

As Garantias Constitucionais da Ação

Hermes Zanetti Junior

Sumário

Hermes Zaneti Júnior

Introdução	1
1. O Acesso à Justiça	4
1.1. Enfoques do acesso à Justiça	5
2. O Devido Processo Legal como Postulado Fundamental do Processo Civil	8
2.1. Histórico	9
2.2. O devido processo procedimental	10
2.2.1. O devido processo legal procedimental na perspectiva instrumental	10
2.2.2. O devido processo legal perspectiva intrínseca	10
2.2.3. Pautas básicas para o alcance do devido processo legal	10
2.3. O devido processo legal substantivo	11
3. O Princípio do Contraditório	12
3.1. A igualdade de partes	13
3.2. O contraditório	14
3.2.1. O ativismo judicial e o contraditório	14
3.2.2. A divisão eqüitativa dos poderes, faculdades e deveres em contraditório	14
4. A Garantia da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação da Sentença (e das decisões no processo)	16
5. A Garantia do Juiz Natural; Conclusões	17
Conclusão	18
Bibliografia	19

Introdução

Hermes Zaneti Júnior

Os princípios constitucionais regem e orientam o sistema jurídico vigente e, assim, têm um papel preponderantemente crítico nesse sistema jurídico, ou seja, os princípios fornecem uma visão crítica do sistema e auxiliam na interpretação dos dispositivos.

O tema do presente ensaio é fruto da evolução do Direito Processual. As garantias constitucionais da ação são princípios processuais gerais constitucionalizados, representando, não só um “minimum” essencial, como também, permanentes e imutáveis ingredientes de um sistema civilizado, e portanto democrático, de administração da Justiça ¹.

Com fundamento em Couture, percebe-se que o processo é a garantia das liberdades contra o arbítrio do Estado. A autonomia do processo em relação ao direito material valoriza a importância do processo na realização da justiça.

Assim, o homem que se sente objeto de injustiças procura o judiciário para garantir seu “direito”; isso ocorre porque o Estado substituiu com a tutela jurisdicional a autotutela. Não pode o Estado se furtar a apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direito, sob pena de autorizar a justiça de “mão própria” ².

Constatando-se, com a “Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais”, obra de Büllow publicada em 1868, que na segunda metade do século XIX a relação jurídica processual percebeu-se autônoma em relação ao direito material ³, é preciso falar, ainda, do conceito de ação, que também interferiu na formação do Processo Civil.

¹ Como percebe a acurada visão de Cappelletti “It is matter of common observation that, historically, certain procedural rights and guarantees have been considered as ‘fundamental’ or, particularly in modern times, as ‘**constitutionally**’ or ‘internationally’ proclaimed.”, e segue, “Historically, the foundation for the view that these principles are ‘basic’, or *Grundsätze* in German terminology, was the belief that they represented not only the essential minimum but also permanent, immutable ingredients of a civilized system of administration of justice.” (International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI – Civil Procedure, Chapter I – Introduction, Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure, 1987. p.43).

² COUTURE, Eduardo J. “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil” in: Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina. Buenos Aires: EDIAR, 1946.p.160. “Cuando el hombre se siente objeto de una injusticia, de algo que él considera contrario a su condición de sugeto de derechos, no tiene más salida que acudir ante la autoridad. Privado ya de su poder hacerse justicia por mano propia, le queda en reemplazo el poder jurídico de requerir la colaboración de los poderes constituidos del Estado” (op. loc. cit.).

³ Como coloca Clóvis do Couto e Silva, de forma clara, foi Oskar Büllow quem separou o processo do direito material dando-lhe sua autonomia atual, “Começa a desenvolver-se o direito processual moderno, como ninguém ignora, através da concepção de o processo se constituir numa relação jurídica”, e segue, “Pode-se afirmar que esta concepção nasce no ano de 1868, com a obra de Oskar Büllow, a respeito dos pressupostos do processo em que ele combate a noção de serem as exceções processuais exceções impeditivas do processo”. Ainda em nota (nº 1) inclui o título da obra em alemão “Die Lehre von Prozesseinreden und

Couture aponta uma convergência entre as doutrinas autônomas da Ação, Abstrata e Concreta; em ambas se pode observar:

- a) no estado de direito, a violência privada se transforma em petição diante da autoridade;
- b) essa petição constitui um poder jurídico do indivíduo, porém é o meio necessário para obter a prestação jurisdicional;
- c) o poder jurídico de demandar junto à autoridade não pode ser negado a ninguém; proibida a justiça de “mão própria” (autotutela), é evidente que se deve dar a todo o sujeito de direito a faculdade de obtê-lo por mão da autoridade; privá-lo de uma e outra, seria negar-lhe a a própria justiça⁴. Esse, para Couture, é (em acordo) o poder jurídico, que se pode chamar ação civil.

Do desenvolvimento da teoria das ações e do estudo da relação processual é que surgiu o Processo Civil como ciência. O Processo Civil, sendo um poder jurídico autônomo, erigiu princípios próprios que se constitucionalizaram como garantias fundamentais da cidadania.

O acesso à Justiça, o devido processo legal (“due process of law” em seus aspectos substantivo e formal), a motivação da sentença e das decisões judiciais (bem como a publicidade destes atos), o contraditório e o juiz natural, são as garantias constitucionais que serão estudadas neste ensaio.

O mais grave problema que enfrenta o processo moderno é solucionar, de forma a obter o mais alto grau de justiça, a dicotomia existente entre a EFETIVIDADE⁵ do provimento judicial (que se dá, por exemplo, com a tutela antecipada nos moldes dos arts. 273 e 461 do CPC) e a SEGURANÇA JURÍDICA. Neste último particular, as garantias processuais constitucionais desempenham papel determinante; porquanto não resolvam o problema da efetividade⁶ servem estas de controle da jurisdição, possibilitando um processo justo. É, porém,

Prozessvoraussetzungen”, com indicações bibliográficas. (in “A teoria das ações em Pontes de Miranda”, *Ajuris*, ano XV, nº 43, julho, 1988, p.69).

⁴ COUTURE, op. cit., p. 163.

⁵ Para diferenciar efetividade de eficácia, primeiro faremos a distinção entre eficácia e efeito, no entendimento de Alvaro de Oliveira “in” *Comentários ao Código de Processo Civil* (Forense, Vol. VIII- Tomo II, Pág. 11): “**Em primeiro lugar, impõe-se distinguir entre o conceito de eficácia e o de efeito. A eficácia diz respeito ao conteúdo do ato jurídico, aos elementos que o compõem : os efeitos, à produção de alteração no mundo sensível, como consequência da eficácia. A condenação, por exemplo, constitui eficácia da sentença condenatória, elemento de seu conteúdo, a possibilidade de execução ou a própria execução efeito executivo dela decorrente. (...) Importante afastar, porém, qualquer confusão de efeito puramente fático, ou mesmo social, da providência cautelar ou antecipatória, com o efeito jurídico, único a interessar no contexto do mundo jurídico. (...) O mundo jurídico lida com valores, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma. Por esse motivo, a satisfação provisória, alcançada por meio de antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito, constitui efeito jurídico da decisão judicial e não mero efeito fático.**” (sem grifo no original). É requisito para concessão da tutela antecipada que esta guarde relação com os “efeitos” da sentença (273, *caput*, CPC) e não com o pedido como têm entendido alguns juristas nacionais. **Portanto, eficácia como possibilidade difere de efetividade como realização de efeitos.** Eficácia é a possibilidade, o dever ser, o efeito em potência; não é ainda o efeito. A efetividade é a realização da eficácia, ou seja, efetividade é a produção **satisfatória** dos efeitos pretendidos pela(s) eficácia(s) da (contida na) sentença, é a transformação do mundo fático. Em última análise é “dar a cada um o que é seu” (Celso). Alvaro de Oliveira lembra Jhering e assim preenche o escopo deste ponto, “Enquanto ciência cultural, voltado essencialmente à resolução de problemas práticos, o direito sempre tende à realização”(Efetividade e processo de conhecimento, p. 1).

⁶ Aqui entendido que, por exemplo, na antecipação de tutela é a correspondência ao devido processo legal que autoriza a aplicação da medida, de tal sorte que o exercício daquela tutela se torna possível também pela observância do procedimento da antecipação de tutela *inaudita altera parte*, onde o contraditório não resta prejudicado, mas somente postergado (Cândido R. Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. *passim*).

mister afirmar que não há processo justo se a decisão lenta impedir o exercício da Justiça, “justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”⁷.

Esta “dicotomia”, como foi dito acima, não deveria existir. O processo deve encontrar o equilíbrio através de ‘controles’ para uma prestação jurisdicional eficiente e correta. Não se poderá jamais, no interesse da Justiça, pensar em uma resposta ao problema que de uma forma ou de outra venha a prejudicar a realização dessa Justiça. O processo é meio e não fim em si mesmo, nunca é demais repetir que a técnica serve para (como “modo de realizar” de forma racional e segura) uma finalidade prática. Estes ‘controles’ (*lato sensu*) são as garantias constitucionais da ação.

