

O Direito ao Processo Justo com Instrumento de Realização do Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional

Marcia Ignácio da Rosa

Resumo

Esta pesquisa teve por objetivo refletir sobre a (re)afirmação do direito fundamental à razoável duração do processo, trazida pela Emenda Constitucional nº 45 e sua incidência no princípio do acesso à justiça, sob o enfoque do Estado Constitucional contemporâneo. Para alcançar o propósito, procedeu-se à análise da moderna concepção do Estado Democrático de Direito, da tutela jurisdicional como Direito fundamental e razoável duração do processo, segundo a doutrina e a legislação constitucional e processual pátria. Os resultados são coerentes com outros achados que apontam sentido de que o Estado não tem conseguido alcançar seu objetivo precípua no exercício da função jurisdicional na solução de conflitos, especialmente pela via reformadora do sistema processual civil, trazendo, por conseguinte, confusão e instabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. No que concerne à razoável duração do processo, entre outras conclusões, merece destaque aquela relativa ao papel do magistrado na definição do tempo necessário para atender às peculiaridades e singularidades do processo. Ao final, chama-se atenção para o necessário movimento contínuo e permanente na busca da efetividade e da instrumentalidade do processo, como meio de ampliação da participação democrática na sociedade moderna.

307

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Lei Processual. Efetividade. Razoável Duração do Processo. Reforma do Poder Judiciário.

Abstract

This research has the objective of contemplating the (re) statement of the fundamental right to the reasonable duration of the process, brought by the constitutional amendment nº. 45 and this incidence in the beginning of the access to the justice, under the focus of the contemporary constitutional state. To base this study and to reach the initial purpose of the research, it is made the analysis of the modern conception of the Democratic State of Right, as well as of the procedural legislation homeland and of legal devices of foreign procedural systems, in the constitutional order and under constitutional, that demonstrate concern with the reasonable duration of the process and appropriate jurisdictional protection, in agreement with the successive legislative alterations. As a result of the research it is observed that the state has not been getting to reach his principal objective in the exercise of the jurisdiction function in the solution of conflicts, especially by the way of reformulation of the civil procedural system, bringing, consequently, confusion and instability to the Brazilian juridical system. Nevertheless, the proposed theme is justified for constituting in a continuous and permanent movement in the search of the effectiveness and of the instrumentality of the process as a way of democratic participation in the modern society.

Keywords: Access to justice, procedural law, effectiveness, reasonable duration of the process, reform of the judiciary power;

O processo justo como concretizador do direito à tutela jurisdicional efetiva

A evolução do direito processual, naquilo que diz respeito ao direito pátrio, tem suas origens no direito romano. Apesar das inúmeras transformações ocorridas desde então, a ligação com as suas origens permanece estreita.

Importante contextualizar, nesse ponto, as teorias que marcaram o estudo sobre a natureza jurídica do processo. O reconhecimento da natureza jurídica do processo registra sua importância na identificação dos princípios que norteiam sua criação e a compreensão.

Dentre as doutrinas processuais destaca-se as teorias de natureza privatista como a do contrato e do quase-contrato; e as teorias de natureza publicista, como as teorias da relação jurídica, da situação jurídica, do processo como procedimento em contraditório e do processo como entidade complexa.¹

O *processo como contrato* demonstra suas origens romanas na *litis contestatio*, quando o estabelecimento do processo verificava-se pela aceitação das partes em submeter o conflito à decisão do juiz. O processo era, então, um *contrato* acessório ao *contrato social* estabelecido pelos homens livres e que, em sua convivência se propunham a solucionar suas controvérsias pacificamente. Esta teoria, de bases iluministas, marcou o século XVII, caracterizando-se pela plena convenção das partes, sobre as quais incidem os objetivos desta teoria processual, sendo inegável a sua natureza privatística. A teoria não se sustentou por não conseguir explicar a atuação do juiz pela *litis contestatio* e a participação involuntária do réu.

