

TUTELA JURISDICIONAL CONTEMPORÂNEA GARANTISTA: O PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO LEGITIMADO PELA OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Humberto Dalla Bernardina de Pinho*

Sumário: 1. Generalidades. 2. O Devido processo legal como a origem das normas fundamentais nos ordenamentos contemporâneos. 2.1. Contraditório. 2.2. Isonomia. 2.3. Inafastabilidade do controle jurisdicional. 2.4. Publicidade dos atos processuais. 2.5. Motivação das decisões judiciais. 2.6. Duração razoável do processo. 3. Síntese conclusiva.

1. GENERALIDADES



omo as demais ciências, o direito, particularmente o ramo do direito processual, é regido por princípios próprios que o informam e orientam a interpretação dos seus institutos, a fim de garantir o acesso à Justiça. Porém, antes de nos atermos a tais princípios, é mister compreender o seu significado dentro do ordenamento jurídico.

Os princípios, cuja importância na ciência jurídica moderna é inquestionável, representam o polo legitimador da dogmática jurídica em um Estado Democrático de Direito, pois traduzem a essência, a razão última, enfim, os valores que inspiram um dado ordenamento¹.

* Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, na Estácio e no IBMEC. Doutor, Mestre e Graduado pela UERJ. Desembargador do Tribunal de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

¹ Como pontua Cappelletti: "It is a matter of common observation that, historically,

Nelson Nery Junior² assevera a importância dos princípios no direito processual, elevando a disciplina à categoria de ciência jurídica dissociada do direito privado, ressaltando a contribuição dos estudos do jurista alemão Oskar von Bülow³, no início do século XIX, dado o tratamento principiológico dedicado ao tema, que possibilitou a autonomia da disciplina frente a outros ramos do direito.

Maior destaque recebe a teoria de Josef Esser⁴ como a

certain rights and guarantees emerged as “fundamental,” or, particularly in modern times, as “constitutionally” or “internationally” proclaimed, and so became differentiated from other rights and guarantees. This phenomenon is not alien to civil procedure. For millennia a number of basic principles have developed to represent the “fundamental” rights of litigants vis-à-vis the judge, the adversary, and third persons. These include the ancient principles of (a) the party's exclusive right to initiate an action and to determine its subject matter (“*nemo iudex sine actore*,” “*ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*”), (b) judicial impartiality (“*nemo iudex in re sua*”), and (c) the right of defense (“*audiatur et altera pars*”). Other principles have a somewhat less ancient history, such as the great liberal guarantee of judicial independence from the executive; still others, such as the right to a “natural” or “lawful” judge (that is, a judge predetermined by law), and the guarantee of an open and public proceeding, can be considered a conquest, or an aspiration, of modern times”. CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends, in 25 *Stanford Law Review*, May, 1973, p. 651, acesso via www.westlaw.com, em 15 de março de 2012.

² NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

³ “O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se como totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação.” BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, pp. 06/07.

⁴ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

mais substancial a exercer importante influência na obra de J. J. Gomes Canotilho, acentuando os princípios como diretrizes para os órgãos formadores do direito.⁵

Canotilho⁶ defende que regras e princípios devem ser entendidos como espécies do gênero norma, de modo que teríamos normas-regras e normas-princípios. Portanto, a distinção entre eles residiria, em última análise, em uma diferenciação entre dois tipos de normas.

Daí resulta que ambas teriam aplicação prática e força cogente. Mas, enquanto a norma-regra regularia aspectos pontuais, sendo aplicada ou não – de forma peremptória –, a norma-princípio regularia situações mais elásticas, comportando ponderações no caso concreto, em virtude do seu maior grau de abstração.

Note-se ainda que as normas-princípios desempenham importante papel tanto na atividade do legislador quanto na do operador do direito. O primeiro, ao ditar normas-regras, deve considerar as normas-princípios já existentes no sistema.