No presente ensaio abordam-se as garantias acima expostas, uma a uma, procurando delimitar seu âmbito de abrangência e demonstrar seu atual estado de evolução. Não serão objeto deste, portanto, as demais “garantias ativas” ou de “Direito Constitucional Processual”⁸, a exemplo das Ações de Mandado de Segurança (coletivo e individual) e do Mandado de Injunção. Salienta-se, porém, que estas respondem pela efetividade (e para tanto têm a chamada “eficácia potenciada”) dos direitos fundamentais, no panorama constitucional.

Passa-se, agora, ao estudo sistemático das garantias constitucionais da ação.

⁷ RUY BARBOSA, Oração aos Moços- Discurso aos Bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920. São Paulo: Ed. Mensário Acadêmico Dionysus, 1921. p.42.

⁸ Há uma diferenciação para efeitos didáticos entre Direito Constitucional Processual, reconhecido como o “conjunto de normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal”; e Direito Processual Constitucional, considerados assim os princípios de jurisdição constitucional. NERY, Nelson Jr. “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1992.p.15-23.

1. A Garantia do Acesso à Justiça

Hermes Zaneti Júnior

Quando se fala em garantias constitucionais da ação, a primeira delas é o acesso à Justiça, o qual, para Couture, como direito à ação, é uma espécie do gênero direito de petição¹. Uma vez abandonada a autotutela, a justiça de “mão própria” pelo cidadão, o Estado passa a garantir o acesso à jurisdição.

Para Cintra, Dinamarco e Grinover, o acesso à Justiça não é o simples acesso à jurisdição, mas o acesso à “ordem jurídica justa”, que, por sua vez, é a admissão ao processo, a maneira de ser desse processo (devido processo legal), a justiça das decisões e a efetividade destas decisões (utilidade), cita, “o acesso à Justiça é, pois, a idéia central à qual converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias”.²

Ou seja, “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.”³

São dispositivos constitucionais que garantem o Acesso à Justiça os incisos XXV e LXXIV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988(CF/88).

O primeiro, “dimensão material” da garantia, rege o **princípio da inafastabilidade** da prestação jurisdicional.

Textualmente:

“art. 5º.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

O segundo representa a “dimensão formal” da garantia; assim, “o direito de ação implica o reconhecimento, como obrigação estatal, da prestação de assistência jurídica integral aos que não disponham de recursos”⁴.

Textualmente:

¹ Entende, o eminente processualista uruguaio, que o direito de petição pode se desdobrar em três: direito de petição frente aos órgãos administrativos (poder executivo), direito de petição frente ao legislativo e direito de petição frente ao judiciário, que seria o direito à ação. “La acción vendría a ser, así, una especie dentro del género de los derechos de petición” (Couture, op. cit.p. 165).

² CINTRÁ, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 33-35.

³ CAPPELLETTI, Mauro e Bryant Garth. Acesso à Justiça, tradução Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988. p.8.

⁴ SILVEIRA, Domingos S. Dresch da. “Considerações sobre as Garantias Constitucionais do Acesso ao Judiciário e do Contraditório”. in: . Elementos para uma Nova Teoria Geral do Processo, organizador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira . Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997. p 61.

“art. 5º....

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;”

Para assegurar esta prestação instituiu a Carta Magna em seu art. 134 a Defensoria Pública.

O tema do acesso à Justiça versa, principalmente, sobre **democracia** e sua indissociabilidade em relação ao processo como instrumento de realização da Justiça. Acesso à Justiça é “acesso à ordem jurídica justa”; é reflexo das conquistas democráticas e da busca de igualdade entre os homens; em última instância, a garantia depende de um processo democrático e só ocorre, em seus termos completos, nesse processo. Porém democracia demanda participação efetiva, ou seja, interesse e consciência. “Pergunta sempre a cada idéia: a quem serves?” (Bertold Brecht, dramaturgo alemão).

Como coloca Calmon de Passos⁵, a sociedade exerce o controle (de forma histórica), e cada indivíduo, **consciente de sua autonomia**, representa o poder, assim visando ao bem do homem e ao equilíbrio.

Para Couture, a questão das garantias processuais na Constituição é justamente a relação entre a liberdade individual e a autoridade estatal. O processo tutela as liberdades⁶. O processo é público, existe uma necessária implicação ideológica, portanto não há como afastar a tarefa política. O operador do Direito tem de estar atento para, no exercício da ciência, utilizar “a dogmática como arma e não alma da realidade do jurista”⁷.

1.1. Enfoques do acesso à Justiça:

Pode-se salientar quatro enfoques deste princípio:

a) Acesso à Justiça como Direito/Dever da cidadania - enfoque supraconstitucional:

Na fase atual de desenvolvimento do Processo Civil, aceita a sua função social e sua característica publicista, o acesso à Justiça toma uma dimensão de garantia supraconstitucional e pré-processual. É o próprio exercício da democracia participativa (direta).

Ora, “Todo o poder emana do povo” (princípio fundamental da República Federativa do Brasil, art. 1º, parágrafo único da CF/88), e sendo o Poder Judiciário, um “poder” (art. 2º, CF/88), também está sujeito a esta máxima⁸.

⁵ Transferindo ao leitor uma imagem de coerência entre a evolução histórica natural do homem e a necessidade de uma democracia participativa, CALMON DE PASSOS, J.J. Processo e Democracia, in Participação e Processo, org. Ada P. Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. p. 150-165. Na sua avaliação histórica passa (Calmon de Passos) pelas concepções clássica (cosmocentrismo – período greco-romano), medieval (teocentrismo – período cristão) e moderna (antropocentrismo – reflexo do período cristão, advindo com o renascimento, a reforma e a ideologia liberal).

⁶ Couture, op. cit., *passim*.

⁷ J.J. Calmon de Passos, op. cit. O autor é um otimista confesso que acredita que a imperfeição do homem toma fôlego na utopia para realizar um mundo futuro melhor, com o que nos permitimos concordar humilde e esperançosamente.

⁸ No sistema nacional, uma vez que não existe eleição para juizes, e a Constituição determina ser o poder exercido pelo povo: a) por seus representantes eleitos; ou, b) diretamente, parece-nos acertado supor ser exercida a democracia direta no curso do processo (ressalvas lógicas ao exercício do poder do juiz na prolação do ato jurisdicional). Assim, quanto à democracia “participativa”, a participação não é mera adjetivação, mas condicionante do exercício democrático e ocorre naturalmente, no devido processo legal.

É preciso ter essa consciência para romper com os dogmas individualistas liberais e ascender à condição de cidadão do Estado Democrático de Direito que se propõe. O acesso à Justiça demanda participação, como direito e responsabilidade⁹, como dever.

Para Cândido Rangel Dinamarco “Mais do que um princípio, o acesso à Justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à Justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.”¹⁰ e mais “Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de intimamente ligada à idéia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste¹¹. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas visam um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à Justiça.”¹²

b) Acesso à Justiça como Direito a Tutela Jurisdicional- enfoque pré-processual:

Este é o sentido amplo da garantia, como garantia à ação. Significa isonomia (caput do art. 5º, CF/88), a inafastabilidade do judiciário (inciso XXXV) e a universalidade da jurisdição.

Uma vez que o Estado retira do indivíduo o poder de autotutela deve, em contrapartida, fornecer a jurisdição.

No que se refere à isonomia, podemos afirmar que reina absoluta sobre o ordenamento jurídico a idéia de que todos são iguais perante a Lei. Tal assertiva já se encontrava firme no pensamento de Rui Barbosa que entendia mais: entendia ser essa igualdade legal, a capacidade ou autorização ao ordenamento jurídico de igualar os desiguais, agir com moderação e equilíbrio, ou seja, equidade.