Para a *teoria do quase-contrato* o processo não era considerado um contrato por não existir o elemento volitivo da parte ré, uma vez que o processo poderia obrigar o réu a comparecer em juízo pela condução judicial coativa, razão pela qual não era um ato bilateral de vontade. Entendiam seus defensores que o processo não chegava a ser contrato, tão pouco delito; assim entenderam ser *quase* um contrato, muito embora reconhecessem os aspectos contratuais quando da aceitação das partes da atuação do juiz. Por esta teoria o processo se caracterizava por atos imperativos de jurisdição, desde a instauração do procedimento. Em verdade seus defensores não conseguiram explicá-la de forma aceitável.

A teoria do *processo como relação jurídica* é a grande contribuição de Oskar von Bülow no século XIX². Para os defensores desta teoria, o processo é uma relação que se estabelece, juridicamente, entre seus sujeitos, desenvolvida através de uma complexida-

¹ Registre-se sobre a evolução histórica da natureza jurídica do processo o entendimento do processo como *instituição* e como categoria jurídica. Apesar da contribuição de ambas para a evolução e aprofundamento do pensamento científico do tema, não foram capazes de influenciar o pensamento moderno.

² “(...) Oskar Von Bülow chegou à conclusão de que o juiz, ao julgar, sempre enfrentou duas ordens de matérias. Previamente, antes de examinar a questão de fundo, o contrato de compra e venda, por exemplo, verifica se houve preparo regular do julgamento, de forma tal que a decisão possa ser proferida, sem riscos da falta de elementos necessários ao perfeito entendimento da questão a ser decidida. O juiz, primeiramente, julga a matéria de processo. Se estiver regular, passa, de imediato ao julgamento da questão de fundo. Esta idéia foi o marco inicial do processo como ciência jurídica autônoma. (...) Estabelecida a premissa de que, no processo, se há direitos e obrigações para seus sujeitos, pode ele ser conceituado como espécie de relação jurídica, que é o vínculo que une duas ou mais pessoas, com direitos e obrigações recíprocas.” SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. v.1. 10. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p.28.

de de direitos, poderes, deveres, faculdades das partes e do juiz, desenrolando-se rumo à sentença.

Este pensamento traz a noção de *relação* existente entre o juiz, o autor e o réu, pressupondo uma relação subordinativa entre os sujeitos parciais e de ambos com o magistrado, materializando-se graficamente como relação processual triangular.³

O processo como *situação jurídica* é inspirado por James Goldschmidt⁴, em contraposição à teoria da relação jurídica por entender não haver direitos e obrigações entre os sujeitos do processo, muito menos entre esses e o juiz. O pensamento que permeia esta doutrina é de que o provimento final assinala a disputa travada entre as partes, como se um jogo fosse, criando uma situação de expectativa em razão deste provimento.

A grande contribuição dessa corrente doutrinária foram as concepções de faculdades e ônus processual e suas respectivas conseqüências no processo, que foram assimiladas pela doutrina da relação jurídica processual.

É Fazzalari quem capitaneia a teoria que procura explicar a natureza do *processo*⁵ como *procedimento*⁶ em *contraditório*. A estrutura e o desenvolvimento dialético é que permitirão afirmar a existência do processo, o que somente ocorrerá pela participação ativa do autor do ato final e dos destinatários deste.

Contudo, a participação por si só, não é suficiente para a caracterização do processo, sendo apenas um dos seus elementos, não reduzindo sua existência a ela. A participação dos interessados no provimento final deverá ser considerada desde a fase preparatória do ato final. Portanto, o processo existirá quando concorrerem para a formação do ato, o seu autor e os destinatários dos efeitos deste ato. As atividades desenvolvidas,

³ Diverge a doutrina sobre a configuração gráfica da relação processual, havendo, além da configuração *triangular* (Wach) os que defendem a configuração *angular* (Hellwig) e os que sustentam ser a relação processual *linear* (Köhler). Sobre a configuração angular afirmam seus defensores que inexistente relação jurídica entre as partes reciprocamente, apenas entre estas e o Estado e para os defensores da configuração *linear* inexistente contato direto entre autor e réu, afirmando que há posições processuais que ligam o Estado e o autor e por outro lado o réu e o Estado. Majoritariamente o entendimento é de que se existe direito sem uma obrigação que lhe seja correlata e ainda assim, presente está o vínculo, suficiente será haver o interesse comum revelado no processo para que se caracterize a relação.

⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Minelli, 2003

⁵ “O “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades. Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem a participação de mais sujeitos, cujos atos que o constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala de procedimento “plurissubjetivo”, refere-se ao esquema de atividade em seqüência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro processo. (...). É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório”. FAZZALARI, op. cit., p. 119.

⁶ Para a Fazzalari procedimento se apresenta como uma seqüência de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas. “O procedimento é, enfim, visto como uma série de faculdades, poderes, deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever)”. Ibid., p. 118.

em contraditório⁷, pelos interessados, determinadas pelo autor do ato, “cujos resultados ele pode desatender”⁸, mas não ignorar.

O processo como *entidade complexa* é tratado por Dinamarco a partir das *anotações* que faz à concepção de Fazzalari do processo como procedimento em contraditório.⁹

Dinamarco adere a esse aspecto da doutrina do procedimento realizado em contraditório, pois como afirma, permite que se liberte o processo das *amarra conceituais de instrumento da jurisdição*. Reconhece que a doutrina de Fazzalari vislumbrou o processo do ponto de vista externo do sistema, ou seja, partindo da política traçada pela Constituição.¹⁰ Decorre daí a afirmação de que provimentos proferidos sem a observância do adequado procedimento, ditado pelo contraditório não se coadunam com o Estado proposto pela Constituição de 88.

A participação, considerada pela teoria do processo como entidade complexa, é o contraditório, requerido pela ordem constitucional. É de se desejar, portanto, que a atividade participativa dos sujeitos ocorra pela adequação de instrumentos jurídicos, colocados à disposição.¹¹ A participação no contraditório, segundo Dinamarco, é a exteriorização da projeção processual do princípio da isonomia que permeia o procedimento.

As duas teorias anteriormente explanadas, ainda que não contempladas pela doutrina majoritária, convergem para o que a moderna processualística vem tratando de ativismo judicial, que pugna pela maior participação do juiz no processo.

Registre-se, por oportuno, que o ordenamento pátrio consagra a teoria da relação jurídica processual, apesar de doutrinadores renomados, reconhecerem o mérito da concepção do processo como procedimento em contraditório, como mencionado anteriormente.

⁷ “Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final, na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. *Ibid.*, p. 119-120.

⁸ *Ibid.*, p. 120.

⁹ “Adverte-se desde já que, aceitando embora suas colocações no que têm de fundamental, não se vê razão em Fazzalari ao repudiar “o desgastado e impróprio clichê da relação jurídica processual” (...) Apóia-se a Fazzalari, portanto na generosa idéia de incluir no conceito de processo o elemento político-constitucional do contraditório. Rejeita-se a sua proposta de excluir a relação processual, pois deixaria aquela rica idéia sem suporte técnico suficiente a explicar a vida real do processo como experiência jurídica.” DINAMARCO, *op. cit.*, 2002, p.153.

¹⁰ “Diz-se que processo é todo procedimento realizado em contraditório e isso tem o mérito de permitir que se rompa com o preconceituoso vício metodológico consistente em confiná-lo nos quadrantes do instrumento da jurisdição; a abertura do conceito de processo para os campos da jurisdição voluntária e da própria administração ou mesmo para fora da área estatal constitui fator de enriquecimento da ciência ao permitir a visão teleológica dos seus institutos além dos horizontes acanhados que as tradicionais posturas introspectivas impunham. (...). Procedimento e contraditório fundem-se numa unidade empírica e somente mediante algum exercício do poder de abstração pode-se perceber que no fenômeno” processo “existem dois elementos conceitualmente distintos: à base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação”. *Ibid.*, p.160.

¹¹ “Pois a efetivação da exigência política do contraditório, no procedimento, dá-se pela outorga de situações jurídicas aos litigantes: situações jurídicas ativas, que lhe permitem atos de combate na defesa dos seus interesses, e situações jurídicas passivas, que lhe exigem a realização de atos ou impõem abstenções ou sujeição à eficácia de atos alheios. São, em suma, o substrato jurídico das regras do combate civilizado através do procedimento.” DINAMARCO, *op.cit.*, 2002, p.163.

