

UM ESTUDO SOBRE OS PRINCÍPIOS BASILARES DO PROCESSO

Carolina Rusciolelli¹

INTRODUÇÃO – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL; 1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL; 1.1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA; 1.2. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SENTIDO SUBSTANCIAL E EM SENTIDO FORMAL; 2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO; 2.1. O CONTRADITÓRIO SOB A PERSPECTIVA JUDICIAL: ATOS DE DIREÇÃO, DE PROVA E DE DIÁLOGO; 2.2. O CONTRADITÓRIO SOB A PERSPECTIVA DAS PARTES: O TRINÔMIO PEDIR-ALEGAR-PROVAR E O DIREITO À ISONOMIA; 2.3. CONTRADITÓRIO FORMAL E CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL; 2.3.1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO CIVIL; 3. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA; 4. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL; 4.1. TEMPESTIVIDADE x SEGURANÇA JURÍDICA; 4.2. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL; 5. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO – OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL

O direito processual é ramo do direito público, logo tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que estabelece alguns princípios processuais.

A doutrina moderna tem enfatizado a análise da ordem processual à luz da Constituição, apontando para o estudo dos institutos processuais no sistema

¹ Acadêmica do 5º Ano do Curso de Direito da Universidade Salvador (UNIFACS).

unitário do ordenamento, e não mais na esfera fechada do processo. A este método é dada a denominação de Direito processual constitucional.

Cappelletti, Denti, Vigoriti, Comolio, Augusto Mario Morello, Roberto Berizonce, Buzaid, José Frederico Marques, Kazuo Watanabe são apenas alguns doutrinadores que vêm se destacando na análise do denominado processo constitucional. Na mesma esteira seguem os pensamentos precursores de Goldschimit, Clamandrei, Couture e Liebman (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 79).

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 189) são incumbências do Direito processual constitucional: a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades. A primeira se realiza por meio dos princípios e garantias constitucionais, que são imperativos cuja observância garantirá a fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país. A segunda é composta pelos meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais e grupais, tais com o mandado de segurança individual e o coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação civil pública etc.

Assim, a Constituição cerca o sistema processual de princípios e garantias, e o sistema processual serve de atuação dos preceitos insculpidos constitucionalmente. Por terem eficácia imperativa, estes garantem a tutela constitucional do processo.

Segundo Fredie Didier Junior (2005, p. 25), a análise moderna do sistema processual à luz da Constituição teve grande impulso com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que foram incluídos dispositivos de natureza processual no rol de direitos e garantias constitucionais.

O supracitado doutrinador aponta o fato de que, mais recentemente, os processualistas começaram a analisar os institutos processuais também pela perspectiva de normas que prescrevem os direitos fundamentais, e não mais apenas à luz da Constituição. Assim, fala-se hodiernamente, em estudo do processo à luz dos direitos fundamentais (2005, p. 25).

Tomando-se os princípios constitucionais como garantidores de direitos fundamentais, são geradas algumas conseqüências:

a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, “na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais”. (DIDIER JUNIOR, 2005, p. 27).

Quanto aos princípios, faz-se necessário tecer algumas considerações.

No Estado constitucional democrático, qualquer segmento do direito deve ser compreendido sob o prisma dos princípios constitucionais.

Os princípios são fontes para qualquer ramo do direito, norteando tanto a sua formação quanto a sua aplicação. Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (1981, p. 230):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Citado por Humberto Ávila (2006), Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.

A importância dos princípios para a aplicação do direito está expressa no próprio ordenamento jurídico. O artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais do direito**” (2006, p. 189) (grifou-se).

Os princípios têm função preponderantemente hermenêutica. Ao aplicar uma determinada norma, o operador do direito deverá observar se ela está em consonância com os princípios constitucionais.²

Segundo Humberto Theodoro Júnior (2006, p. 43) inevitáveis são os confrontos entre os princípios. Daí a formulação de critérios aptos a administrar e solucionar a convivência entre os diversos valores axiológicos, nas crises oriundas de concorrências entre eles. É a partir das idéias de proporcionalidade e razoabilidade que se realiza a harmonização entre os princípios que entram em linha de colisão.

Continua o doutrinador, explicando que não se trata de desprezar um princípio e dar total supremacia ao outro, até porque eles gozam de igual hierarquia. O que o intérprete deve procurar é o equilíbrio entre eles, demarcando, diante das circunstâncias do caso, até que ponto deve ir a força de cada um dos princípios cotejados. Na maioria das situações, será possível aplicar, por parte ou etapas, ambos os princípios concorrentes, tornando mais aparente que real o conflito. Em outras, a natureza dos interesses a tutelar está, na realidade, sob o domínio específico de apenas um dos princípios, de maneira que o outro, que se pretendeu também aplicar deveria ser afastado de cogitação.

Alguns princípios são impostos expressamente pela Constituição, e devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, trabalhista; jurisdicional, legislativo ou administrativo), a saber:

o devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade e, ainda, o princípio do duplo grau de jurisdição (ao estruturar basicamente o Poder Judiciário e indicar a competência recursal dos tribunais). (DINAMARCO, 2004, p.197).

² Os princípios servem para garantir a higidez do sistema jurídico, determinando que normas de hierarquia inferior guardem respeito a outras postadas, em termos hierárquicos, em patamar superior. Os princípios orientam a criação do direito infraconstitucional, funcionando com base sobre a qual o ordenamento jurídico se assentará. (MONTENEGRO FILHO, 2006, p.50).

Estudar o processo à luz dos princípios constitucionais significa que o processo não é apenas um instrumento técnico, mas sobretudo ético. Significa também que sofre influência de fatores históricos, sociológicos e políticos (GRINOVER, 1975, p. 05-06).

Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 06) chega a afirmar que o Estado de direito só conseguirá firmar-se por meio dos instrumentos processual-constitucionais de tutela de direitos fundamentais do homem. E que, na expressão de Couture, trata-se de fazer com que o direito não fique à mercê do processo, nem que venha a sucumbir por ausência ou insuficiência do mesmo. Entende-se que não há liberdades públicas, senão quando se disponha de meios jurídicos que impeçam seu desrespeito; e esses meios se exercem primacialmente através da função jurisdicional.

É a luz dos preceitos aqui expostos que se fará uma análise dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da efetividade da tutela jurisdicional, que são considerados como a base do sistema jurídico-processual brasileiro, estando resguardados pela Constituição Federal de 1988.

1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Hodiernamente, o princípio do devido processo legal, de vital importância para o direito anglo-saxão, encontra-se normatizado na maioria das constituições dos países democráticos. A Constituição Federal Brasileira de 1988 o incorporou em seu artigo 5º, inc. LIV, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal” (2006, p. 45).

1.1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

A primeira menção ao princípio do devido processo legal foi feita na Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, referindo-se à *law of the land*. Nesta época, a disputa pelo poder político inglês era acirrada; a nobreza almejava retirá-lo da coroa inglesa, e para isso lutava pela constituição de um Parlamento³.

A rivalidade entre a nobreza e o trono atingiu o clímax no governo de João Sem Terra, que, não resistindo à pressão dos senhores feudais, outorgou-lhes a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), como garantia contra os abusos reais⁴, originando os princípios basilares da estruturação política e jurídica inglesa.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que “a Carta constitui um antecedente das modernas constituições, no que tange à forma escrita e à proteção de direitos individuais, ainda que de caráter imemorial e destinados apenas a determinados homens” (1967, p. 08).

O termo *due process of law*, em substituição ao *law of the land* foi utilizado no reinado de Eduardo III, no Estatuto de 1354, denominado *Statute of Westminster of the Liberties of London*, dispondo que: “ninguém poderá ser expulso das suas terras ou da sua morada, nem detido, preso, deserdado ou morto sem que lhe seja dada a possibilidade de se defender em um devido processo legal⁵ (tradução livre).