Assim se busca sanar, também, a desigualdade econômica. Mario Cappelletti, em seu estudo já citado, considerava essa a primeira “onda” (a primeira preocupação relativa ao acesso à Justiça a preocupar os juristas, conseqüentemente a primeira a receber tratamento legislativo)¹³. Como aspecto da igualdade econômica, a

⁹ Esta responsabilidade, no aspecto positivo, significa participação com cidadania, no aspecto negativo visa a coibir as demandas temerárias. Assim, “Este tema (a *responsabilidade processual do autor da demanda pelo litígio*) se plantea así: el derecho de petición (acción) no pregunta por anticipado al actor si tiene razón o no para poner en movimiento la jurisdicción; el actor tiene un derecho que nadie puede discutirle a dirigirse a la autoridad; ésta, que no puede, por virtud del ordenamiento vigente, rechazar la demanda aparentemente infundada “in limine litis”, no tiene más remedio que prolongar el estado de incertidumbre conatural al litigio durante el tiempo necesario para llegar hasta la cosa juzgada. Pero ? y quién soporta las consecuencias de ese estado de incertidumbre?; ? quién hace frente a los gastos que el litigio depara y a los daños y perjuicios que son su consecuencia? Para que la acción pueda funcionar en la amplia medida de libertad que le asigna la Constitución, es menester que la ley ponga con cierta severidad a cargo del actor carente de razón, las consecuencias patrimoniales de su libertad. Es cuestión de repetir, una vez más, que libertad sin responsabilidad es anarquía y responsabilidad sin libertad es opresión.” E segue “Es menester, en consecuencia, que la responsabilidad sea tan efectiva, que nadie tenga la tentación de poner en juego maliciosamente este precioso instrumento de libertad civil. La constitución lo da en salvaguarda del propio derecho y no en perjuicio del derecho del prójimo.” (Couture, op.cit.p. 171, sem grifo no original).

¹⁰ DINAMARCO, op. cit., p. 304. Sobre o tema ver principalmente pp. 303-306, p.320, nº 50, 51.

¹¹ Conforme a doutrina processual de Elio Fazzalari, “**processo é todo o procedimento realizado em contraditório**”, daí a importância que Dinamarco dá para o contraditório no processo. “Nozione di <<processo>>. – Come ripetuto, il <<processo>> è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nelle cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività”, portanto, “Ocorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, il <<contraddittorio>>” (FAZZALARI, Elio, “Procedimento e processo (teoria generale).”, in Enciclopedia del Diritto, vol. XXXV, Milano: Giuffrè, 1965. p.p.819-836. Esp. p. 827).

¹² Idem, ibidem, p. 306.

¹³ Também aqui a sensibilidade do mestre uruguaio, Couture, em seu excelente estudo já citado e que apesar de remontar ao final da década de quarenta é extremamente atual, já divisava a importância do tema “el costo de la Justicia, que la hace para unos tan fácil y

desigualdade técnica é um problema sociológico e cultural das sociedades modernas, aqueles que podem economicamente patrocinar uma causa, sempre obtêm melhores advogados, mais preparados, e com isso têm maiores chances de triunfar no litígio.

As outras duas “ondas” que identificou Cappelletti foram, respectivamente, a tutela jurisdicional diferenciada para direitos coletivos e difusos (no Brasil temos a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, os dispositivos processuais do código de defesa do consumidor, estes informando a todo o sistema processual de defesa de direitos coletivos¹⁴, entre outros), e a desburocratização do sistema judiciário, incluindo-se, nesse aspecto, juizes mais acessíveis (cooperação do órgão judicial¹⁵) e humanização do judiciário.

São algumas das soluções que se propõe: 1) o ativismo do juiz; 2) o direito à informação e ao aconselhamento jurídico; 3) a humanização da justiça.

c) Acesso à Justiça como Direito ao processo justo:

A garantia do processo justo é a garantia do devido processo legal ¹⁶.

Aspecto de interesse pode ser visto em Ferrajoli¹⁷: “Garantismo procesal y valores de la jurisdicción.”. Neste ponto o autor tenta responder a duas perguntas básicas sobre as garantias processuais (com demasiada importância para o acesso à jurisdição), “cuando” e “como julgar”. Toma, como base, os princípios processuais, tais como, a presunção de inocência (garantia do processo penal), a separação entre juiz e acusação (garantia do processo penal), o ônus da prova e o direito do acusado à defesa.

Em Ferrajoli vê-se a existência de **nexos funcionais** entre as garantias substanciais e as instrumentais. Para o autor, a principal garantia processual é a de *jurisdiccionalidad*¹⁸. Estabelece a diferença entre processo cognitivo

para otros de tan difícil obtención, atenta contra el precepto de que ante ella, como ante la ley, todos los hombres son iguales “sin más diferencia que la de sus talentos o sus virtudes”.(Couture, op. cit., p 155).

¹⁴ Em especial, ver a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas (art. 103 da Lei 8.078, de 11 de novembro de 1990). GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio H. V., FINK, Daniel, et al, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

¹⁵ Ver C. A. Alvaro de Oliveira em “A Garantia do Contraditório” e “Efetividade e Processo de Conhecimento”, *passim*.

¹⁶ Em uma das conclusões ao seu trabalho “As garantias constitucionais do direito de ação” aproxima Ada Pellegrini Grinover os conceitos de acesso à justiça e o devido processo como nos serve ao ponto, verbis, “C) Já no sistema do “direito codificado”, a elaboração da cláusula do “devido processo legal” prende-se diretamente ao conceito de ação, como direito público subjetivo, ao qual corresponde a obrigação da prestação jurisdicional, por parte do Estado. Não se aplacaram ainda as polêmicas em torno do conceito de ação, na doutrina processual moderna. Resta o fato de que o problema da natureza da ação, cujo substrato político existe e foi corretamente salientado, não é simples problema de direito processual, posto que apresenta aspectos essencialmente constitucionais. Mas, ao direito de ação, como direito cívico constitucionalmente tutelado, corresponderia simplesmente a obrigação de resposta do Estado, necessariamente genérica e abstrata? Ou, pelo contrário, a própria estrutura desta tutela indicaria uma garantia qualificada contra a recusa de Justiça, sob qualquer forma? Na primeira hipótese, o direito constitucional de ação seria o mero pressuposto sobre o qual se assenta o direito de ação, este com relevância para o processo. No segundo caso, decorreriam da tutela constitucional do direito de ação, outras garantias, operando no curso do *iter* processual, com a finalidade de tutelar a efetividade da garantia constitucional;” (GRINOVER, Ada Pellegrini. “As Garantias Constitucionais do Direito de Ação”. São Paulo: RT, 1973. p.176).

¹⁷ Devemos lembrar que o autor italiano escreve para o processo penal e que este tem características bem diferentes do processo civil, porém não podemos descartar a acurada visão do autor sobre o tema, utilizando sua visão com as ressalvas necessárias à conversão para o processo civil. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal). Madrid: Trotta, 1995. p. 537-542.

¹⁸ “La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad*, expresada en el axioma A7, *nulla culpa sine iudicio*. También esta garantía, como su correlativa de legalidad, puede ser entendida en dos sentidos - <<en sentido *stricto*>> y en sentido <<*lato*>>- según vaya o no acompañada de otras garantías procesales. En sentido lato puede

(acusatório) onde se trabalha através de garantias formais para estabelecer-se a verdade mínima, e um processo inquisitivo, que busca independente de forma, uma verdade material, substancial ou máxima.

As garantias processuais do acusatório são não só garantias de liberdade, mas também garantias de “verdade”, como diz Ferrajoli “uma verdade mais controlada”, reduzida, porém mais segura do que a “verdade substancial” intuída pelo juiz (e portanto com forte carga subjetiva).

Ao sistema decisionista, inquisitório, interessa muito mais a decisão justa que a sua controlabilidade. A decorrência deste princípio é o desvio do fim pela subjetividade do agente cognitivo, visto que a transposição de uma verdade “real” é ilusória na medida em que o direito, como a vida, não se esgota em um silogismo cartesiano, mas, é mais fruto da dinâmica de uma miríade de silogismos, interrelacionados ou não; e de valores. O modelo cognitivo, portanto, é aquele que nos possibilita obter o máximo de certeza na busca pela justiça (garantindo a igualdade das partes no processo e a adequação dos fatos à realidade social). É este modelo que se utiliza no processo civil (cognitivo ou de conhecimento ‘lato sensu’); apesar de legítimo o ativismo judicial que se propõe (o que torna o processo mais inquisitivo), não se pode abrir mão dessa garantia.

Esta garantia é imprescindível para o acesso à Justiça pela óbvia razão de que se o processo for ‘viciado’ a mesma não será atingida. O processo deve ser instrumento garantidor das liberdades e não foco de autoritarismo; para isso o respeito ao procedimento (devido processo legal formal ou procedimental) é de suma importância; e a razoabilidade (devido processo legal material ou substantivo) é o equilíbrio entre este procedimento e a dinâmica do “mundo da vida” (*Lebenswelt*).

d) Acesso à Justiça como prestação jurisdicional eficaz (princípio da efetividade):

O tema da efetividade é o próprio tema da Justiça. Neste sentido tem se debruçado a doutrina com afinco. Não se discute, hodiernamente, outra coisa senão a realização do Direito, e são constantes as reformas legais¹⁹ que pretendem aproximar o Direito Processual de sua, em última instância, função instrumental.