O processo justo

O Estado liberal sucumbe aos seus próprios fundamentos. A igualdade eleva-se a um princípio, não mais como acessório da liberdade. O Estado passa a governar voltado para o bem social. Para que a verdadeira liberdade possa ser experimentada, necessário se faz assegurar aos cidadãos condições materiais mínimas, ou seja, assegurar-lhes os direitos sociais.

O Estado social fracassa na realização dos direitos sociais, pela grande influência dos partidos políticos (forças de tensão e pressão), não propiciando a participação popular no processo político, vitimizandando a justiça social.

O Estado moderno, na evolução do Estado social, necessita assegurar a participação popular através no sistema representativo. Contudo não é a isso que se resume a cidadania. A realidade nacional demonstra que a participação popular do sistema representativo não se esgota na escolha dos representantes das casas legislativas, tão pouco do executivo. A democracia participativa deve buscar a verdadeira *democratização da democracia*¹².

As concepções do Estado Liberal e do Estado Social demonstram-se insuficientes diante da evolução e das necessidades das sociedades. A igualdade preconizada pelo Estado liberal eleva-se a um princípio como forma de propiciar a verdadeira liberdade.

A evolução do acesso à justiça aconteceu paralelamente à transposição da concepção liberal para a concepção social do Estado Moderno. Assim como no campo das idéias políticas, o Brasil deixava a concepção liberal (de bases iluministas) dos valores individuais e da intervenção mínima do magistrado (Estado mínimo) migrando para o ideário dos valores sociais como a justiça (dentre outros).¹³

Inicialmente a participação do Estado restringia-se à declaração formal dos direitos humanos, quando se presumia que todos eram iguais e a Constituição limitava-se a criar mecanismos de acesso à justiça, em sentido estrito, sem preocupar-se com a sua efetividade.

O constituinte evolui, juntamente com a realidade política-econômica-social, trazendo as questões sociais para a política governamental. Assume a tarefa de efetivar os direitos fundamentais, definindo-os, declarando-os e garantindo-lhes a efetividade. A opção constitucional pelo Estado voltado para os valores sociais, trouxe para o legislador a missão de criar mecanismos práticos, capazes de operacionalizar os direitos fundamentais.

Evidencia a Constituição a importância e o relevo da tutela dos direitos fundamentais, bem como a forma de desempenho dessa tutela por meio de padrões processuais definidos, dispensando-lhes assim, tratamento de princípios constitucionais.

Do direito à tutela jurisdicional ergue-se de forma inafastável o processo, como forma de efetivar essa tutela. O processo passa então, de instrumento de atuação da soberania estatal à garantia constitucional de acesso à tutela jurídica como meio de exercer a cidadania.

¹² Expressão da cunhada por Canotilho, op cit.

¹³ “Quando as democracias passam a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas – surgindo, então, os direitos sociais e econômicos -, os desiguais passam a ser tratados de forma desigual. Os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégios de poucos, ou seja, em privilégios burgueses. Com novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26.

O processo em seu caráter eminentemente publicista¹⁴ adquiriu notoriedade na processualística moderna, pois além de ser reconhecido como instrumento de soberania estatal, lentamente foi assumindo conotações cívicas.

A preocupação extremada da escola sistemática trouxe o isolamento do processo como ciência autônoma, distante da realidade do direito material. A neutralidade do direito processual permitiu à época que se construísse um procedimento incongruente com as necessidades do direito material, confundindo a instrumentalidade do processo com neutralidade.¹⁵

Se a jurisdição preocupa-se com a efetivação e a realização da tutela de direitos e o processo é o instrumento para essa operacionalização, seria ingenuidade supor que o instrumento pudesse ser pensado isoladamente, desconsiderando a realidade social e o direito material.

O processo como solução de conflitos surge, então como instrumento que permite que a jurisdição alcance seus escopos, realizando o poder estatal através de um processo justo. Isto porque o processo refere-se à relação entre o Estado e o cidadão.