³ Ao tratar do princípio do devido processo legal, a maioria dos doutrinadores remonta sua origem à Magna Carta de João Sem Terra. Contudo, em um esboço histórico, a jurista Luciana Andrea Accorsi Berard (2006, p. 01) indica a existência do devido processo legal já entre os hebreus, com o princípio de que a justiça requer uma lei justa e compassiva.

A jurista afirma que a Justiça era tida como princípio sagrado, um comando universal. E que esta máxima tornou-se parte integrante do direito clássico e imposto pelo imperialismo romano ao mundo ocidental por mais de dois séculos sob dois princípios fundamentais: a) aqueles que compartilham do direito precisam compartilhar também da justiça; b) aqueles servidos pela lei precisam ser servidores da lei de modo que possam ser livres.

Relata ainda que para os romanos, estes conceitos associados à razoabilidade geravam equidade e imparcialidade. Esta combinação evoluiu sob a ênfase da imparcialidade e, tornou-se parte do *common law* inglês. Deste modo, a cultura romana escolheu a lei da razão como base primária para o conceito do devido processo legal que o sistema do *common law* inglês adotou e desenvolveu.

⁴ Segundo Antônio Roberto Sampaio Dória, a Carta Magna “assegurava ao baronato revoltoso a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria através da ‘Lei da terra’ (*per legem terrae ou law of the land*)” (1986, p.11).

⁵ *None shall be condemned without trial. Also that no Man, of what State or Condition that the be, shall be ut out of the Land of Tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, not put to death, without being brought to Answer by DUE PROCESS OF LAW.*

Mais tarde, a cláusula do *due process of law* foi consagrada no *The Petition of Right*, de 1627, tendo a participação dos estudos e idéia de Edward Coke, como também o *Habeas Corpus Act* de 1640 (GAMA, 2005, p. 48).

Contudo, em face da supremacia do Parlamento no direito inglês, o *due process of law* não vinculava o Poder Legislativo, mas somente o Poder Real. Somente lhe foi dada maior extensão nas colônias da América do Norte, em que eram vinculados todos os poderes do Estado⁶.

Lídia Elizabeth Penalzoza Jamarillo Gama (2005, p. 48) explica que, para os ingleses, o Parlamento era a instituição representativa do consenso na coletividade e era também o supremo depositário da soberania e da função garantidora dos direitos e liberdades civis. Daí a sua supremacia.

Em 1607, dissidentes protestantes ingleses, em fuga, chegaram às terras americanas da Virgínia e levaram com eles os fundamentos da *common law*, constando entre eles o princípio do devido processo legal (SILVEIRA, 1997, p.24).

Por conta da proeminência do princípio do devido processo legal, as colônias britânicas na América incorporaram-no aos seus sistemas jurídicos, inserindo-o em diversas declarações de direito e cartas coloniais. Sua utilização deu-se como instrumento de resistência do indivíduo contra o arbítrio dos governantes.

Os Estados Unidos ampliou o princípio do devido processo legal consagrando “a teoria do “exame judicial” (*judicial review*) da constitucionalidade das leis, que implicou na proeminência do Judiciário em declarar “o que é Direito” (*what the law is*)” (DERGINT, 1994, p. 251).

Algumas constituições estaduais como as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts, consagravam o *due process of law* antes mesmo da promulgação da Constituição Federal americana.

A Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de agosto de 1776, tratava do princípio do *due process of law* na Seção 8ª, dispondo “[...] que nenhum homem

⁶ Segundo Antônio Roberto Sampaio Dória “a Magna Carta era concebida por seus redatores como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento. Menos ainda visava proteger os direitos individuais do cidadão” (1986, p. 10).

seja privado de sua liberdade, exceto pela lei da terra ou julgado pelos seus pares”.⁷ (NERY JÚNIOR, 2006, p. 62).

Em 02 de setembro de 1776, a Declaração de Delaware ampliou e explicitou melhor a cláusula em sua Secção 12, dispondo que:

[...] que todo homem livre tenha justiça e direito de ter integralmente reparado todo dano sofrido em seus bens terras, propriedades, ou a si próprio/vida, por qualquer outra pessoa, sem qualquer negação (sem qualquer ônus ou diminuição), e sem demora, de acordo com a lei da terra⁸ (NERY JÚNIOR, 2006, p.62) (tradução livre).

Contudo, somente na Declaração dos Direitos de Maryland, de 03 de novembro de 1776, foi feita referência expressa ao trinômio vida-liberdade-propriedade, hoje insculpido na Constituição Federal norte-americana, dizendo o seguinte, em seu inciso XXI: “que nenhum homem livre deveria ser levado preso ou desapossado da sua livre propriedade e alodial dele, liberdades ou privilégios, ou proscrito, ou exilado, ou de qualquer maneira destituído, ou privado de sua lei da terra”⁹ (NERY JÚNIOR, 2006, p.62).

A Declaração dos Direitos da Carolina do Norte, de 14 de dezembro de 1776, também fez referência à vida-liberdade-propriedade como os valores fundamentais protegidos pela lei da terra e, posteriormente, as constituições das colônias de Vermont, de Massachusetts e de New Hampshire, quando transformadas em estados federados, adotaram o mesmo princípio do *due process of law* em seus territórios (NERY JÚNIOR, 2006, p.62).

A cláusula do *due process of law* passou ao direito federal com a V Emenda Constitucional:

[...] nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um

⁷ "that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgement of his peers".

⁸ "That every freeman for every injury done him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land".

⁹ "that no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his law of the land".

grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco a sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesmo, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação¹⁰ (GAMA, 2005, p.49).

Com essa cláusula ficou evidente que o direito à liberdade e à propriedade deveria obedecer ao devido processo legal. Em 1868, incorporou-se a Emenda número XIV à constituição americana, em que foi assegurada a igualdade legal. Assim dispunha:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis¹¹ (GAMA, 2005, p.50).

Ada Pellegrini Grinover explica que se fez necessária a inserção da emenda XIV à Constituição norte-americana porque o “*Bill Of Rights*” protegia as liberdades individuais apenas contra lesões de órgãos federais. E, mais tarde, sentiu-se a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra os abusos praticados pelo poder estadual (1975, p.10-11).

¹⁰ “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 case 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”.

¹¹ “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”.

Destarte, a Quinta Emenda protegia os indivíduos dos abusos do governo federal, e a Décima Quarta Emenda funcionava como garantia contra a ação arbitrária estadual que interferisse nos direitos individuais.

1.2. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SENTIDO SUBSTANCIAL E EM SENTIDO FORMAL.

O sentido da cláusula do devido processo legal sofreu alterações através da sua interpretação evolutiva. Inicialmente, significou garantia da legalidade, depois garantia de um processo segundo a *common law*, e, posteriormente, garantia de justiça. Assim, atualmente, a Emenda XIV representa um dos elementos fundamentais do sistema constitucional dos Estados Unidos.

Segundo Nelson Nery Júnior (2006, p.63):

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

Por conta da sua conotação ampla, com proteção à vida, à liberdade e à propriedade, a doutrina bipartiu a análise desta garantia constitucional em *substantive due process* e *procedural due process*, conforme assentado na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A teoria do *substantive due process* liga-se às primeiras experiências da *judicial review*, tendo sido utilizada pela Corte norte-americana para operar o controle judicial da constitucionalidade das leis entre os anos de 1890 a 1937.

O aspecto substancial da garantia do devido processo legal abarca a razoabilidade, a finalidade e a justiça da norma, possibilitando que o cidadão exija que o legislador não exerça os seus poderes arbitrariamente. Contudo, verifica-se

maior acuidade deste aspecto no controle da constitucionalidade das leis exercidas pelo Judiciário (CAMBI; CAMBI, 2006, p. 73).