De nada adiantaria defender-se a instrumentalidade do processo como nexos (funcional, teleológico) entre o direito material e o processual, se este instrumento de “pacificação com justiça” não realiza as alterações na esfera do “consumidor” dessa Justiça.

expresarse com la tesis T72, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; en sentido estricto com la tesis T63, *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*.”(FERRAJOLI, op. cit., p.538 – grifo nosso.) Aparte um entendimento que remetesse esta lição do mestre italiano ao *due process of law* vemos aqui o aspecto anterior ao processo (extraprocessual), ainda no acesso ou não a justiça, levanta-se então a seguinte questão, a prosperar este entendimento a garantia do acesso a justiça também é a garantia de que não se poderá demandar em prejuízo de outrem contra as garantias da *jurisdiccionalidad*? A resposta afirmativa nos leva a salutar meio termo não permitindo o acesso ilimitado ou inconsequente a jurisdição.

¹⁹ Um exemplo são as reformas que introduziram a tutela antecipada e a tutela específica (arts. 273 e 461 do CPC). Espera-se agora, com as novas reformas, anteprojetos da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, uma valorização maior da efetividade no processo, a exemplo da valorização do juízo de primeira instância com a supressão do efeito suspensivo “de regra” nas apelações (alteração no art. 520 do CPC, anteprojeto nº 15 da Comissão).

2. O Devido Processo Legal como Postulado Fundamental do Processo Civil

Hermes Zaneti Júnior

Primeiro cabe uma breve reflexão sobre o princípio do acesso à Justiça. Este, como foi visto anteriormente, é o principal e o mais importante como garantia constitucional da ação. Impedido o acesso à Justiça, não há jurisdição equânime, não há ação.

O primeiro momento das garantias constitucionais da ação consiste em assegurar, portanto, a própria ação, o direito de agir, o direito de exercer uma cidadania, o acesso à “ordem jurídica justa”.

Neste segundo momento devem ser vistos os princípios garantidores da ação que conformam o processo. O princípio do devido processo legal é o mais importante na esfera das garantias “endoprocessuais”. É ele que reúne em si o germe de todas as garantias constitucionais do processo no interesse da Justiça. Assim, “A concretização do princípio do devido processo legal se dá por meio de outros subprincípios, como por exemplo: o contraditório, a ampla defesa, juiz natural, proporcionalidade, razoabilidade etc.”¹

O devido processo legal integra o nosso ordenamento jurídico por influência norte-americana, porém, só com a Constituição Federal de 1988 é que o princípio foi positivado. O art. 5º, inciso LIV, estatui, “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O problema do poder, exercido pela autoridade estatal, *versus* liberdade, que é a discussão fundamental proposta neste ensaio, sempre norteou a evolução do devido processo legal. Vejamos, “Enquanto princípio, o devido processo legal é uma ‘pauta aberta que carece de concretização’ (Karl Larenz, 1989:200). O seu conteúdo, portanto, somente pode ser apreendido em suas concretizações. Conseqüentemente, será possível encontrar, ao longo de sua experiência histórica, conteúdo e funções variáveis, que fazem de qualquer tentativa de definição uma mera ilusão tópica. Existe, porém, uma idéia diretiva, uma função primária, que conduz todo esse processo desde o nascedouro - o **controle do poder**. Este vetor tem comandado seu desenvolvimento, estabelecendo-lhe os limites de atuação.”²

2.1. Histórico:

Uma busca histórica sobre o Devido Processo Legal nos leva à “Magna Charta Libertatum”, que antecipa a idéia de constitucionalismo. Promulgada em 1215 pelo Rei João Sem Terra, no interesse de conter seus Barões

¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido processo legal. Porto Alegre: Safe, 1999. Conclusão 3, p.289.

² Idem, ibidem. Conclusão 2, p.289.

(grandes proprietários de terra feudais que pressionavam o Rei) garantia aquela carta o julgamento pela “*law of the land*” em seu art. 39.³

O desenvolvimento da cláusula do devido processo legal, como a conhecemos hoje, tornou-se possível somente após a promulgação da Constituição norte-americana, que mesmo não tendo incluído expressamente o princípio, recepcionava os axiomas básicos do jusnaturalismo (liberdade, vida e busca da felicidade)⁴ que estabeleciam a base necessária ao desenvolvimento do devido processo legal.

O devido processo legal ou “*Due Process of Law*” foi consagrado em texto positivo em 1791, com a V^a Emenda, vinculando apenas o governo federal. A inclusão do preceito com relação aos estados membros ocorreu somente após a Guerra da Secessão, em 21 de Julho de 1868, com a XIV Emenda⁶.

O devido processo legal, nos Estados Unidos, pode-se dizer marcado por duas características: a primeira, decorrente da evolução do “*law of the land*” e do “*his day on court*” ou direito de ser ouvido da *common law* inglesa, se revestiu de um caráter estritamente processual (*procedural due process*). A segunda, de cunho material ou substantivo (*substantive due process*) tornou-se o principal instrumento para o exame da “*reasonableness*” (razoabilidade) e “*rationality*” (racionalidade) das normas e dos atos do poder público em geral.

O caso *Marbury vs. Madison* introduz uma revolução no sistema estadunidense em 1803. A partir deste histórico julgamento, a Suprema Corte norte-americana possibilitou o controle judicial da constitucionalidade das leis, “*judicial review*”, dando ao Poder Judiciário daquele país uma relevância ainda maior que a originária do *common law* inglês. O desenvolvimento posterior do devido processo legal substantivo possibilitou a aplicação da razoabilidade na “*judicial review*”.

É importante esta percepção para entender quais os motivos e com que força a cláusula do “*Due Process of Law*” tornou-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte e assim um balizador do sistema de “*checks and balances*” (sistema de freios e contrapesos) que na doutrina política norte americana equilibra as relações entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Não se pode perder de vista a influência norte-americana no controle de constitucionalidade das leis no Brasil (controle difuso).

A evolução do “*Due Process*” substantivo passou por três fases distintas: (a) sua ascensão e consolidação, do final do séc. XIX até a década de 30; (b) seu desprestígio e quase abandono, no final da década de 30; (c) seu renascimento triunfal na década de 50, no fluxo da revolução progressista, promovida pela Suprema Corte norte-americana, sob a presidência de Earl Warren⁷. Esta última evolução veio com o entendimento de que somente

³ GRINOVER:1973, p. 26.

⁴ Idem Ibidem, p. 27.

⁵ A V emenda faz parte das dez primeiras emendas aprovadas em 15 de Dezembro de 1791 e conhecidas como “Bill of Rights”. Lê-se textualmente: “Nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço ativo; **nenhuma pessoa será**, pelo mesmo crime, submetida duas vezes a julgamento que possa causar-lhe a perda da vida ou de algum membro; nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser **privada da vida, liberdade ou propriedade sem o processo legal regular**; a propriedade privada não será desapropriada para uso público sem justa indenização.” SCHWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1966 (grifo nosso).

⁶ O texto da XIV Emenda 1^a seção diz “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. **Nenhum estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o processo legal regular**; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.” e a seção 5, dispõe “O Congresso terá poder para tornar efetivas, mediante legislação própria, as disposições deste artigo.” Esta emenda foi proposta em 16 de junho de 1866 e declarada ratificada a 21 de julho de 1868. SCHWARTZ, op. cit. p 419 (grifo nosso).

⁷ BARROSO. Luis Roberto Barroso, “Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”, <http://fdir.uerj.br/rqi/arq/a011002.html> (publicado no boletim jurídico da UERJ “Quaestio Juris”). p. 1.

pelo **ativismo judicial** se poderia buscar o **equilíbrio** entre o **exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos**.

O renascimento do devido processo legal substantivo se deu com a distinção entre as liberdades econômicas e não econômicas⁸. A Suprema Corte norte-americana abdicou de examinar as demandas relativas ao primeiro domínio, mas quanto às liberdades pessoais concluiu que o intervencionismo (ativismo judicial) continuava a ser indispensável.

Para Dinamarco a garantia do devido processo legal é princípio assecuratório do “**modelo preestabelecido**” pelo ordenamento estatal; salienta, porém, que o alcance deste princípio é mais longo, garantindo também (traspassando os limites do processo jurisdicional e demonstrando parte de sua natureza extra-processual, ético-política) a sua faceta “substancial” e atribuindo, assim, ao “*due process of law*”: “o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício das suas faculdades e poderes processuais (**formal**), de outro, são indispensáveis ao **correto exercício da jurisdição**”(material). Neste sentido salienta-se, ainda, que é na liberdade das formas que se caracterizam os procedimentos mais avançados, controladas estas, por parâmetros razoavelmente definidos e pela instituição de determinadas garantias fundamentais aos litigantes. O formalismo “obcecado e irracional” de nada serve aos fins do processo.

Passa-se à análise dessas duas perspectivas do devido processo legal, na doutrina nacional.

