdiccional.

Bibliografía

AMIGO, Bianca Neves. A evolução histórica da jurisdição. En: ZAGANELLI, Margareth Vetus (coordenadora). Estudos de história do processo. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009;

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 1, Editora Saraiva, São Paulo, 2008;

BUZAID, Alfredo. Anteprojeto de Código de Processo Civi: apresentação ao Exmo. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid, Rio de Janeiro, 1964;

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos Del Derecho Procesal Civil, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004;

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, Del Rey Editora, Belo Horizonte/MG, 2012;

DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem; teoria geral do processo, Malheiros, São Paulo, 2013;

GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo Primeiro: introducción y parte general, 7ª ed., revisada y puesta al día por ARAGONESES, Pedro, Thomson y Civitas, Madrid, 2005;

NERY JR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; Ramos, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Ativos judicial e garantismo processual. JusPodivm, Salvador/BA, 2013;

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. O devido processo legal e suas repercussões no âmbito do processo administrativo. En: ZAGANELLI, Margareth Vetis (Coordenadora). Estudos de história do processo, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

* *Mestre em Direito Processual Civil na PUC/SP. Mestrando Direito Processual na Universidad Nacional de Rosario (UNR - Argentina). Especialista em Direito Civil, Direito Contratual Empresarial pela Escola Paulista de Direito (EPD). Professor Substituto da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Substituto da Faculdade Santa Rita de Cassia. Professor Convidado no curso de Pós Graduação da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Professor Assistente na PUC/SP. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual (IPDP). Advogado. Artículo recibido el 20/5/14; admitido el 6/12/14.*

[1] Cássio Scarpinella Bueno ensina que “o que caracteriza o pensamento do processualista civil desta fase é o alto grau de autonomia entre o direito processual civil e as demais normas jurídicas. A separação entre os planos materiais e processual permite que o estudioso do direito processual civil desta fase consiga ver, com clareza, o que caracteriza e justifica, como tal, o direito processual civil e o que são as normas de direito material que, controvertidas, impõem a atuação do Estado-juiz”. (BUENO, Cássio Scarpinella: Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 1, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 42)

[2] ‘Em 1868, Oskar Bülow publicou célebre obra, intitulada Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais, em que distinguiu, com nitidez, o direito material controvertido e o processo, por meio do qual se resolvia aquele. A relação material litigiosa (res in iudicium deducta) era, pois, algo de diferente da relação jurídica processual (judicium). Esta conceituação foi de extraordinária importância, eis que o processo ficou conhecido como verdadeiro “continente” e a lide (retrato do direito material expressado no processo - arts. 128, 460, caput) como o seu “conteúdo”. A partir desta distinção, passou-se a identificar, na principiologia do processo, a predominância da marca do Direito Público.

[3]“O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar a justiça. Não se destina a simples definição de direitos na

luta privada entre os contendores; atua, ao contrário, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade” (BUZÁID, Alfredo: Anteprojeto de Código de Processo Civil: apresentação ao Exmo. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid, Rio de Janeiro, 1964, p. 13)

[4] DURÇO, Karol Araújo: “O desenvolvimento histórico do princípio do devido processo legal: uma crescente aproximação entre common law e civil law”. En: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coordenadora). Estudos de história do processo, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 99-116.

[5] GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Tomo Primeiro: introducción y parte general, 7ª ed., revisada y puesta al día por ARAGONESES, Pedro, Thomson y Civitas, Madrid, 2005, pp. 96/97.

[6] “En el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público; y su sentido preciso y técnico de función pública de hacer justicia.” (COUTURE, Eduardo J.: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 23).

[7] AMIGO, Bianca Neves. A evolução histórica da jurisdição. En: ZAGANELLI, Margareth Vetis (coordenadora). Estudos de história do processo, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 23-37.

[8] A ideia do devido processo legal substantivo surgiu em meados de 1857, quando o escravo Dred Scott, após fugir de seu dono, se socorreu à Suprema Corte Americana para reconhecer sua liberdade, haja vista que ele residia num Estado cuja escravidão era proibida. O pedido do escravo Dred Scott foi rechaçado sob o fundamento de que a perda da propriedade por seu dono se deu sem o devido processo legal. A repercussão deste caso resultou na Emenda XIV[8] e só em 1890, foi que a Suprema Corte Americana passou admitir o devido processo legal substantivo (substantive due process). Deste fato histórico e da importância que o devido processo legal alcançou nas Constituições de diversos países, podemos afirmar, que os valores (vida-liberdade-propriedade) enraizados naquele princípio ampliaram seu campo de incidência e, com isso, possibilitou a máxima proteção possível dos direitos fundamentais do cidadão, razão pela qual, o devido processo legal deixou de ser exclusivamente de cunho processual ou formal, para também atuar no âmbito material ou substancial. Destarte, podemos dizer que o devido processo legal substantivo (substantive due process) atua em relação ao direito material. É dizer, a manifestação do devido processo legal em outros campos do direito se dá em seu aspecto material. Sobre o assunto ler também: NERY JR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 84.

[9] PODETTI, Ramiro: Teoría y técnica del proceso civil, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 155.

[10] Sobre o assunto ver: RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida: Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual, En: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Ativismo judicial e garantismo processual. JusPodivm, Salvador/BA, 2013, pp. 639-647.

[11] AMIGO, Bianca Neves. A evolução histórica da jurisdição. En: ZAGANELLI,

Margareth Vetis (coordenadora). Estudos de história do processo. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 23-37.

[12] Cândido Rangel Dinamarco preleciona que “o modelo institucional do processo arbitral é pois representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais de processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem; teoria geral do processo. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 25)

[13] RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. Por que a prova de ofício contraria o devido processo legal? Reflexões na perspectiva do garantismo processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; Ramos, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Ativos judicial e garantismo processual. JusPodivm, Salvador/BA, 2013, pp. 639-647. 15 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. Del Rey Editora, Belo Horizonte/MG, 2012, pp. 35-36.

[15] Sobre o devido processo legal, mister transcrever as considerações de Leide Maria Gonçalves Santos: “Os escopos social, político e jurídico do processo somente podem ser alcançados se este estiver afinado com as normas constitucionais, o que vem dar concretude ao princípio do devido processo legal - penhor do Estado Democrático de Direito.” (SANTOS, Leide Maria Gonçalves. O devido processo legal e suas repercussões no âmbito do processo administrativo. En: ZAGANELLI, Margareth Vetis (Coordenadora). Estudos de história do processo. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 127)