O magistrado, antes de aplicar a lei, poderá sopesar a sua compatibilidade com o texto constitucional e, constatando privação arbitrária da vida, liberdade e propriedade, declarará a sua inconstitucionalidade, considerando-a nula e ineficaz.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2004, p.245), o devido processo legal substancial constitui um “vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*)”.

Entende-se que o devido processo legal substancial, na sua configuração moderna, está ligado à razoabilidade dos atos administrativos e judiciários, e não apenas à razoabilidade dos atos normativos como se percebe historicamente. (LUCON, 2006, p. 06)

José Joaquim Calmon de Passos enfatiza que o devido processo legal substancial “carece de significação, se o Estado não reconhece ao indivíduo direitos que a ele mesmo, Estado, sejam oponíveis, funcionando como limites ao seu arbítrio de detentor de instrumentos de coerção social” (1978, p. 38).

O devido processo legal em sentido formal (*procedural due process*) foi o que primeiro se desenvolveu no direito norte-americano, possibilitando que todo e qualquer cidadão tivesse direito a um processo antes de sofrer restrições em sua esfera jurídica.

Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi afirmam que o devido processo legal “trata-se de um princípio democrático que pretende possibilitar que os cidadãos participem das decisões, com a finalidade de se legitimar socialmente o exercício do poder estatal” (2006, p. 73). O cidadão tem o direito de ser ouvido antes de ser privado de seus direitos, por isso lhe é dada a oportunidade de apresentar suas razões a fim de se evitar atos arbitrários.

Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon (2006, p. 06), o devido processo legal processual e substancial representa “o núcleo central da integração do binômio direito e processo e procura dar o máximo de eficácia às normas constitucionais para a efetivação do controle dos atos de poder e da igualdade substancial das partes no processo”.

Por conta da amplitude da garantia do devido processo legal, pode-se entendê-la como cerne dos demais princípios constitucionais. Desdobrando-se nos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Oportuna a transcrição das palavras de Nelson Nery Júnior (2006, p. 60) acerca do princípio *sub analysis*: “O princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é o devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*”.

Prossegue o mencionado doutrinador, afirmando que:

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies. Assim é que a doutrina diz, por exemplo, serem manifestação do “devido processo legal” o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular. (2006, p.60).

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a garantia do devido processo legal “é a fonte mediata ou imediata dos princípios judiciais existentes dentro de um sistema jurídico como um todo”. (2003, p. 98).

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que o devido processo legal consiste no conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, como também são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Estas garantias configurariam a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição, e

não teriam função apenas de servir aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas (2003, p. 82).

Destarte, o devido processo legal pode ser tomado como o núcleo mínimo de garantias processuais que compreende o direito de ser comunicado sobre a existência de atos que venham a restringir a sua esfera jurídica, o direito de ter todas as oportunidades que se mostrarem razoáveis para expor e demonstrar as suas razões (direito à manifestação e à prova), o direito de ser julgado por um órgão pré-determinado em lei e que seja idôneo e imparcial.

O texto constitucional pátrio de 1988, como dito alhures, trouxe explicitamente o princípio do devido processo legal no seu art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (2006, p. 45).

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a Constituição pátria teve os seguintes objetivos ao adotar expressamente a cláusula do devido processo legal:

[...](i) pôr esses valores sob a guarda dos juízes, não podendo eles ser atingidos por atos não-jurisdicionais do Estado;[...] (ii) proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira (2004, p. 245).

Para o doutrinador supracitado, o devido processo legal:

[...] importa ainda reafirmação da garantia de igualdade entre as partes e necessidade de manter a imparcialidade do juiz, inclusive pela preservação do juiz natural. Ela tem também o significado de mandar que a igualdade em oportunidades processuais se projete na participação efetivamente franqueada aos litigantes e praticada pelo juiz (garantia do contraditório, art.5, inc.LV) [...]. Absorve igualmente a regra de que as decisões judiciais não motivadas ou insuficientemente imotivadas serão nulas e, portanto incapazes de prevalecer (a exigência de motivação: Const., art. 93, inc. IX [...]) e a de que, com as naturais ressalvas destinadas à preservação da ordem pública e da intimidade pessoal, os atos processuais deverão ser dotados de publicidade [...] (2004, p. 246).

Diante da amplitude do alcance do devido processo legal, percebe-se a dificuldade em conceituá-lo com precisão e estabelecer sua real extensão e aplicabilidade.

Susy Gomes Hoffman afirma que essa dificuldade também persiste pelo fato de este princípio trazer consigo os conteúdos dos princípios da justiça e da igualdade, que, por sua vez, são valores e, portanto, não há possibilidade de uma conceituação precisa (1999, p. 121).

Uma noção do devido processo legal tem sido apreendida por meio da interpretação constitucional realizada pela Suprema Corte Norte-Americana. Antônio Roberto Dória traz a conhecida manifestação do Juiz Frankfurter, da referida Corte, no voto proferido no caso *Anti-Facist Committee*, sobre as dificuldades de definir e traçar contornos à cláusula do devido processo legal:

[...] *due process* não pode ser aprisionada dentro dos traiçoeiros limites de uma fórmula [...] *due process* é um 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 (1986, p. 33).

Desta forma, o princípio consistiria algo que circunda os cidadãos, influenciando fatalmente em suas vidas, apesar não se saber precisamente do que se trata.

José Joaquim Calmon de Passos preceitua que “o devido processo legal impõe assegurar-se a todos acesso ao seu juiz natural, com o direito de ser ouvido em processo contraditório, institucionalizando-se os meios de controle da exatidão do resultado” (1978, p. 03).

Segundo Ada Pellegrini Grinover, para garantir um processo justo “é necessário que as partes se encontrem não apenas em condição de igualdade jurídica, mas também em igualdade técnica e econômica”. (1975, p. 14).

Para Cappelletti e Garth, as garantias concedidas aos litigantes, referentes ao contraditório e ampla defesa, a produção de provas, ao duplo grau de jurisdição, a igualdade das partes e ao juiz natural, são garantias que se inserem no conceito

do devido processo legal. Sendo encontradas em maior ou menor grau, nas Constituições da maioria dos países do mundo ocidental .(1973, p. 42).

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que a garantia do devido processo legal não se exaure na observância das formalidades legais para tramitação das causas em juízo. Compreenderia algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), e de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX) (2003, p. 23).

O aludido doutrinador assevera ainda que, modernamente, é feita uma assimilação da idéia de devido processo legal à de processo justo. E que, neste âmbito, o *due process of law* desempenha função de superprincípio, coordenando e balizando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento (2003, p. 23).

Lídia Elizabeth Penalosa Jaramillo Gama (2005, p. 21-23) define o devido processo legal como sinônimo de processo justo ou da inviolabilidade de defesa em juízo. E que deve ser tomado como o direito que a lei seja razoável, justa e contida nos limites da Constituição.

Na mesma linha, Cândido Rangel Dinamarco, citando Luigi Paolo Canoglio, afirma que a garantia do devido processo legal atribui ao processo um perfil justo e equo, um processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva: “O contexto de garantias tipificadas e atípicas contidas na fórmula do *due process of law* oferece aos litigantes um direito ao processo justo, com oportunidades reais e equilibradas” (2004, p. 247).

A normatização do princípio do devido processo legal pela Constituição Federal Brasileira de 1988 entre os direitos fundamentais constitui um controle jurisdicional adquirido através de um processo justo e abalizado em princípios democráticos e igualitários. Destarte, conclui-se que o cumprimento do devido processo reside na observância dos preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal de

1988, e será respeitado por meio do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e pelo oferecimento de decisões motivadas.