2.2. Devido processo procedimental:

a) O devido processo legal procedimental na perspectiva instrumental:

Este enfoque é o que se pode chamar de balizamento mínimo indispensável para a realização da defesa; assim, “Sob a visão instrumental, o devido processo legal procedimental implica reconhecer, em qualquer procedimento, caracterizado por uma sucessão ordenada de atos intermediários, *ordely proceedings*, estabelecido pelo Estado, uma medida suficiente para minimizar o risco de decisões que provoquem a restrição indevida de algum dos bens tutelados pela cláusula.”⁹.

Aqui temos o sentido mais remoto da garantia. “Assim, devido processo legal assume um sentido quase literal, a representar obediência formal ao procedimento estabelecido. Nada mais.”¹⁰.

b) O devido processo legal procedimental na perspectiva “intrínseca”:

O processo é um instrumento (meio) para a realização da justiça (fim). Assim, “**A constitucionalização das garantias processuais**, verificada neste século, tem um **objetivo primordial que é a realização do princípio da Justiça**, reconhecido em nosso Texto Constitucional (Preâmbulo) como um **valor superior** de nosso ordenamento. **O processo** converte-se assim, segundo Eduardo J. Couture, no **meio de realização da Justiça**.”¹¹.

⁸ Conforme indicação de Luis Roberto Barroso ver nota nº 4 no voto proferido pelo Justice Stone ao julgar o caso United States vs. Carolene Products. BARROSO, op. cit., p2.

⁹ LIMA, op. cit., p.239.

¹⁰ Idem, ibdem. p.243.

¹¹ LIMA,op. cit., p.243.

O processo não pode se furtar de tutelar “requisitos intrinsecamente justos”, o devido processo legal encontra-se “constitucionalmente dilatado”. Com isso se bloqueia a obediência cega a um ritual estabelecido, desprovido da necessária interação com a ordem constitucional em vigor e o caso concreto, porque deste formalismo pode resultar uma justiça apenas aparente. O direito processual deve ser sensível ao caráter problemático do direito, o procedimento não pode significar o prejuízo da justiça; é, e deve ser, necessariamente aberto.

“A ênfase sob o aspecto intrínseco do devido processo legal procedimental significa que o concretizador da norma deverá realizar as salvaguardas procedimentais previstas da melhor maneira possível, conforme o caso concreto, na busca do objetivo primordial da norma constitucional, qual seja, evitar, ou minimizar, o risco de decisões errôneas do Estado, quando priva alguém da liberdade ou de seus bens.”¹² . Ou seja, atividades processuais “adequadamente desempenhadas”, equilibradas¹³. Busca-se um “devido processo” pleno e efetivo, não apenas nominal e formal.

c) Pautas básicas para o alcance do devido processo legal procedimental:

Para Humberto Theodoro Junior, Carlos Velloso e J.J. Calmon de Passos, as pautas básicas do devido processo legal são: “juiz natural, contraditório e procedimento regular.”

Para o Direito norte-americano as pautas básicas são: *notice, hearing and legally competent tribunal*. Em termos nacionais: a citação, o direito a uma audiência (ser ouvido em juízo), e o juiz natural.

Existe concordância na doutrina nacional sobre o inciso LV (contraditório e ampla defesa) serem realizadores do devido processo legal (Lima).

Para Lima “a observância do preceito isonômico e o direito a uma decisão motivada, emanada de um órgão julgador natural e imparcial.”¹⁴, garantem a realização do devido processo como controle formal dos atos de poder.

2.3. Devido Processo Legal Substantivo:

Esta hipótese foi desenvolvida no sistema norte-americano, como já vimos, sendo o devido processo legal um parâmetro de controle da razoabilidade das leis, dos provimentos administrativos e das decisões judiciais (ou seja, dos atos de poder estatal).

A doutrina e jurisprudência nacionais fazem uma identificação entre o princípio do devido processo legal substantivo e a razoabilidade e **proporcionalidade**. Uma noção introdutória é extraída de Maria R. O. Lima, “Para W. Jellinek o ‘**problema da proporcionalidade é saber se não se atirou no pardal com um caminhão.**’ Ela, ao modo da razoabilidade, não é uma categoria própria do direito, mas inspira toda a atividade humana. Segundo Xavier Philippe é um conceito nômade, cuja noção genérica é empregada por várias ciências, a começar pela Matemática (1990:18-19).” E segue “Já a idéia de **razoabilidade** permeou grande parte da produção intelectual de Luis Recaséns Siches, que em uma de suas obras (1971:533) enfatiza que toda produção

¹² Idem, ibidem, p.p. 244- 245.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha e as garantias do direito de ação. São Paulo: Max Limonad, 1985. p20.

¹⁴ Lima, op. cit., p.266.

do direito (que se inicia com o trabalho legislativo e culmina com a aplicação concreta às situações individuais) deve estar inspirada pela **noção do razoável**, cuja análise não se restringe aos elementos objetivos, mas inclui as circunstâncias *espácio-temporais* que limitam, influem e condicionam o homem, como ente possuidor de valores.”¹⁵.

Enquanto a **razoabilidade é a noção do razoável**, um padrão de avaliação geral, a **proporcionalidade é ligada à avaliação de duas variáveis: meio e fim** (de acordo com os padrões de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*). Assim, “Enquanto na proporcionalidade se trabalha com componentes objetivos, mensuráveis, no exame da razoabilidade estas variáveis são subjetivas e englobam todas as circunstâncias do caso.”¹⁶

Chaïm Perelman esclarece a questão “Toda vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discricionário, é concedido a uma autoridade ou a uma pessoa de direito privado, esse **direito ou esse poder será censurado se for exercido de uma forma desarrazoada**. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de formas variadas, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poderes, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou inadequada de disposições legais, como contrário aos princípios gerais do direito comum a todos os povos civilizados. Pouco importam as categorias jurídicas invocadas. **O que é essencial é que, num Estado de direito, quando um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário, ele poderá ser censurado se for exercido de forma desarrazoada, portanto inaceitável.**”¹⁷

Ainda em Perelman ressalta-se a importância do meio para a elaboração do desarrazoado; é o meio que determina o que é “inaceitável”.

“Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextricável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro.” E segue, “E, repetindo o que já se disse sobre os princípios concretizadores, o princípio da proporcionalidade, bem assim o da razoabilidade, são subprincípios concretizadores do devido processo legal, no seu aspecto substantivo.”¹⁸ Concordamos assim com Maria R. O. Lima, fazendo unicamente a ressalva de que, em nosso entendimento, a razoabilidade é mais geral e abrangente do que a proporcionalidade, representando o próprio cerne da garantia do devido processo legal substancialmente considerada.

¹⁵ Idem, *ibidem*, p.280.

¹⁶ LIMA, *op. cit.*, p. 282.

¹⁷ PERELMAN, Chaïm. “Ética e direito”, trad. Maria E. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.429.

¹⁸ LIMA, *op. cit.* p. 287.

3. O Princípio do Contraditório

Hermes Zaneti Júnior

O contraditório representa elemento constitutivo para o processo que se quer democrático e dialético, para o processo que se quer participativo, para o processo que se quer como busca da verdade provável (satisfazendo também o escopo de “pacificação social com justiça” desejado pelo Estado).

O contraditório de cunho publicista, e não mera técnica, vai além da paridade de armas e da ciência bilateral dos atos das partes. Neste sentido o contraditório é núcleo mesmo da atividade processual; para tanto, devem ser abordadas a igualdade das partes no processo e as novas perspectivas que incidem sobre a visão tradicional do contraditório.

3.1. A Igualdade das Partes:

Como salienta Barbosa Moreira¹, a igualdade é objeto de estudo não só do Direito mas de diversas ciências, principalmente as sociais. Um dos seus enfoques encontra-se consubstanciado no art. 125 do CPC (dever do juiz de assegurar a igualdade de tratamento às partes).

A igualdade foi o “leitmotiv” (tema principal) de vários movimentos sociais e está incluída em quase todas as declarações de direitos transformando as estruturas jurídicas².

Ressalta-se que uma igualdade formal já é bem definida em lei e que nos falta alcançar uma efetiva igualdade substancial ou material. Como igualdade material tem-se, em primeiro plano a “igualdade de riscos” (ambas as partes podem ser vitoriosas no processo), e, em um segundo momento, a igualdade de oportunidade (paridade de armas - *waffengleichheit*).

A mesma diferenciação se encontra em Ada Pellegrini Grinover para quem as diferenças existem entre a igualdade “estática” e “dinâmica”. É estática a igualdade formal “todos serão iguais perante a lei”, garantida no princípio da isonomia, e dinâmica a garantia/dever do Estado de fazer corrigir as desigualdades entre as partes, para atingir o ponto ótimo da igualdade real. Portanto o contraditório, na visão moderna que se apresentará, é fruto não só da *par condicio*, da paridade de armas (*Waffengleichheit*), mas também da igualdade dinâmica³.

¹ BARBOSA MOREIRA, J. C. “La Igualdad de las partes en el proceso civil”, in Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67.