O *processo justo* não se refere ao conceito de justiça *lato senso* pela subjetividade própria de sua aceitação. Pauta-se na observância, desde sua formação, do respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁶

Para Leonardo Greco o processo sustenta-se no princípio do devido processo legal, de inspiração norte-americana ou como consta da Constituição italiana e na Convenção Européia de Direitos Humanos, sob a expressão *processo justo*.

Insiste-se que o *devido processo legal* é garantia inafastável do Estado Democrático de Direito. E é pela observância e respeito às *garantias fundamentais*¹⁷ ao processo que a tutela jurisdicional se fará efetiva.

¹⁴ “Quando a tarefa de solucionar os conflitos foi compreendida como poder de julgar do Estado, ou melhor, quando a função de solucionar os litígios passou a ser vista como fundamental ao Estado, o processo deixou de ser caracterizado a partir do ângulo do desejo das partes. O processo, diante dessa mudança de rota, tem sua natureza particularizada por servir à jurisdição, já que através dele o Estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico”. MARINONI, op. cit., 2006, p. 389.

¹⁵ “Entretanto, a idéia de abstração do direito processual do direito material, levada às últimas consequências, fez com que a doutrina confundisse instrumentalidade do processo com neutralidade do processo em relação ao direito material, supondo que o procedimento não deveria ser desenhado de acordo com as necessidades do direito substancial. Em outras palavras, a doutrina supôs que um procedimento indiferente ao direito material, ou um único procedimento, seria suficiente para garantir tutela adequada às mais diversas situações conflitivas concretas. MARINONI, op. cit., 2000, p. 40-41.

¹⁶ “Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo. (...) Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de *garantias fundamentais do processo*, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de abril de 2007.

¹⁷ Leonardo Greco trata das garantias fundamentais sob os seguintes aspectos: I) Garantias Individuais, relacionadas como: a) Acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos, b) Imparcialidade do juiz, c) Ampla defesa, d) Direitos do pobre, e) Juiz natural, e) Inércia e f) Contraditório, g) Oralidade, h) Coisa julgada e i) Renúncia à tutela jurisdicional; II) Garantias Estruturais, tais como: a) Impessoalidade da jurisdição, b) Permanência da jurisdição, c) Independência dos juízes, d) Motivação das decisões, e) Igualdade concreta, f) Inexistência de obstáculos ilegítimos, g) Efetividade qualitativa h) Procedimento legal, flexível e previsível i) Publicidade, j) Legalidade estrita no exercício do poder de coerção, l) Prazo razoável Prazo razoável, m) Duplo grau de jurisdição, n) Respeito à dignidade humana e III) Garantias do Processo Penal. Ibid.

Por *acesso à justiça universal* conclui-se que não se pode restringi-lo à possibilidade e meios de busca da tutela dos direitos, mas também pela prestação jurisdicional adequada. Assim, entende-se que provocar o exercício da função jurisdicional, na busca da tutela adequada, devendo ser assegurado a participação na formação da decisão. Este direito deve ser exercido perante um juiz imparcial e ativo, que propicie aos sujeitos envolvidos, o direito de ser ouvido e influir no provimento final. Para tanto atuará na causa um juiz legalmente competente.¹⁸

Segundo o inciso LIV, do art. 5º constitucional, estão assegurados a *ampla defesa e o contraditório*.

Na lição de Jose Afonso da Silva o contraditório é concebido de forma inseparável do processo justo da forma que expõe:

*A contrariedade, no processo judicial e no administrativo, constitui pressuposto indeclinável da realização de um processo justo, sem o quê a apreciação judicial da lesão ou ameaça a direito se torna vazia de sentido valorativo. A essência processual do contraditório se identifica com a regra *audiatur altera pars*, que significa que a cada litigante deve ser dada ciência dos atos praticados pelo contendor, para serem contrariados e refutados.*¹⁹

Por *contraditório* entende-se que o processo²⁰ desenvolva-se de forma democrática, pela dialética travada entre os sujeitos demandantes. Ressalte-se que a opção de permanecer calado, não exercendo o direito de ser ouvido importará num ônus processual. O contraditório é assim um “referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado”.²¹ Concluindo Rosemiro Pereira Leal²² que não havendo o contraditório o processo desprese de sua base democrática-jurídica-principiológica pelo bel-prazer do arbítrio do magistrado.