Cuida-se de expressão significativa do Estado de Direito e instrumentaliza-se na concretização dos direitos e garantias fundamentais. O Estado Democrático de Direito não pode prescindir do respeito à Constituição e aos princípios contidos nela (GAMA, 2005, p. 137).

A explicitação das garantias fundamentais decorrentes do devido processo legal, bem como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, da Constituição Federal, é um meio de ressaltar a importância dessas garantias, que deverão nortear a Administração Pública, o Legislativo e o Judiciário.

Assegurado constitucionalmente, o devido processo legal pressupõe o contraditório, a garantia da ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas ilícitas, dentre outras garantias.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do contraditório no art. 5º, inc. LV, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (2006, p. 45).

O princípio do contraditório é considerado por muitos doutrinadores o mais relevante entre os corolários do devido processo legal, e da mesma forma que este, é um princípio basilar do Direito Processual.

Nomes da mais moderna doutrina como Cândido Rangel Dinamarco (1990, p. 178) chegam a afirmar que não existe processo sem contraditório.

Por se tratar de princípio essencial do Direito Processual, deverá ser entendido tanto sob o enfoque político, quanto sob o jurídico.

Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 50) entende que o princípio em comento deverá ser analisado sob o enfoque político, já que o Direito deve ser visto como uma ciência que retrate a realidade e o mundo dos fatos, não se limitando à função interpretativa e normativa, pois o mundo real é eminentemente político. Além disso, afirma que o Direito Processual é ramo do Direito Público, logo examina atividades estatais que são conduzidas por finalidades políticas.

Sob o enfoque jurídico, define o contraditório como a “garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre os mesmos”. (CÂMARA, 2006, p. 50).

Segundo Nelson Nery Junior (2006, p. 160) o princípio do contraditório se constitui, fundamentalmente, em manifestação do princípio do Estado de direito, tendo ainda íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação. Isto porque, o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quis denotar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

Ada Pellegrini Grinover (1973, p. 90) acentua que o provimento do pedido do autor implica no reconhecimento da juridicidade da sua pretensão, o que, por conseqüência, interferirá na esfera jurídica do réu. Assim, a ação apresenta-se como o “pedido que uma pessoa faz ao órgão jurisdicional, de um provimento destinado a operar na esfera jurídica de outra pessoa”. A este fenômeno, dá-se o nome de bilateralidade da ação, à qual corresponde à bilateralidade do processo.

Continua a doutrinadora, explicando que, por ter sido chamado em juízo, o réu tem interesse em alcançar a rejeição do pedido, com a declaração da inexistência do direito afirmado pelo autor e da falta de fundamento de sua pretensão. Destarte, tem-se o fundamento lógico do contraditório “em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo se desenvolve como contradição recíproca”.

Entende-se por contraditório a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, como também a possibilidade de as mesmas reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis e o direito que os

contendores têm de serem ouvidos paritariamente no processo (NERY JÚNIOR, 2006, p. 172).

São legitimados para invocar o princípio do contraditório todos aqueles que tiverem alguma pretensão a ser deduzida no processo. Logo, as partes litigantes, quais sejam autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, como também os assistentes litisconsorcial e simples, além do Ministério Público (NERY JÚNIOR, 2006, p. 171).

Nelson Nery Júnior (2006, p. 339) entende que o magistrado tem o dever de assegurar aos litigantes o direito ao contraditório, tendo em vista que o art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil, determina-lhe “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco entende a garantia do contraditório como um direito das partes e uma série de deveres do juiz, tendo em vista que este deverá franquear os meios de participação dos litigantes no processo, permitindo-lhes participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo assim, ele próprio, o contraditório. (2004, p. 214-215).

2.1. O CONTRADITÓRIO SOB A PERSPECTIVA JUDICIAL: ATOS DE DIREÇÃO, DE PROVA E DE DIÁLOGO.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 214-215) enfatiza que o juiz tem deveres e poderes no processo, e não faculdades. E que a garantia do contraditório lhe impõe a participação no processo com atos de direção, de prova e de diálogo.

A direção do processo ocorrerá por meio do impulso do procedimento, assim encarregado ao magistrado expressamente pela lei.

O Código de Processo Civil (2006, p. 346) ao enunciar no artigo 262 que "o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial", deixa claro que iniciativa e impulso não se confundem. A iniciativa é absolutamente privativa das partes, mas cabe ao juiz endereçar ao destino final os

processos que tenham sido instaurados por iniciativa das partes (DINAMARCO, 2004, p. 222).

O princípio do impulso oficial objetiva que o juiz determine ou realize os atos necessários independente de requerimento das partes. Não se deve estagnar o processo por conta das omissões dos litigantes, o juiz deve encaminhá-lo segundo as regras do procedimento, para que seja cumprida a sua função jurisdicional.

A efetiva direção do processo, pelo impulso e saneamento, constitui fator de grande importância para a celeridade da tutela jurisdicional, evitando atividades inúteis e retrocessos indesejáveis (DINAMARCO, 2004, p. 222).

Outro dever do juiz é o de ter iniciativas probatórias em certos casos e em alguma medida. A visão tradicional de que o juiz perderia a imparcialidade se tomasse alguma iniciativa de prova vem sendo mitigada, e a experiência tem mostrado que o juiz moderno, suprimindo deficiências probatórias do processo, não desequilibra a relação processual, tornando-se parcial. (DINAMARCO, 2004, p. 223).

Para a efetiva isonomia processual enunciada no artigo 125, do Código de Processo Civil, impõe-se ao magistrado que diligencie o que a parte pobre não soube ou não pôde diligenciar.

O art. 399, do Código de Processo Civil (2006, p. 353) dá expressamente ao juiz esse poder-dever de suprir deficiências probatórias quando dispõe que:

O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:
I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes;
II – os processos administrativos nas causas em que forem interessado a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta. [...].

O artigo 33¹², do Código de Processo Civil (2006, p. 335), é outro exemplo de iniciativa probatória do juiz, ao determinar que o autor adiante os honorários do

¹² Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

perito quando o exame tiver sido determinado de ofício pelo juiz. O artigo 342¹³, do mesmo Código (2006, p.351), também exemplifica uma posição ativa do magistrado, ao estabelecer que o juiz intime as partes para serem interrogadas, a requerimento do adversário ou de ofício.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 224) explica que:

O dever de iniciativa probatória será maior quando a relação jurídico-material litigiosa for marcada pela indisponibilidade [...]. E será menos intenso esse poder-dever nos litígios sobre direitos disponíveis entre capazes, mas mesmo nessas hipóteses ele não se aniquila por completo, porque isso significaria reduzir o juiz a mero espectador sem consciência da função pública que exerce no processo.

A participação do juiz em contraditório ocorre também pelo diálogo. O juiz não deixa de ser equidistante entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando com sensatez em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as elucida sobre a repartição do ônus da prova ou quando as adverte da necessidade de provar melhor (DINAMARCO, 2004, p. 225).

Pode-se verificar tal aspecto na audiência preliminar prevista no artigo 331¹⁴, do Código de Processo Civil (2006, p. 350), na qual o juiz tenta a conciliação entre as partes e as alerta do ônus probatório a cargo de cada uma delas.

2.2. O CONTRADITÓRIO SOB A PERSPECTIVA DAS PARTES: O TRINÔMIO PEDIR-ALEGAR-PROVAR E O DIREITO À ISONOMIA.

¹³ Art.342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

¹⁴ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de trinta dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º [...].

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º [...].

A aplicação do contraditório em relação às partes do processo tem por mote inicial a essencial distinção entre atos de poder e atos da vontade, ou negócios jurídicos. Aqueles atingirão a esfera jurídica de pessoas distintas de quem os realiza, ao passo que estes se designam à auto-regulamentação de interesses e são realizados pelos seus próprios titulares. A vontade livremente manifestada dá origem e legitimidade à força vinculante dos negócios jurídicos (DINAMARCO, 2004, p. 215).