² “La igualdad fué el *Leitmotiv* de varios movimientos de transformación de las estructuras sociales – y, por consiguiente, de las estructuras jurídicas”. BARBOSA MOREIRA, op. loc. cit.

³ Ao comentar o Devido Processo Legal e suas garantias correlatas coloca Alvaro de Oliveira “Aspecto importante, substrato mesmo do princípio em análise, concerne à igualdade. É preciso atentar, porém, para que a igualdade entre as partes não seja apenas formal

O fator mais freqüente de desigualdade entre as partes, como já foi visto no acesso à Justiça, é o fator econômico. Citando Barbosa Moreira “la desigualdad material de las partes introduce en el aparato de la justicia una deformación contra la cual el ordenamiento tiene que reaccionar com energia”⁴. Neste sentido os poderes instrutórios do juiz são um necessário assistencialismo, não se poderia imaginar um processo igualitário sem o imprescindível ativismo judicial para, sem prejuízo da imparcialidade, reduzir as desigualdades⁵.

Contra o ativismo judicial se posiciona a ótica liberal e individualista do processo. Nesta ótica, possibilitar vantagens às partes mais fracas dentro do processo feriria o devido processo legal. De outro lado, a visão moderna, publicista, vê no processo justo um interesse do Estado que intervêm para realizar a justiça e a paz social⁶.

Salienta-se que a contraposição dialética das partes no processo, é garantia da imparcialidade da jurisdição e ressalta a estrutura cooperatória da mesma. Diz Ada Pellegrini “Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”⁷.

As partes são necessárias para o desenvolvimento do processo (que se inicia por iniciativa da parte, mas contínua por impulso oficial - princípio do dispositivo ou da demanda, como prefere Ovídio Baptista⁸).

Conclui-se: é bem disposta como garantia uma igualdade formal entre as partes, porém, não é suficiente. Só será possível equilibrar a relação processual pela utilização de poderes assistenciais do juiz, já assegurada, em um primeiro momento, a igualdade formal. Com o ativismo judicial poderá o judiciário corrigir as desigualdades materiais entre as partes (econômicas, geográficas, culturais etc.) tão comuns em países em desenvolvimento como o Brasil (mas não só; ver relatório geral do projeto Florença sobre o acesso à Justiça, Cappelletti: 1988, op. cit.). Lembra-se a inscrição no Palácio da Justiça da Suprema Corte norte-americana “*equal justice under lan*”, para afirmar que o ativismo judicial, antes de significar a quebra da imparcialidade e neutralidade, é a garantia mesma do juízo imparcial.

3.2. O contraditório

mas também material, real. Para esse efeito, a expressão e o próprio conceito aí implicado de igualdade de armas (Waffengleichheit) mostran-se altamente significativos”. E segue em nota de nº 68, “Ao que parece a feliz expressão tem origem em um pequeno mas precioso trabalho de Eduardo Bötticher, Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg, Editora da Universidade, 1954(...)”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Do Formalismo no Processo Civil”. São Paulo. Saraiva, 1997. p.86.

⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p.74.

⁵ Devemos por fim lembrar que “La igualdad de las partes en el proceso civil” é fruto de reflexões anteriores a atual constituição nacional (o texto é de 1986), porém, nada do que Barbosa Moreira escreveu perdeu valor. A infeliz constatação é que nem o juiz se tornou mais ativo, nem os advogados dativos do estado puderam responder com qualidade as demandas dos necessitados.

⁶ GRINOVER, Ada P. Defesa, contraditório, igualdade e “par condicio”, Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1-8 (nº 1 a 6).

⁷ GRINOVER, op. cit.,p.8.

⁸ O eminente professor gaúcho diferencia o princípio do Dispositivo e o princípio da demanda, sendo que “O primeiro deles diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo.” E segue ‘o **princípio da demanda** baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo”. SILVA, Ovidio A. B.. Curso de processo civil, vol. I, 2ªed. Porto Alegre: Safe, 1991.

A alteração substancial do paradigma processual, de individualista para público, fez com que a busca de uma Justiça acessível e efetiva fosse a procura da integração entre as tradicionais liberdades individuais (agora também coletivamente protegidas) e os direitos e garantias de caráter social.

Com isso ocorreu uma mudança na visão tradicional do contraditório, no sentido de que “ultrapasse o momento inicial de contraposição da demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo”⁹. Na divisão de trabalho dentro do processo ressalta-se a importância das funções do juiz na condução do mesmo; o autor inicia o processo (dispositivo substancial ou próprio) e determina a “*res in iudicium deducta*” (substrato da *causa petendi*), porém cresce o ativismo do juiz na investigação dos fatos. Em contrapartida, as partes merecem ser permanentemente ouvidas, garantindo-se o seu direito à ciência dos rumos que o julgador irá tomar na demanda (tanto na avaliação dos fatos como nas questões de direito).

Este novo enfoque surge a partir da segunda metade deste século, justamente por que se começa a reviver a discussão ideológica dentro do processo e amplamente se renovam os estudos de lógica jurídica. “Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.”¹⁰

Concomitante percebe-se a doutrina e a jurisprudência do valor *efetividade*. Como bem nota Alvaro de Oliveira, “O seu reflexo na extensão do contraditório é imediato ...*omissis*...seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a parte demandada sobre a pretensão exercida em juízo.”¹¹

a) Ativismo judicial e contraditório:

Não se acredita mais no “livre jogo das forças sociais”, mostrou-se ineficiente o Estado do *laissez-faire* para a obtenção do provimento jurisdicional justo. A experiência desmentiu a crença de que o trabalho das partes no processo era suficiente. A disposição exclusiva pelas partes do material fático (dispositivo em sua concepção clássica, *da mihi factum*...) mostrou-se insuficiente, aumentando a probabilidade de erro na prestação jurisdicional. A isso soma-se a tomada de consciência de que o juiz também é um agente político do Estado, e de que, também, na subsunção do fato a norma existe alguma liberdade criativa e atuação da vontade.

O juiz na instrução da causa subtrai da parte o poder de direção formal do processo, para “diante do inafastável caráter dialético do processo”, modificar o alcance do antigo brocardo “*da mihi factum, dabo tibi ius*”. Isso ocorre porque existe o limite decorrente da razoabilidade, pois o fato não está dissociado do direito, que impõe ao juiz o ativismo judicial na defesa do interesse do Estado, na solução do litígio. Ao juiz será possível analisar fatos secundários (*v.g.*, art. 131 do CPC) e até mesmo fatos principais quando, *p. ex.*, tratar-se de situação de direito público ou ordem pública.

⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “A garantia do contraditório”, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, coordenação José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: RT, 1999. p 132-150, item 3. Na verdade é um retorno à visão clássica do contraditório como garantia de direito natural ou ainda mais além na História (Grécia antiga) como regra moral “*regula iuris: audiatur et altera pars*” (Seneca, *Medea*, II, 199-220, e antes ainda ao “Pseudo” Focíde, “o mais sábio dos homens” *apud* PICARDI, Nicolò. “Il principio del contraddittorio”, *Riv. Dir. Proc.*, anno LIII –seconda serie- n° 3, Luglio/Sett, 1998, p.p. 673-681.), agora visto sobre o prisma da ciência jurídica e da constitucionalização dos princípios.

¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA: 1999, loc. cit.

¹¹ *Idem*, *ibidem*.

Assim, com base no relatório sobre o ativismo judicial elaborado por Marcel Storm e oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário¹² define a questão Alvaro de Oliveira, “Como confluência desses fatores, desponta como resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, o incremento do ativismo judicial, já agora tornado “*chose faite*”, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional”¹³

b) Divisão equitativa dos poderes, faculdades e deveres em contraditório:

Para garantir o respeito dessas funções no desenvolvimento do processo pode-se dizer que este deve ser exercido em uma equitativa distribuição de poderes, faculdades e deveres, correspondendo a uma “dinâmica dialética”, onde as partes da relação processual (juiz, autor e réu) exercem, de forma não episódica, um “conjunto de reações, controles e escolhas”. Isso ocorre porque “O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e de impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”¹⁴. “É o dialogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o dialogo”¹⁵.