¹⁸ O juiz *natural* é o juiz legalmente competente, aquele a quem a lei confere *in abstracto* o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie, e não por um juízo discricionário ou com a intenção deliberada de que esta ou aquela causa seja julgada por um ou outro juiz. *Ibid.*

¹⁹ SILVA, Jose Afonso. 2005. p.154.

²⁰ O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os *contra-interessados* tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação.” GRECO, op. cit.

²¹ LEAL, op. cit., 2005, p. 110.

²² *Ibid.*, p.111.

Para Fredie Didier “democracia no processo recebe o nome de contraditório”, defendendo que se a democracia pressupõe participação; é pelo contraditório que a parte participa do processo, influenciando na decisão.²³

A participação dos sujeitos parciais na decisão que lhes afetará a esfera jurídica tem o condão de legitimar a jurisdição, não somente pelo contraditório, visto que participação e contraditório não significam expressões sinônimas.

A *ampla defesa*²⁴ é consequência da garantia do contraditório e da isonomia. Por ampla defesa assimila-se a plenitude da defesa dentro de um lapso temporal razoável e suficiente para tanto.

Restringir a ampla defesa no processo, além de incompatível no plano lógico-jurídico importa em restringir o conhecimento da causa.

Em que pese as reformas processuais ultimadas, não deve o legislador sob o falso pretexto de promover a celeridade, suprimir liberdades e garantias processuais, que em última análise objetivam afastar os *fantasmas* que perturbam o *sono do judiciário*.²⁵

O *tratamento paritário* dispensado aos sujeitos parciais do processo configura-se na garantia da *isonomia*, que assim como as garantias e os princípios já mencionados derivam do devido processo legal.

A isonomia também pode ser analisada em cotejo com o princípio do juiz natural, uma vez que o instituto tem como finalidade assegurar o tratamento igualitário aos demandantes, evitando os juízos excepcionais.

A igualdade está consubstanciada no caput do art. 5º da Carta Constitucional, foi inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ao firmar que todos nascem e permanecem iguais em direitos. Contudo, o paradoxo existe, pois a desigualdade é a razão do ideal de igualdade material.

Para o processo, trata-se de tutelar a igualdade material prevista pela Constituição e a paridade de armas no processo²⁶. A isonomia então, é mais que um direito é um vetor da interpretação jurídica fundamental.

²³ “Quais são os elementos que compõem a garantia do contraditório? Esta garantia se desdobra em duas facetas. A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo á ouvida da parte, ao deixar a parte falar. (...) se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. DIDIER JÚNIOR. Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. I, Salvador: Podivm, 2007, p.42-43.

²⁴ “Trata-se de aspecto substancial do contraditório”. Ibid., p. 48.

²⁵ Sobre a ampla defesa: “Há de ser ampla porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumariação do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. É pó isso que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, não se pode, de modo obcecado, suprimindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova”. LEAL, op. cit., 2005, p.112.

²⁶ “Lembre-se que a paridade de armas não quer dizer que as partes de um mesmo processo devam ter os mesmos poderes, até porque isso seria ignorar a obviedade de que elas podem ter diferentes necessidades. O que importa é que tais poderes tenham fundamento racional na diversidade das necessidades das partes e que, diante de qualquer poder conferido a uma delas, outorgue-se á outra o correlato poder de reação”. MARINONI, op. cit., 2006, p. 414.

A realidade brasileira revela, porém, que *a teoria na prática é outra*. A igualdade não tem tornado os cidadãos tão iguais, melhor dizendo, *uns são mais iguais que outros*.

Os grupos sociais menos privilegiados economicamente não têm o acesso amplo e irrestrito aos tribunais, nem aos meios inerentes à defesa dos seus direitos. Muitas são as diferenças materiais que não se igualaram pela lei. A idéia de que *cadeia é para negros e pobres* tem se mostrado uma realidade, em especial diante dos últimos acontecimentos veiculados pela mídia envolvendo os *homens da lei* (parlamentares, magistrados, policiais e advogados).