O operador do direito, por sua vez, utiliza as normas-princípios no momento da interpretação e da aplicação das normas-regras, muitas vezes recorrendo àquelas para precisar o exato sentido e o alcance destas últimas. Além disso, as normas-princípios também auxiliam o operador na tarefa de colmatagem de lacunas.

De acordo com Luigi Ferrajoli⁷, as garantias

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9 ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35 e 49-50.

⁶ “os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normo-genética fundamentante”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1.087. Sobre a aplicação específica desses conceitos ao processo contemporâneo, veja-se, por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. (A jurisdição no Estado contemporâneo, in *Estudos de direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13/66.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *O constitucionalismo garantista e o estado de direito*. Trad.

fundamentais insculpidas na Constituição brasileira de 1988 apontam a Carta como a mais avançada frente a outras constituições da América Latina e formadora de "*uma postura do estado constitucional de direito enormemente potencializada*" pela amplidão de direitos sociais catalogados e protegidos por garantias secundárias, conferidas à jurisdição no caso de violação das garantias primárias.

Grandes expoentes do direito processual⁸ já sedimentaram a teoria segundo a qual o direito constitucional é o tronco da árvore e o direito processual é um de seus ramos. Ou seja, não é possível conceber uma única regra processual que não tenha sido inspirada na atmosfera constitucional.⁹

Nesse passo, importante refletir sobre a necessidade da renovação do direito processual, expressa pelo novo CPC como pelo projeto de novo CPP (PLS n. 156/2009),¹⁰ já que os textos anteriores (no caso do processo penal, o texto ainda em vigor) foram editados antes da Carta de 1988.

Como afirma Luís Roberto Barroso,¹¹ somos um país de

de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et.al. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 233.

⁸ Merecem destaque, entre tantos doutrinadores, os seguintes: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.; CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973.; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*, v. I, Bologna: Il Mulino, 1998.; MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso – la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata/Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

⁹ ZANETI JR. Hermes. *Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁰ Enquanto o NCPC já foi promulgado em março de 2015, tendo sua vigência iniciada em março de 2016, o NCPP ainda está no Congresso Nacional, tendo sido aprovado pelo Senado em 2010 e estando atualmente sob análise de comissão especial da Câmara de Deputados (vide <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em 16/03/2016)

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

democracia tardia. A nova Constituição, e, sobretudo, a defesa intransigente das liberdades públicas (direitos de primeira dimensão), bem como a implementação dos direitos sociais (segunda dimensão) fizeram com que nos encontrássemos na desagradável situação de ter um pé na modernidade e outro na pós-modernidade.¹²

A edição de novos Códigos é um sinal de ruptura com a modernidade, reduzindo o abismo antes existente entre o direito constitucional (e a interpretação ativa que vem sendo feita de suas normas) e o direito infraconstitucional.¹³

Significa, ainda, o esforço do legislador infraconstitucional para “*densificar o direito de ação como direito a um processo justo e, muito especialmente, como um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos*”, nas precisas palavras de Marinoni e Mitidiero.¹⁴

O novo código deixa claro, em seu art. 1º, que o processo civil será interpretado conforme a Constituição. É o fim da hermenêutica tradicional, baseada no silogismo: a norma é a premissa maior e o fato a menor. Nessa concepção, ora ultrapassada, caberia ao juiz fazer o exame deste, em acordo com aquela. Para tanto, seriam usados métodos como a interpretação literal, sistêmica, teleológica e comparativa.

Agora, a hermenêutica passa a ser neoconstitucional, pressupondo que as normas podem assumir a feição de regras ou princípios. As regras devem ser interpretadas de acordo com os princípios. Havendo colisão de regras, usa-se a hermenêutica tradicional. Havendo uma contraposição de princípios, é preciso recorrer à técnica da ponderação, buscando ou uma composição destes ou a solução que melhor se adeque ao espírito

¹² CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 34.