Portanto, o juiz, ao fazer uma valoração interpretativa ou criativa da norma, não deve ou não pode fazê-lo sozinho: 1º por que é inútil ou até mesmo perigoso imaginar que o juiz, por imparcial, procurará somente atingir a verdade (inclusive restando saber qual verdade?); 2º porque na sua procura e na sua “luta” pela “verdade” e pelo “justo” permanece sempre – independentemente de seu comprometimento ético e moral – algum caráter subjetivo, porta de entrada para o condicionamento da decisão aos seus fatores pessoais: psicológicos, éticos e sociais. Assim, a interpretação da norma depende muito da qualidade do sujeito que a interpreta e do ambiente em que está inserido, portanto, resulta “de risco” (prejudicial), porque restritiva, na perspectiva da pesquisa e no âmbito de valoração, a atividade de individuação e concreção da norma somente pelo juiz. “O método dialético amplia o quadro de análise, constrange a confrontação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”¹⁶. O *Bundesverfassungsgericht* decidiu, com base em considerações similares, que a parte tinha o direito de ser ouvida em juízo (*rechtliches Gehör*) também com relação às questões de direito¹⁷. Quanto ao aforismo *iura novit curia* é uma função da parte complementar os fatos com o direito pretendido e é de seu interesse acompanhar a interpretação que o tribunal tende a dar a este, ou ainda mesmo, as alterações da “base legal” da decisão, para fornecer a sua própria visão técnica a respeito.

Importante é que há “a ausência de nítida e rígida repartição de funções entre as partes e o órgão julgador.”¹⁸. O diálogo reduz o tratamento da parte como simples “objeto” do pronunciamento jurisdicional, garante atuação crítica e construtiva sobre o andamento e o resultado da demanda.

¹² Para maiores informações sobre o relatório e suas conclusões bem como referência bibliográfica mais completa ALVARO DE OLIVEIRA: 1999, item 4.

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA: 1999, item 3.

¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “ O Juiz e o Princípio do Contraditório” in: Revista de Processo, ano 19, n. 73. Jan/Mar, 1994. p.7. Esta visão ressaltava já Calamandrei, in Processo e Democrazia, “Rapporto giuridico vuol dire rapporto tra persone: quando diciamo che il processo è un rapporto giuridico tra il giudice e le parti, veniamo implicitamente a riconoscere che, nel processo, di soggetti dotati di una volontà autonoma e giuridicamente rilevante, non ce n'è uno solo, il giudice, ma ce ne sono tre, il giudice e le parti. Anche l'antica dottrina lo insegnava: *processus est actus trium personarum.*”, e segue, “Dunque nel processo il giudice è mai solo”. CALAMANDREI, Piero. “Processo e democrazia”, in: Opere Giuridiche, I, Napoli: Morano, 1965, p.679.

¹⁵ A. Arndt, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, 1959, pp. 1297 e segs., 1301, apud, TROCKER, Nicolò. “Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)”, Milano: Giuffrè, 1974. p.645.

¹⁶ Nicolò Trocker, op. cit., p. 642- 645.

¹⁷ Idem, ibdem. p.645.

¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA:1994, p.9.

Isto ainda pode ser demonstrado, mais uma vez, no claro desenvolvimento da questão por Alvaro de Oliveira, “Essas considerações demonstram não só o inafastável caráter dialético do processo atual, como também um novo alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. Antes de nada, afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como totalmente divorciados do juízo de direito. Não somente se exhibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram -, mas perde força sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.”¹⁹ .

E ainda, decorrente da cooperação necessária no processo democrático, verbis, “O mesmo sucede em relação ao aforismo *iura novit curia*, impor ao juiz, na sua conceituação tradicional, conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, tornando-o também totalmente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito, permitindo-lhes extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.”²⁰. Isto significa dizer que se a visão tradicional era de não se comunicarem os atos, na visão hodierna, estes se comunicam de tal sorte que à parte também cabe aportar as regras jurídicas ao processo, e mais, na jurisprudência alemã ao juiz está vedado decidir sobre regras jurídicas não abordadas no o processo, “surpreendendo” as partes. “O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo...”²¹. Da mesma forma o julgador, não estando adstrito ao direito trazido pelas partes, deverá informá-las previamente, em homenagem ao princípio do contraditório alargado, evitando o julgamento em “monólogo”.

As conclusões que se apresentam são: Ao juiz cabe a busca da verdade provável dentro do processo (ativismo judicial), mas aconselha-se o diálogo do juiz com as partes, ora informando as normas ou posturas, ora num diálogo informal em busca dessa verdade provável; para tanto é insuficiente a velha concepção de contraditório como a simples ciência bilateral e a possibilidade de crítica dos atos em juízo praticados, deve-se abranger também a possibilidade de manifestação em prazo razoável em todas as questões definitivas de fato e de direito (superando o princípio *iura novit curia* e as imposições *ex officium*).

Nesse sentido é importante o devido processo legal a assegurar o “acesso ao ordenamento justo”, e impedindo o arbítrio do órgão julgador pelo controle da razoabilidade e proporcionalidade do ato judicial.

Não é portanto o contraditório, um princípio restrito aos interesses das partes ou do juiz, mas é, antes, uma porta aberta aos ventos da democracia, aberta com os umbrais para “a busca da verdade e da justiça”.

¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA:1999, item 4.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., item 4.

4. A Garantia da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação da Sentença (e das decisões no processo)

Hermes Zaneti Júnior

A garantia da motivação e da publicidade das decisões judiciais é imprescindível para a realização da cidadania e da democracia no processo, tendo em vista a importância, como ato processual magno, que assume a sentença .

Encontra-se no art. 93, inc IX, da CF/88, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes;”.

Ressaltando as palavras de Ada Pellegrini Grinover; “Liga-se aos princípios da ação, da defesa e do contraditório, e ao livre convencimento do juiz, a obrigação de motivação das decisões judiciais, vista sobretudo em sua dimensão política”¹.

Aqui devemos dar o sentido amplo à dimensão política da motivação, que não diz respeito somente à comprovação de um o processo regular para as partes e à avaliação das provas levadas aos autos, mas além, é garantia de que qualquer um do povo poderá aferir, em concreto, a imparcialidade do juiz , a legalidade, a razoabilidade e a justiça da decisão, enfim, é um direito contra o poder arbitrário.

Assim, citando Michelle Taruffo², individualiza-se algumas das notas essenciais da motivação 1º. O enunciado das escolhas do juiz, com relação: a) à individualização das normas aplicáveis; b) à análise dos fatos; c) à sua qualificação jurídica; d) às consequências jurídicas desta decorrentes; . 2º Os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 17-39.

² La Motivazione Della Sentenza Civile. Padova: Cedam, 1975 p. 222 e segs, e 467 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, in *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária.

5. A Garantia ao Juiz Natural

Hermes Zaneti Júnior

Versa o art. 5º, inciso LIII, CF/88, “Ninguém será processado nem julgado senão pela autoridade competente.”.

Ferrajoli¹, ilustre professor italiano, procura demonstrar, logo em primeiro plano, a característica essencial da garantia para o juiz “moderno”. A Garantia do juiz natural indica, assim, a normalidade do regime de competências, entendendo por competência a medida da jurisdição.

São suas três características básicas (distintas entre si): 1 - a necessidade de que o juiz seja preconstituído pela lei e não indicado *post factum*; 2 - a inderrogabilidade e a indisponibilidade das competências; 3 - a proibição de juizes extraordinários ou especiais.

Sob o ponto de vista histórico Ferrajoli salienta que é infrutífera a tentativa de situar a garantia do juiz natural na “Magna Charta” (julgamento pelo seus pares) de 1215. Para ele o juiz natural, assim como o princípio da independência do juiz, são frutos de uma concepção “moderna”. A formulação mais madura do princípio cabe ao pensamento francês do século XVIII, após as declarações de direitos da Revolução Francesa. Contra os juizes comissários nomeados pelo Rei se posicionou toda a doutrina de Montesquieu.²

A Constituição francesa de 1791 (revolucionária), adotou o princípio em suas três garantias no art. 4, cap. V, tit. III. Porém, infelizmente esta intenção foi limitada nas posteriores e estas limitações é que vieram a influenciar a própria Itália de Ferrajoli entre outros países da Europa³.

Quanto à amplitude, pode-se afirmar que o princípio do juiz natural não exclui a existência de justiças especiais, mas sim juízos de exceção e extraordinários (art.5º, inciso XXXVII⁴, CRFB/88). José Frederico Marques⁵ cita Calamandrei, para quem os princípios que asseguram “*l’astrottezza delle legge*” não teriam sentido se não fossem acompanhados da mesma “*astrottezza dell’ordinamento giudiziario*”, impedindo a escolha de juizes “*ad personam*”.

O direito brasileiro recepciona o juiz natural, como foi visto. É garantia de longa data e também foi conhecido como o princípio do “juiz constitucional”, o que reforça sua inserção com princípio assegurador da “não interferência” do Estado nas decisões judiciais.

¹ FERRAJOLI, Derecho y Razón (Teoria Del Garantismo Penal), cit., p. 589-591.

² Citando Ferrajoli, “Y en 1766 la expresión << juez natural>> hizo su primera aparición en la voz <<juge (Jurispr.)>> de la Enciclopédie, para designar precisamente, y en oposición a los jueces comisarios o extraordinarios, al <<juez ordinario>> dotado de competencias legalmente establecidas y no instituido después de la ejecución del hecho.” (FERRAJOLI, op. cit., p.591.).