O direito fundamental à *publicidade* dos atos do poder público assegurada pelo art. 37 da Constituição é inarredável do princípio democrático. Ínsito ao princípio da publicidade está o controle dos atos da Administração Pública, no exercício de suas funções precípua (jurisdicional, legislativa e executiva), portanto não seria diferente para os atos emanados do poder jurisdicional estatal. A publicidade dos atos é fator indispensável à fiscalização da atuação do poder jurisdicional.

Em que pese a legislação processual pátria restringir a publicidade diante da preservação da intimidade e do interesse público, sopesados pelo princípio da proporcionalidade, não se pode confundir com supressão ou eliminação. Registre-se a *ratificação* pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acresceu ao inciso IX, do artigo 93 a possibilidade de *limitação* à exigência de publicidade, diante de algumas situações. A publicidade, portanto, permanece assegurada.

Trata-se agora do acréscimo da Reforma do Judiciário aos direitos fundamentais constante do inciso LXXVIII, do artigo 5º, que assegura que a tutela jurisdicional seja efetivada dentro de um tempo razoável. É o direito fundamental ao processo sem dilações indevidas, ou à razoável duração do processo.

Registre-se que o direito fundamental à razoável duração do processo já se encontrava inserido na Constituição, pela ratificação do Pacto de San Jose da Costa Rica, que já advertia para o direito a um processo em tempo razoável, em seu artigo 8.1.²⁷

Segundo Flávia Piovesan:

*A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionais previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.*²⁸

O constituinte reformador não inovou! E se não foi ineditismo, ao menos encerrou a velha discussão sobre a não-incidência deste direito, pois agora não há mais espaço para divagações do direito internacional e constitucional. A razoável duração do processo é um direito fundamental.

Observe-se que a divergência sobre a aplicação imediata e plena eficácia era produto nacional, pois diversos países que, assim como o Brasil, ratificaram o tratado e depositaram a carta de adesão ao pacto, foram (e são) punidos diversas vezes pela Corte Européia de Direitos do Homem pelo descumprimento desarrazoado desta garantia, dentre eles a Itália²⁹, Portugal e a Espanha.

²⁷ Neste sentido também: DIDIER JÚNIOR, op. cit., p.39 e TUCCI, op.cit., p.86.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*.4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 79-80.

²⁹ A garantia da razoável duração do processo na experiência italiana será abordada em capítulo posterior.

As garantias constitucionais aqui referenciadas são imprescindíveis ao processo justo³⁰ que se propõe a ser instrumento de pacificação, através do exercício legítimo de poder, como meio de assegurar a plenitude democrática.

Independentemente desta ou daquela garantia certo é que não há *processo justo* sem o *devido processo legal*.³¹

Conceituá-lo, contudo, não é tarefa fácil, como afirma Paulo Lucon:

Sobre as dificuldades de definir a cláusula do devido processo legal e traçar-lhe contornos, é conhecida a manifestação do Juiz Frankfurter, da Suprema Corte Norte-Americana, onde se lê essa passagem: “due process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula... due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo”³²

A cláusula do devido processo legal não se refere somente à tutela jurisdicional. O *due process* pode ser compreendido sob o enfoque do *substantive* e do *procedural process*.

O devido processo legal substancial estabelece os limites legítimos ao poder estatal, autorizando ao julgador a proceder à análise de lei que seja desarrazoada, bem como a justiça de decisões, ao estabelecer o controle de constitucionalidade³³ e da proporcionalidade.

No sistema jurídico brasileiro, pode-se afirmar que o devido processo legal substancial está fundado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão, mas principalmente em duas vertentes que serão postas em destaque no item a seguir. São elas: I) o controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais; II) a garantia da igualdade substancial das partes no processo. Isso porque “a legítima limitação ao poder, mediante o due process of law, visa a impedir que a desigualdade impere no processo, tornando-o justo na exata medida em que assegure às partes participação paritária e proporcione o resultado esperado pela sociedade.”³⁴

³⁰ “Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna”. GRECO, op. cit.