É fundamental que sejam oferecidos meios de participação dos litigantes no processo por conta de conhecerem melhor os fatos a serem alegados e os meios de prova disponíveis em cada caso.

O juiz atua por provocação de parte, conforme os artigos 2º¹⁵ e 262¹⁶, do Código de Processo Civil. Caracteriza-se por ser um “institucionalizado ignorante dos fatos que interessarão para o julgamento, sendo-lhe vedado decidir segundo o conhecimento que eventualmente tenha deles, fora dos autos”.¹⁷ (DINAMARCO, 2004, p. 216).

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 216) explica que as partes conhecem os fatos, porque os vivenciaram na maior parte dos casos. Por isso, sabem quais pessoas poderão ser testemunhas, conhecem realidades captáveis por meio de perícias, têm documentos ou sabem onde estão: “Daí seu interesse em participar e a legitimidade da exigência constitucional de que se lhes dê oportunidade para isso”.

A doutrina já entendeu o processo como um jogo (Calamandrei), sendo freqüente “apontá-lo como a dinâmica do entrechoque entre uma tese sustentada pelo autor e uma antítese trazida pelo réu, ambas à espera da síntese que virá do juiz” (DINAMARCO, 2004, p. 216).

¹⁵ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado requerer, nos casos e forma legais. (CPC, 2006, p.333).

¹⁶ Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. (CPC, 2006, p.346).

¹⁷ Regra extraída do artigo 131 do Código de Processo Civil que dispõe:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (2006, p. 339).

Por conta da exigência constitucional de que se garanta o contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei deve conter momentos para que as partes peçam, aleguem e provem. Essa é a dinâmica do pedir-alegar-provar, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes. Destarte, “o contraditório se exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, quer eles venham da parte contrária ou do juiz: reage-se à demanda inicial contestando e à sentença adversa, recorrendo” (DINAMARCO, 2004, p. 217).

Ada Pellegrini Grinover (1975; p.94) afirma que o contraditório nada mais é que a aplicação do princípio da isonomia. Contudo, Cândido Rangel Dinamarco diverge deste entendimento, explicando que os dois princípios não se confundem.

O contraditório não é aspecto da isonomia nem constitui projeção desta. O que os relaciona intimamente é essa convergência funcional, somada ao fato de que ambos são importantíssimas premissas democráticas e, portanto, manifestações do zelo do Estado contemporâneo pelas liberdades públicas. Isonomia e contraditório caminham politicamente juntos, embora cada qual tenha sua própria individualidade conceitual independente. Contraditório equilibrado é contraditório com igualdade. (DINAMARCO, 2004, p. 210).

Segundo Alexandre Freitas Câmara (2006, p.53) para que o processo seja justo, exige-se não apenas o contraditório, mas também a isonomia, e, combinando-os harmonicamente, estará sendo assegurada a garantia do devido processo legal. As partes devem ter além da oportunidade de participação no processo, identidade de oportunidades. Assim, haverá o contraditório efetivo e equilibrado, sendo concretizada a igualdade substancial entre as partes.

2.3. CONTRADITÓRIO FORMAL E CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL.

Para que as oportunidades de participar sejam efetivas, faz-se necessário o conhecimento da parte acerca do ato a ser atacado, razão pela qual o sistema prevê atividades de comunicação processual, que se destinam a oferecer às

partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo, incluindo-se aí a citação, as intimações e as notificações¹⁸.

No processo civil, o contraditório implementa-se por meio da citação, indicada pela maioria da doutrina como a “alma do processo”. É por meio dela que se dá conhecimento ao réu de que foi ajuizada uma pretensão contra ele. Ou seja, “é o ato com que o demandado fica ciente da demanda proposta, em todos os seus termos, tornando-se parte do processo a partir de então” (DINAMARCO, 2004, p. 217). A citação está conceituada no artigo 213, do Código de Processo Civil (2006, p.343) como “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender”.

Há algum tempo, a doutrina vem identificando o contraditório no binômio informação + reação, ressaltando que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de nulidade do processo, a segunda mostra-se somente como uma possibilidade dada à parte e não um seu dever. Desta maneira, não se faz necessário que o réu responda ao pedido do autor, ou que se manifeste de qualquer outra maneira para que seja atendido o contraditório. Basta dar-lhe oportunidade de manifestar-se.

¹⁸ Doutrinariamente diferencia-se intimação de notificação. Diz-se intimação a comunicação de ato processual já efetuado; enquanto que a notificação serve para comunicar ato ainda a ser realizado. Destarte, intima-se de algo já produzido e se notifica para ato a ser cumprido.

Frederico Marques (1998, p.208) explica que:

[...] notificação projeta-se no futuro, visto que leva ao conhecimento do sujeito processual, ou de outra pessoa que intervenha no processo, pronunciamento jurisdicional que determine um *facere* ou um *non facere*. A intimação, ao revés, se relaciona com atos pretéritos.

Tourinho Filho (1998, p. 213) também diferencia:

A intimação é, pois, a ciência que se dá a alguém de um ato já praticado, já consumado, seja um despacho, seja uma sentença, ou, como diz Pontes de Miranda, é a comunicação de ato praticado. Assim, intima-se o réu de uma sentença (note-se que o réu está sendo cientificado de um ato já consumado, já praticado, isto é, a sentença).

A notificação, por outro lado, é a cientificação que se faz a alguém (réu, partes, testemunhas, peritos etc) de um despacho ou decisão que ordena fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sob certa cominação. Assim, a testemunha é notificada, porque se lhe dá ciência de um pronunciamento do Juiz, a fim de comparecer à sede do juízo em dia e hora designados, sob as cominações legais. Se não comparecer, estará ela sujeita àquelas sanções a que se referem os arts. 218 e 219 do CPP.

Nesse sentido, pode-se citar Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 126), que entende que o contraditório pode ser visto como um binômio: informação + possibilidade de manifestação.

A possibilidade de manifestação varia de acordo com a maior ou menor disponibilidade do direito material controvertido. Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 51) explica que, em um processo civil em que se discuta questão patrimonial, se o réu é citado e não apresenta sua defesa, a revelia terá como efeito a presunção de veracidade das alegações do demandante. Contudo, sendo o direito material indisponível, *exempli gratia* uma ação de investigação de paternidade, a revelia do demandando não dá ensejo à presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Assim, o contraditório se concentra na expressão *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte)¹⁹. O importante é que se dê ao processo uma estrutura dialética. Se o autor propôs a sua ação, tem o réu o direito de contestar. Se foram arroladas testemunhas por uma das partes, a outra tem o direito de contraditá-las, interrogá-las e também arrolar as suas. Se o autor arrazoou, deve ser dada igual possibilidade ao réu (TESHEINER, 1993, p. 44).

A Constituição Federal de 1969²⁰, revogada pela de 1988, previa a garantia do contraditório somente para o processo penal (art. 153, § 16, CF de 1969)²¹, e a Constituição atual a estendeu aos processos civil e administrativo.

Por conta da extensão da sua aplicação aos processos civil, penal e administrativo, o contraditório deverá ser observado em conformidade com as peculiaridades do processo no qual esteja sendo aplicado.

¹⁹ Há uma aparente exceção ao princípio do contraditório, que é concessão de medidas *inaudita altera pars*, seja por meio de cautelares, seja por liminares em geral. Contudo, esta questão não fere a bilateralidade no processo, pois se trata de medida provisória e visa somente a proteção da parte autora quando a demora na efetivação da medida puder resultar na ineficácia da prestação jurisdicional, tendo em vista que o direito ou a coisa estariam sob risco de perder-se. Ressalte-se, que nestes casos, não se exclui o contraditório, ele é apenas postergado (GRINOVER, 1987, p. 188).