³ JUIZ NATURAL - HISTÓRICO; José Frederico Marques entende ter o princípio surgido pela primeira vez na Constituição Francesa de 1814, o que como vimos acima, no texto de L. Ferrajoli, não parece ser a opinião acertada visto ser decorrência lógica da revolução francesa, acreditamos ser difícil que este tenha sido incluído somente *a posteriori*, sendo muito mais plausível a redução de sua abrangência como demonstra Ferrajoli. No direito espanhol segundo o autor se usa a expressão juiz competente. Cabe aqui argüir o texto da “Magna Charta Libertatum” pelo seu interesse histórico, haja vista o entendimento de que o princípio poderia ser desdobramento do juízo de pares, “ by the lawful judgement of his peers”. MARQUES, José Frederico. Juiz Natural, in Enciclopédia Saraiva de Direito, vol.46, p. 444-450.

⁴ Textualmente diz o inciso XXXVII, *verbis*, “não haverá juízo ou tribunal de exceção.”(art.5º, CRFB/88).

⁵ MARQUES, op. cit. p.446.

Conclusões

Hermes Zaneti Júnior

1. O acesso à Justiça é um Direito cívico fundamental, possui quatro enfoques principais: acesso à Justiça como poder/dever de cidadania; acesso à Justiça como direito à tutela jurisdicional; acesso à Justiça como acesso ao “ordenamento jurídico justo”; acesso à Justiça efetiva e eficaz.
2. O devido processo legal se subdivide em procedimental, como aquele que garante “a observância do preceito isonômico e o Direito a uma decisão motivada, emanada de um órgão julgador natural e imparcial”¹; e substantivo, que significa o controle substancial dos atos de poder, tendo como parâmetros a razoabilidade e a proporcionalidade.

Essa subdivisão não é absoluta, e como é natural aos princípios ora em estudo, existe uma imbricação contínua entre uns e outros.

3. O contraditório toma fôlego na nova dinâmica dialética que surge para o processo, cuja busca da democratização impõe um contraditório mais amplo.

Isso ocorre porque se alteram os paradigmas processuais no sentido de dar força à “relação processual”, alteram-se os paradigmas lógicos decorrentes da antiga visão extrínseca do processo como sequência de atos², e passa, o processo, a ser visto não só como o processo jurisdicional, mas também o processo administrativo e o processo legislativo (doutrina de Fazzalari); assim, processo é visto como uma espécie de procedimento, o procedimento em contraditório (o que caracteriza a indispensabilidade do contraditório no procedimento é o “provimento” como ato de poder³).

Nesta direção o contraditório se recoloca no centro do fenômeno processual, não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de busca da verdade provável⁴.

4. A motivação e a publicidade das decisões são formas de controle da regularidade da prestação jurisdicional.

As garantias do devido processo, aqui estudadas, se tornam voláteis, se vedado arbitrariamente o conhecimento das razões que levaram ao provimento Estatal, ao ato de poder.

Mesmo nos casos de segredo de justiça e nos provimentos em que, por específicos e claros motivos de ordem pública, se restringe à publicidade, ao demandado esta nunca pode ser tolhida, e as motivações, como próprio esteio da regularidade do procedimento e de sua razoabilidade, são de obrigatório fornecimento.

¹ LIMA, op. cit., p. 266.

² Cabe a advertência do mestre italiano Nicolò Picardi sobre a prevalência, ainda hoje, da concepção de processo e procedimento como pertencentes ao mesmo gênero “L’orientamento ancora prevalente ruota, però, intorno alla convinzione secondo cui processo e procedimento appartengono allo stesso genere.” (op. cit, p.679). Apesar de também crer ele ser o processo “qualcosa de diverso e de più”(op. loc. cit.).

³ “O aspecto dinâmico do poder, portanto, para o processualista não é o poder mesmo (jurisdição), mas o meio de seu exercício (processo). Assim em direito processual o poder, melhor dizendo a dinâmica do poder se exerce através do processo. E mais o poder se exerce no procedimento em contraditório que significa o processo.” (DINAMARCO, op.cit., p.p. 113-114.)

⁴ PICARDI, op. cit., p.681.

5. O juiz natural é garantia do estado moderno (posterior à Revolução Francesa). Foi instituído contra o controle “natural” que sofriam os juizes nomeados pelo Rei, e significa ainda mais, a regularidade do regime de competências, a certeza de que a autoridade não poderá criar tribunais *post factum*, e nem juízos de exceção.

Por último, uma conclusão geral pode ser depreendida do ensaio: o processo marcha para uma alteração fundamental de seus paradigmas clássicos. Nesse caminho o necessário paralelismo entre a ação e a contestação não podem ser esquecidos (Couture), pois o processo é instrumento para realização da Justiça, não ‘serve’ nem ao autor, nem ao réu. O processo existe para garantir as liberdades.

Assim, a visão analítica do processo, como seqüência de atos, do processo como técnica, que tutelava interesses individuais, deve ser substituída (e gradativamente está sendo), por uma visão sintética, integradora, tutelando o interesse público.

Porquanto não se toque diretamente no problema da efetividade, alerta-se para o fato de que: **efetividade, fora do “ordenamento justo”, é uma porta aberta à tirania.**

Bibliografia:

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O Juiz e o Princípio do Contraditório” in: Revista de Processo, ano 19, n. 73. Jan/Mar, 1994. p.p. 7-14.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “A garantia do contraditório”, in: Garantias Constitucionais do Processo Civil, coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo: RT, 1999. p 132-150
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Do Formalismo no Processo Civil”. São Paulo. Saraiva, 1997.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Efetividade e processo de conhecimento”, ensaio ainda inédito.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto e LACERDA, Galeno. “Comentários ao código de processo civil; lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”, vol. VIII- Tomo II, arts 813 a 889, 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 11.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. “La Igualdad de las partes en el proceso civil”, Temas de Direito Processual, Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67-81.
- BARROSO. Luis Roberto, “Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”, <http://fdir.uerj.br/rqi/arc/a011002.html>.
- CALAMANDREI, Piero. “Processo e democrazia”, Opere Giuridiche, I, Napoli: Morano, 1965, p.679.
- CALMON DE PASSOS, J.J., “Processo e Democracia”, in: Participação e Processo, org. Ada Pellegrini Grinover, Dinamarco, Cândido R. e Watanabe, Kazuo. São Paulo: RT, 1988. p. 150-165
- CAPPELLETTI, Mario e Bryant Garth. “Acesso à Justiça”, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro . International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XVI – Civil Procedure, “Chapter I – Introduction, Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure”, 1987.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. “Teoria geral do processo”, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

- COUTO E SILVA, Clóvis, “A teoria das ações em Pontes de Miranda”, *Ajuris*, ano XV, nº 43, p.p. 68-78, julho, 1988.
- COUTURE, Eduardo J. “Las garantías constitucionales del proceso civil” in: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: EDIAR, 1946. p.p. 151-210.
- DINAMARCO, Cândido R. “A instrumentalidade do processo”, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, nº. 14-16.
- FAZZALARI, Elio, “Procedimento e processo (teoria generale)”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milano: Giuffrè, 1965. p.p. 819-836.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y razón (teoria del garantismo penal)”. Madrid: Trotta, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O conteúdo da garantia do contraditório”, in: *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 17-39.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “As garantias constitucionais do direito de ação”. São Paulo: RT, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Defesa, contraditório, igualdade e “par condicio”, in: *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1-8 (nº 1 a 6).
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “O processo constitucional em marcha e as garantias do direito de ação”. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio H. V., FINK, Daniel, et al, “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto”, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. “Devido processo legal”. Porto Alegre: Safe, 1999.
- MARQUES, José Frederico. “Juiz natural”, in: *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol.46, p. 444-450.
- NERY, Nelson Jr. “Princípios do processo civil na constituição federal”. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 1992.p.15-23.
- PERELMAN, Chaïm. “Ética e direito”, trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PICARDI, Nicolò. “Il principio del contraddittorio”, *Riv. Dir. Proc.*, anno LIII –seconda serie- nº 3, Luglio/Sett, 1998, p.p. 673-681.
- RUY BARBOSA. “Oração aos moços- discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920”. São Paulo: Ed. Mensário Acadêmico Dionysus, 1921. p.42.
- SCHWARTZ, Bernard. “Direito constitucional americano”. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVA, Ovídio A. B.. “Curso de processo civil”, vol. I, 2ªed. Porto Alegre: Safe, 1991.
- SILVEIRA, Domingos S. Dresch da. “Considerações sobre as garantias constitucionais do acesso ao judiciário e do contraditório”. in: *Elementos para uma Nova Teoria Geral do Processo*, org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- TROCKER, Nicolò. “Processo civile e costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)”, Milano: Giuffrè, 1974.