³¹ “Não fosse a necessidade histórica de tantas particularidades constitucionais, bastaria a referência ao princípio do devido processo legal para inferir-se os demais correlatos, como aliás ocorre em outros diplomas constitucionais estrangeiros. Não se olvida de que o princípio da isonomia, o princípio da publicidade, o princípio da vedação das provas ilícitas e outros tantos sejam expressões do devido processo legal. Contudo, o sistema jurídico brasileiro não afeito a essas generalidades. No mesmo sentido: “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despiciendo. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º da CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível na Internet: <www.revistadouttrinatr4.gov.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.

³³ As origens do *substantive procedural of law* encontram-se no direito norte-americano, no julgamento do caso Marbury v. Madison (1803), com a possibilidade do *judicial review*.

³⁴ LUCON, op. cit.

O devido processo legal em sentido processual – *procedural due process* refere-se à garantia do acesso à justiça, ao respeito ao direito de defesa e ao contraditório.

A despeito das posições contra-americanas e da resistência à importação legislativa, quedam-se os operadores do direito à contribuição norte-americana aos sistemas constitucionais democráticos. É do norte das Américas a inspiração do *due process of law*, das *class actions* (ações de classe³⁵), assim como o controle de constitucionalidade e a supremacia formal da constituição. O devido processo legal chega até nós pela quinta³⁶ e décima quarta³⁷ emendas, trazidas pela Constituição norte-americana:

5ª emenda: Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.

14ª emenda: 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

O devido processo legal consagra-se pelo efetivo acesso à *ordem jurídica justa*, consistindo na postulação e na defesa dos direitos, de forma ampla e irrestrita. Relevando sobremaneira a tutela e os meios de defesa do trinômio: vida – liberdade – propriedade.

A justeza de um processo é de difícil definição e mensuração, entretanto não é impossível de ser alcançada.

A função do processo em última análise é a de fazer justiça. E quando não a faz, a sociedade se manifesta, independentemente da sua definição. Neste diapasão o *processo justo* deve colimar a paz. Quando operado de forma processual técnica, alcança a composição da lide através de uma solução que satisfaça ao ideal de justiça da sociedade.

O contraditório como afirmado por alguns doutrinadores, é o cerne da moderna processualidade democrática. Por esta nova concepção do procedimento em contraditório, de *ares fazzalarianos*, o juiz exerce o poder que será legitimado pela participação das partes. Portanto, o contraditório assume novas feições no Estado constitucional.³⁸

³⁵ PINHO, op.cit, 2006.

³⁶ V Amendment of the United States Constitution: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

³⁷ “XIV Amendment of the United States Constitution: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

³⁸ “Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes seja considerando as dificuldades econômicas

A processualidade democrática moderna impõe a atuação de um juiz participativo, capaz de imprimir legitimidade ao processo, esculpindo uma figura diametralmente oposta à descrita por Montesquieu, como *a boca da lei*, sem qualquer *locus* de criação ou império, ocupando o lugar da falsa neutralidade e do distanciamento apático e parvo do Estado liberal.

O processo jurisdicional democrático impõe ao magistrado assegurar ao cidadão um *processo justo, pela observância das garantias fundamentais*, capaz de propiciar a correta averiguação dos fatos, a participação dos sujeitos parciais no contraditório real e efetivo, a boa e justa aplicação da realização do direito material e a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos.³⁹

Referências Bibliográficas

- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v.I Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Books, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. São Paulo: Bookseller, 3. Ed, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*,v. I, Salvador: Podivm, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GOLDSCHIMIDT, James. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Minelli, 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de abril de 2007.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 6. Ed, São Paulo: IOB Thompson, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. v.1, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LUCON, **Paulo Henrique dos Santos**. *Devido processo legal substancial*. Disponível na Internet:<www.revistadoutrina4.gov.br>. Acesso em 10 de janeiro de 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*.4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. v.1. 10. Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.
- SILVA, Ovídio Baptista da, Curso de Processo Civil, v. 1, 7ed, Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela Jurisdicional de Urgência*. 2. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, 4. Ed. Madrid: Trotta, 2002.

que obstaculizaram a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Para expressar a noção de participação em igualdade de condições, parte da doutrina, sobretudo italiana, fala em paridade de armas. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo não é um processo justo ou um processo democrático".MARINONI, op. cit., 2006, p. 410.

³⁹ MARINONI, op. cit., 2006, p. 414.