²⁰ Costuma-se falar em Constituição Federal de 1969, contudo, em 1969, entrou em vigência a Emenda Constitucional de n.º 1, que passou a vigorar em lugar da Constituição Federal de 1967. (CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1971, p. 13).

²¹ Art. 13, § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e a pena, salvo quando agravar a situação do réu (CAMPANHOLE; CAMPANHOLE, 1971, p. 61).

Quando aplicado ao processo penal, deverá significar contraditório efetivo, real e substancial. Daí exigir-se a defesa técnica substancial do réu, ainda que revel, conforme o art. 261, do Código de Processo Penal, que dispõe que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor” (2006, p. 509). O art. 497, inc. V, também do Código de Processo Penal, determina que seja dado defensor ao réu quando o juiz o considerar indefeso.

Assim, quando houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deverá ser anulado e nomeado outro defensor, em nome do princípio do contraditório e da ampla defesa (NERY JÚNIOR, 2006, p. 173).

Esse é o entendimento jurisprudencial dominante no Supremo Tribunal Federal, firmado na Súmula 523: “No processo penal, falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (BRASIL, p. 01).

Diante das considerações expostas, percebe-se que a defesa no processo penal é obrigatória, até mesmo porque o que está em risco nesse procedimento é a liberdade do réu.

A incidência do contraditório no procedimento administrativo ocorrerá por meio da possibilidade que os acusados, por exemplo, em procedimentos disciplinares contra juízes e membros do Ministério Público, terão de serem ouvidos, produzindo provas e manifestações (NERY JUNIOR, 2006, p. 175). O contraditório deverá ser observado ainda no processo administrativo²² para apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente.

Ainda quanto a observância do contraditório em processo administrativo, colha-se jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, proferido pelo relator desembargador federal ANDRÉ NEKATSCHALOW da 5ª turma:

²² Segundo Nelson Nery Junior (2006, p.175) no sistema brasileiro, o processo destinado à imposição de medida sócio-educativa se constitui em processo administrativo, pois o ato infracional é conceituado como conduta praticada por adolescente, que é descrito como crime ou contravenção penal pela legislação penal.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa não são restritos ao processo jurisdicional. Também os processos administrativos devem respeitá-los, inclusive para o efeito de legitimar, em razão da participação do interessado, o provimento final que venha eventualmente a atingir universo jurídico deste. (BRASIL, 2001, p.867).

2.3.1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO CIVIL.

Como já foi explicado no decorrer do texto, para que o contraditório seja observado no processo civil, basta que seja dada a oportunidade real e efetiva aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por meio do contraditório recíproco, do tratamento paritário e da liberdade de discussão da causa (NERY JÚNIOR, 2006, 174).

Discute-se a existência do contraditório no processo de execução. A doutrina clássica, a exemplo de Enrico Tullio Liebman, negava a existência do contraditório no processo de execução (NERY JUNIOR, 2006, p. 179). Já a doutrina mais moderna entende que o contraditório está presente em tal espécie de processo.

Explica Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 218-219) que:

No processo de execução, que não comporta discussões nem julgamento sobre a existência do crédito - mas comporta-os com referência a outras questões - o contraditório que se estabelece endereça-se somente aos julgamentos que nesse processo podem ter lugar. Não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento sem contraditório. Por isso, também no processo executivo está presente o trinômio pedir-alegar-provar.

Na mesma esteira Alexandre Freitas Câmara (2006, p. 52) acentua que os atos executivos são preparados com a participação das partes, logo o contraditório está presente no processo de execução, mesmo que seja de forma limitada.

Nelson Nery Junior (2006, p. 180) explica que o devedor poderá se manifestar contra o devedor de várias maneiras, seja por ação ou por defesa. Quando, por exemplo, volta-se contra o credor por ação autônoma de nulidade de título, estará

agindo por ação, ou, ainda, por ação incidental no curso do processo de execução (embargos do devedor). Age por defesa, por exemplo, opondo objeção e exceção de executividade.

São exemplos de manifestação do contraditório na execução o direito de nomeação de bens à penhora conferido ao devedor pelo artigo 652, do Código de Processo Civil (2006, p. 370), a interposição de recursos e outros atos conferidos pela lei ao executado.

3. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

A Constituição Federal de 1988 previu o princípio do contraditório e da ampla defesa em um único dispositivo, aplicável aos litigantes e aos acusados em geral, em qualquer processo, judicial ou administrativo.

A ampla defesa traduz a liberdade inerente ao indivíduo de alegar fatos e propor provas em defesa de seus interesses. Trata-se de uma garantia inerente ao Estado de Direito, pois o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que tem a pretensão de ser democrático.

São desdobramentos da ampla defesa: o direito à prova, a adequada motivação das decisões, a possibilidade de Interposição de recursos, direito das partes à assistência judiciária, inclusive gratuita.

Percebe-se claramente a relação entre ampla defesa e contraditório, até mesmo porque, como dito anteriormente, o texto constitucional às agrupou em um só dispositivo. Pode-se afirmar que sua concepção possui fundamento legal no contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Conforme Alexandre de Moraes (2003, p. 124):

[...] o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Está também ligada ao princípio do devido processo legal, pois o direito de defender-se deverá ser exercido por meios legalmente assegurados.

Destarte, a ampla defesa consiste na garantia que assegura ao réu meios para trazer ao processo todos os elementos que possibilitem esclarecimentos acerca da verdade, como também possibilita que ele se omita ou se mantenha calado.

Para todo ato processual, o litigante no processo deve ser comunicado (contraditório), tendo a possibilidade de reagir dentro de um prazo razoável a lhe ser conferido. Em sua defesa, deve lhe ser oportunizado todos os instrumentos capazes e lícitos de influenciar na formação do convencimento do julgador; por isso falar-se em “ampla” defesa.

Os litigantes devem ter à sua disposição todos os instrumentos processuais adequados para demonstrar a consistência de suas alegações. Têm o direito de serem ouvidos, de apresentar suas razões e de contra-argumentar as alegações da parte adversa, a fim de elidir a pretensão deduzida em juízo pela parte adversa.

O raio de aplicação do princípio da ampla defesa não se limita exclusivamente a beneficiar o réu, estende-se também a outros sujeitos da relação processual. Protegendo tanto o réu como o autor, além de terceiros juridicamente interessados. Assim, estará garantida a ampla defesa quando todas as pessoas envolvidas no litígio puderem exercer os direitos que a legislação lhes assegura.

A ampla defesa quando analisada sob o prisma subjetivo, apresenta dois aspectos distintos: a autodefesa²³ e a defesa técnica.

A autodefesa ocorre quando é permitido que o próprio sujeito realize pessoalmente atos necessários à sua defesa. Abrange o direito de presença, quando há a possibilidade de assistir pessoalmente os atos processuais e defender-se desses atos, podendo até mesmo produzir provas em sentido contrário. Explicita-se, por exemplo, no direito de audiência, que se caracteriza

²³ A autodefesa em comento não se refere à autotutela, que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, via de regra.

pela faculdade de pronunciar-se oralmente ou dar explicações (CAMBI; CAMBI, 2006, p. 77).

A defesa técnica é realizada pelo representante legal do interessado: o advogado. Parece ser a forma mais adequada de defesa, pois a presença do advogado evita que o sujeito aja por impulso, o que poderia interferir no seu verdadeiro objetivo. A presença do advogado torna o contraditório mais equilibrado e efetivo.

No processo penal, entendem-se indispensáveis tanto a defesa técnica, quanto a autodefesa. Contudo, enquanto a defesa técnica é indispensável, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio, com supedâneo no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal²⁴ (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 56).

4. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

É fácil percebê-lo dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, pois o Estado, após proibir a autotutela, assumiu o monopólio da jurisdição. Como contrapartida dessa proibição, conferiu aos particulares o direito de ação, até bem pouco tempo compreendido como direito à solução do mérito (MARINONI, 2003, p. 05)

Teori Albino Zavascki (2005, p. 64) assevera que a Constituição Federal assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais, enfeixados no princípio do 'devido processo legal'. Do conjunto dos referidos direitos, destacam-se o direito à efetividade da jurisdição e o direito à segurança jurídica. Sob a denominação de direito à efetividade da jurisdição designa o conjunto de direitos e garantias que a

²⁴ Constituição Federal de 1988 (2006, p.45), art. 5º, inc. LXIII: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória. Um provimento inefetivo não concede a medida necessária, o que significa, em última análise, denegação da tutela pleiteada.

Na mesma esteira, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 37) explica que:

Em todos os povos, mas notadamente no Estado-de-direito, é natural que o exercício da jurisdição se submeta a um complexo conjunto de regras jurídicas destinadas ao mesmo tempo a assegurar a efetividade dos resultados (tutela jurisdicional), a permitir a participação dos interessados pelos meios mais racionais e a definir e delimitar a atuação dos juízes, impondo-lhes deveres e impedindo-lhes a prática de excessos e abusos. Essas regras, postas pelo estado de modo imperativo, são regras de direito e vinculam todos os sujeitos do processo. Elas integram o direito processual, como ramo do ordenamento jurídico nacional. Observá-las é dar efetividade a um valor muito exaltado no Estado democrático moderno, que é o devido processo legal – sistema constitucional e legal de disciplina e limitações ao exercício do poder.

A efetividade do processo civil é um dos temas mais discutidos na doutrina nos últimos anos. Há uma tendência processual civil contemporânea em enxergar o processo sob uma nova ótica, tecendo indagações acerca de um processo que possa genuinamente realizar sua finalidade e produzir efeitos a que se disponha.

Como observa José Carlos Barbosa Moreira (1983, p. 199):

[...] toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil.

O Direito não pode ficar alheio ao ritmo acelerado das relações sociais modernas, nem à velocidade da comunicação e ao encurtamento das distâncias. O direito e o processo devem ser aptos à realidade, de sorte que as normas jurídicas que regem as relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a este ritmo de vida, criando mecanismos de segurança e de proteção que reajam com agilidade às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada, ajustada ao mesmo compasso. (WATANABE, 2000, p. 143).

Para Luís Roberto Barroso (2003, p. 84):

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

A preocupação com a efetividade do processo, também pode ser verificada na legislação alienígena. São exemplos de Constituições que a asseguram: a Portuguesa²⁵, a Espanhola²⁶, a Francesa²⁷ e a dos Estados Unidos da América²⁸.

Para que o processo seja qualificado como efetivo, deverá satisfazer requisitos básicos, desempenhando com eficiência o seu papel na economia do sistema jurídico.

José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 27) aponta cinco requisitos essenciais para a efetividade do processo, quais sejam:

- 1) O processo deve ser munido de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos contemplados no ordenamento jurídico;

²⁵ O artigo 20, n. 1, da Constituição da República Portuguesa dispõe que "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos".(PORTUGUESA,1976).

²⁶ O artigo 24, n.1, da Constituição Espanhola dispõe que "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". (ESPAÑHOLA, 1978).

²⁷ Na França o acesso à justiça é considerado direito fundamental dos cidadãos. (FRANCESA,1958).

²⁸ O acesso ao Judiciário está contido no art. 3º, da Constituição Federal, e na Emenda XI.

- 2) Os instrumentos devem ser praticamente utilizáveis;
- 3) Com a finalidade de assegurar o convencimento do julgador, devem ser garantidas condições propícias à exata e completa reconstrução dos fatos;
- 4) O resultado do processo deverá assegurar à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- 5) Deve-se atingir o resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e de energia.

Assim, a tutela jurisdicional se revela efetiva ou eficaz, quanto menor for a diferença entre o resultado que ela proporciona à parte vitoriosa e o tempo que é gasto para se atingir tal fim.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2003, p. 05), o direito à tutela jurisdicional efetiva exige técnica processual adequada (norma processual), instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação (p. ex., ações coletivas) e a própria resposta jurisdicional.

Contudo, deve-se ter em mente que processo não deve seguir a qualquer custo para a obtenção do resultado, sumarizando-se. Ele deve obedecer a várias garantias, e, geralmente, a dilação temporal é o único meio para a devida cognição do feito, o que implicará em uma prestação jurisdicional melhor qualificada.

A tarefa de compatibilizar a tempestividade com a segurança jurídica não é simples, devendo ser observada em consonância com os demais princípios que norteiam o Direito.

4.1. TEMPESTIVIDADE x SEGURANÇA JURÍDICA.

Da adequação entre os princípios que regem o processo, surge um problema: compatibilizar rapidez processual e segurança jurídica.

Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 92) atenta para este problema, quando explica que é finalidade do processo dar segurança e efetividade. Porém, hodiernamente, tais postulados constitucionais do processo nem sempre andam juntos.

A segurança jurídica é resguardada pela Constituição Federal por meio da proteção à coisa julgada, como também pela garantia do contraditório e da ampla defesa, entre outros valores.

De outro lado, a Constituição Federal, no art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII, já transcritos, também garantiu a efetividade.

Daí surge o problema, pois a segurança requer uma dilação temporal, ao passo que a efetividade pressupõe uma sua abreviação. É evidente que, no caso concreto, um princípio deverá ser sopesado em relação ao outro, com a utilização da proporcionalidade, buscando uma solução que melhor atenda ao postulado objetivado pelo interesse público, no sentido de fazer justiça, sem sacrificar o princípio que foi preterido (RODRIGUES, 2003, p. 93).

Há algum tempo, a preocupação única era com a segurança jurídica, tendo em vista que o problema do tempo no processo ainda não comprometia a sua efetividade. Com o surgimento de tal preocupação, o legislador começou a criar técnicas processuais voltadas para a efetividade do processo. As recentes reformas processuais têm homenageado tal aspecto, como se verifica com a criação da inversão do ônus da prova; da possibilidade de o magistrado agir de ofício na execução de obrigações específicas; dos meios alternativos de solução de conflitos (RODRIGUES, 2003, p. 95).

4.2. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

A Constituição Federal consagrou expressamente o Princípio da Celeridade, tão reclamado pela comunidade jurídica e pela doutrina nacionais, passando a constar no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A Emenda Constitucional n.º 45, promulgada em 2004, teve como uma de suas finalidades combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional, razão pela qual inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República, dispondo que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O resultado esperado no processo às vezes é tão demorado que perde a sua finalidade, ou mostra-se imprestável à realidade fática que se apresenta na sociedade. A busca por uma prestação jurisdicional célere e eficaz é um ideal buscado na tentativa de readquirir o prestígio da Justiça.

Uma decisão judicial muitas vezes é ineficaz, por mais justa e correta que possa se apresentar, quando a prestação jurisdicional é entregue ao jurisdicionado em momento que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. É evidente que, se a prestação jurisdicional não é entregue contemporaneamente aos anseios do usuário do Judiciário, o próprio direito pode perecer, uma vez que o seu reconhecimento intempestivo, na maioria das vezes não interessa ao seu titular por não estar apto a produzir os efeitos desejados e necessários (PALHARINI JÚNIOR, 2005, p. 768).

O processo serve como instrumento de pacificação social, devendo ser capaz de produzir resultados efetivos na vida das pessoas, como também deve ser realizado tempestivamente e mediante soluções justas. É finalidade precípua do Estado Democrático de Direito assegurar a tutela jurisdicional de forma célere e eficaz.

Antes da inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal, grande parte da doutrina já defendia a garantia constitucional da tutela tempestiva em decorrência de outro princípio constitucional, o da inafastabilidade do Poder Judiciário, que vem consagrado no art. 5º, XXXV, da Carta de 1988.

Destarte, o princípio insculpido no inciso LXXVIII já vinha sendo interpretado como garantia ao jurisdicionado de acesso efetivo, adequado e tempestivo ao Poder Judiciário.

Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 218) aduz:

Uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão-somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm o direito a uma mera resposta do juiz. O direito a uma mera resposta do juiz não é suficiente para garantir os demais direitos e, portanto, não pode ser pensando como uma garantia fundamental de justiça.

Ainda nessa linha doutrinária, José Rogério Cruz e Tucci (1999, p. 237) entende que chega a ser curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, não demonstre apenas que todos têm a possibilidade de ir a juízo, mas também que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.

Fredie Didier Junior (2002, p. 28) explica que o conteúdo da garantia de acesso à justiça era entendido apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Contudo, a mera afirmação destes direitos não garante a sua efetiva concretização, fazendo-se necessário ir além. Assim, surge a noção de tutela jurisdicional qualificada: “Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada”.

O direito a um processo com duração razoável é conseqüência direta do devido processo legal, expresso no artigo 5.º, inciso LIV, da Constituição Federal, como explica José Rogério Cruz e Tucci (1999, p. 259-260), em texto anterior à Emenda Constitucional n.º 45, de 2004:

Desdobram-se estas [garantias do devido processo legal] na garantias: a) do acesso à justiça; b) do juiz natural ou pré-constituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e

da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

Conclui-se, portanto, que, também em nosso país, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art.5º, §1, CF).

Além de corolário do devido processo legal, grande parte da comunidade jurídica²⁹ já ressaltava que o direito à celeridade processual já era norma de observância obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro por força do artigo 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, sendo vigente desde 1992. Assim dispõe:

Artigo 8º Garantias Judiciais.

1. Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com antecedência pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter.

Constata-se que o direito à razoável duração do processo já existia anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004. O dispositivo constitucional, inserto pela Emenda, evidenciou o direito já existente, dando-lhe comando próprio e autônomo (BASTOS, 2006, p.46).

Algumas normas infraconstitucionais, como a Lei n.º 9.099/95, que prevê a criação dos Juizados Especiais, como também a Lei n.º 10.259/01, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais, já consagravam a celeridade processual.

O princípio da celeridade explicita que não basta garantir ao jurisdicionado o acesso ao Poder Judiciário e os meios adequados para a sua defesa, faz-se necessário conferir a tutela pleiteada dentro de um prazo razoável, sob pena de se tornar inútil.

²⁹ Nesse sentido: Antonio Adonias Aguiar Bastos (2006, p. 36); Angela Carboni Martinhoni Cintra (2005, p. 60); Sidney Palharini Júnior (2005, p. 782).

Para que o direito fundamental à razoável duração do processo se concretize, faz-se necessário que a sociedade disponha de “meios hábeis para prover soluções tempestivas aos conflitos, seja através do aparato judiciário, ou de meios alternativos a ele”. (BASTOS, 2006, p. 32).

Contudo, como enfatiza Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 141), deve haver equilíbrio entre duas exigências antagônicas. De um lado, a celeridade processual, que tem por objetivo a solução do conflito em razoável tempo, daí a razão de existirem a preclusão e a coisa julgada, por exemplo; e de outro, a qualidade dos julgamentos, trazendo segurança jurídica às partes e justiça social.

Outro fato importante que não se pode furtar de comentários, é que a causa maior da demora na prestação jurisdicional não está no âmbito das normas jurídicas, mas na má qualidade dos serviços forenses. Nenhum processo duraria tanto como ocorre na justiça brasileira se os atos e prazos previstos nas leis processuais fossem cumpridos fielmente. A demora da prestação jurisdicional decorre justamente do descumprimento do procedimento legal. São os atos praticados sem necessidade e as etapas inócuas que provocam a perenização da vida dos processos nos órgãos judiciários. Assim, não adianta somente criar novas leis, nem reformar as já existentes, pois é pela inobservância delas e pela deficiência de uma concreta política judiciária que ocorre o retardamento dos feitos. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 52).

Destarte, nem todas as mazelas que afetam a celeridade do andamento processual estão ligadas a eventual ineficiência dos procedimentos legais, mas, sim, à própria estrutura precária do sistema judiciário, destacando-se os problemas estruturais do Poder Judiciário: o número reduzido de juízes e de servidores, além da falta de investimentos em sistemas de informatização.

Ainda sobre a morosidade da prestação jurisdicional, José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 99) indica três fatores que estariam relacionados ao tempo e ao processo: a) fatores institucionais; b) fatores de ordem técnica e subjetiva; e c) fatores derivados da insuficiência material.

Fernando da Fonseca Gajardoni (2003, p.59) traz ainda o fator cultural. Segundo o jurista, os operadores do direito teriam excelente aptidão para as lides forenses, contudo estariam despreparados para exercer uma advocacia preventiva e fazer uso de práticas conciliatórias, que desafogariam o Poder Judiciário, conferindo assim maior celeridade aos processos em andamento.

5. CONCLUSÃO

Como se viu do estudo acima realizado, a dilação temporal é necessária à prestação jurisdicional, pois as formalidades processuais deverão ser observadas, em razão do devido processo legal, que constitui princípio basilar do direito. Conseqüentemente, deverão ser observadas as garantias a ele inerentes, quais sejam o contraditório e a ampla defesa.

José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 88) aduz que:

A garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidade e exigências em leis previstas.

Ocorre que, numa moderna concepção, o devido processo legal também abrange as garantias da efetividade e da celeridade processual, exigindo mecanismos de redução da duração do processo.

É neste contexto que se dá a difícil tarefa do legislador infraconstitucional, que deverá equilibrar as garantias constitucionais, assegurando aos litigantes os meios de participarem do andamento do feito (que por essência demandam uma dilação temporal); ao mesmo tempo em que deve proteger as garantias de uma prestação jurisdicional célere e eficaz.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação do princípios jurídicos**. 5. ed. São Pulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In: **Revista de processo**. Jul./set. São Paulo. 1983.

_____. **Tendências contemporâneas do direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Temas de Direito Processual**. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmistificação. In: **Reforma do Judiciário**. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, **Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 de julho de 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AMS n. 49932**. 5ª Turma, relator Desembargador Federal André Nekatschalow, DJ 21.8.2006, p.867. Disponível em: <www.trt3.gov.br>. Acesso em: 30 de agosto de 2006.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. v. I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Disciplina e o princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, ano 31, número 131, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. **Todas as constituições do Brasil**. Compilação dos textos, notas, revisão e índices. São Paulo: Atlas S.A., 1971.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CINTRA, Ângela Carboni Martinhoni. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (1978), LA. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (1976), A. Disponível em: <www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/crp.html>. Acesso em: 20 de julho de 2006.

CONSTITUTION DE 1958, França. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>. Acesso em: 20 de julho de 2006.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <www.pge.sp.gov/centrodeestudos/bibliotecavitual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 de julho de 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto material do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. In: **Revista de Processo**. Ano 27.n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e o “due process of law”**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GAMA, Lídia Elizabeth Penaloza Jamarillo. **O devido processo legal**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo, Bushatsky, 1975.

_____. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: LTr, 1973.

HOFFMAN, Susy Gomes. **Teoria da prova no Direito Tributário**. Campinas: Copola, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 21 de julho 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II Campinas: Bookseller, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1981.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** – Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman; v. 21. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Celeridade processual – garantia constitucional pré-existente à EC n. 45 – alcance da “nova” norma (art.5º, LXXXVIII, da CF). **Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição.** v. 277. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1975.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil.** v. I. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo.** São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de direito processual civil.** v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil.** v. 7, n.41. Porto Alegre : Síntese, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** São Paulo: Saraiva, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil.** 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.