¹³ Por todos: BITTAR, Eduardo C. B. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. Crítica e propostas, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010, p. 16.

constitucional.¹⁵

É bem verdade que essa nova hermenêutica aumenta, e muito, os poderes do juiz. Os mais alarmistas falam em ditadura do juiz.¹⁶ Cria-se, portanto, a necessidade de uma fundamentação mais profunda nas decisões judiciais. Uma fundamentação analítica, como assevera Marinoni.¹⁷ É o que chamamos do “fundamento do fundamento”: as partes têm o direito de saber quais as premissas que o juiz levou em consideração para tomar aquela decisão.

Igualmente, embora já constitua um grande avanço, não é por si só suficiente. Há uma enorme discussão sobre a natureza da atividade hermenêutica, sobretudo a dificuldade da separação das fases da interpretação da aplicação,¹⁸ bem como os preconceitos que influenciam¹⁹ internamente²⁰ o juiz.

É, sem dúvida, o sinal de uma nova era, que merece, portanto, um novo Código.

Ultrapassada essa fase de observações preliminares, passaremos a analisar os princípios específicos do direito processual civil, notadamente aqueles de caráter constitucional, que constituem necessárias diretrizes a serem obedecidas pelas disciplinas processuais.

2. O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO A ORIGEM DAS

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 28 jan, 2009.

¹⁶ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC. Crítica e propostas, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁰ Para os que desejam se aprofundar nessa temática, sugerimos vivamente a seguinte leitura: MORAIS DA ROSA, Alexandre. Decisão penal: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NORMAS FUNDAMENTAIS NOS ORDENAMENTOS CONTEMPORÂNEOS

Sem dúvida um dos mais importantes princípios processuais²¹, o devido processo legal foi introduzido em nosso ordenamento de forma expressa pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, LIV, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”.

Ao analisar, sob uma perspectiva comparativa, os modelos constitucionais, Luigi Paolo Comoglio²² coloca o sistema constitucional de garantias processuais brasileiro, previsto na Constituição de 1988, na vanguarda das constituições modernas, em razão do seu caráter analítico e inovador em alguns aspectos, com inspiração tanto nos valores que orientam o modelo do *due process of law* anglo-americano, quanto na matriz europeia ligada à proteção dos direitos humanos.

Embora o termo em inglês *due process of law* tivesse sido utilizado pela primeira vez, em 1354, no reinado de Eduardo III, na Inglaterra, sua origem remonta à Magna Carta (art. 39),²³ de 1215, assinada por João Sem-Terra.

Assim, sendo fruto de importação do direito anglo-saxônico, o princípio representa, sob esse último aspecto, um conjunto de garantias constitucionais (ou o núcleo central da maioria

²¹ Segundo Nelson Nery Jr.: “a amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Nada obstante, é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variadas manifestações, notadamente no que respeita aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o estado de direito nem atende ao interesse público”. Principios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42

²² COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). Revista de Processo. REPRO. São Paulo, ano 23, n. 90. abr.-jun. 1998, p. 139.

²³ Teria sido o art. 39 da Magna Carta a primeira manifestação histórica, assegurando, primeiro aos barões e depois ao povo, que ninguém poderia ser julgado senão por seus pares, com base numa lei razoável e que emanasse da sociedade.

das garantias processuais²⁴) destinadas a assegurar às partes a participação, com o exercício de suas faculdades e poderes processuais, bem como a legitimidade do exercício da jurisdição.

Decorrem dele outros importantes princípios processuais, como o princípio do contraditório, o da ampla defesa e o da duração razoável do processo, também consagrados em sede constitucional.²⁵

Por isso, além de afirmar que o *due process of law* é mais que uma garantia, sendo um conjunto de garantias que assegura às partes o exercício de faculdades e poderes processuais, Cândido Rangel Dinamarco dispõe que funciona também como sistema de limitação ao exercício do poder. O devido processo será uma "garantia de justiça" e "direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado" a partir das normas processuais constitucionais.²⁶

Segundo Oteiza²⁷, a cláusula do devido processo legal é um valor chave para a democracia.

²⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, há uma verdadeira superposição entre os princípios constitucionais processuais, sendo impossível delimitar a área de aplicação exclusiva de cada um, em virtude dessa convergência, e também, porque obedecer aos padrões estabelecidos pela Constituição significa observar todos os princípios decorrentes desse princípio maior. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 198

²⁵ Por essa razão, Leonardo Greco, referindo-se à totalidade das garantias constitucionais do processo, afirma: "esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5ª e 14ª da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana". GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, texto disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto165.htm>, acesso em 2 nov. 2004.

²⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

²⁷ "un valor clave de la vida democrática, ya que confiere a los individuos o grupos, contra los cuales las decisiones gubernamentales operan, la chance de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso". OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Revista de Processo. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009. pp. 180/181.

Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor²⁸, apesar de não existir uma precisão metodológica na localização de certas instituições processuais elevadas ao patamar constitucional, especialmente em relação àquelas cujas origens remontam à Carta Magna inglesa de 1215, a garantia do devido processo ou "processo justo" foi encontrada em diversos documentos normativos, como na Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que influenciou as *Cartas Constitucionales* de 1795 e 1814, bem como na quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos de 1791 e sua evolução em sede das decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O reconhecimento dos princípios referentes ao devido processo legal como garantias constitucionais, em igual patamar a outros direitos com base na lei fundamental, impõe o estudo da disciplina processual pela metodologia do direito constitucional e do processualismo. Trata-se de afirmativa feita há mais de cinquenta anos pelo processualista uruguaio Eduardo J. Couture²⁹, que já sugeria o estudo analítico das normas processuais.

Como bem assevera Barbosa Moreira³⁰, não se pode esperar que o processo, por si só, tenha força suficiente para dirimir as desigualdades sociais através do aparelho judicial, mas servirá como importante meio para alcançar interesses socialmente relevantes da maneira mais desimpedida possível a todos os cidadãos.

Os meios disponibilizados pela Constituição para viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais através da Jurisdição

²⁸ Assim conclui que o devido processo compreende também "uma garantia dirigida à aplicação da lei de maneira justa e razoável, isto é, o substantive due process of law". MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. As garantias constitucionais do processo e o direito constitucional processual. Traduzido por Bruno Costa Teixeira. Revista Panóptica. n. 14, nov. 2008. Disponível em: http://br.vlex.com/source/panoptica-5045/issue_nbr/%2314. Acesso em: 14 jun. 2013, p. 28.

²⁹ COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. Tradução: Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 36.

³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: Temas de direito processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 15/17.

revelam a importância do princípio do devido processo legal na tangibilidade a esses direitos.

Assim, a prática que melhor atende aos anseios de uma eficaz prestação da tutela jurisdicional é aquela que não se restringe apenas à garantia formal de acesso à justiça, mas que estende a todos os participantes os princípios e garantias que compõem o devido processo.

O devido processo traduz a supremacia da lei, base de uma sociedade democrática que protege os direitos fundamentais através da Constituição, evitando que qualquer atitude arbitrária possa restringir seu conteúdo.

Eduardo Oteiza³¹ propõe uma reflexão a respeito dos aspectos universais e comuns da cultura jurídica processual em países que adotaram o constitucionalismo e o respeito às garantias individuais no seu ordenamento jurídico como imprescindíveis à manutenção do Estado Democrático de Direito, impondo limites necessários e uma postura decisiva aos abusos cometidos pela conduta arbitrária estatal.

Especial destaque é dado à garantia do devido processo legal, que precisa se desenvolver num contexto pós-crise da República Argentina nos últimos anos, especialmente na área econômica, com importantes reflexos na atual cultura jurídica daquele país, que ainda mantém um cunho formalista excessivo que o autor denomina medieval.

Marco Félix Jobim³² observa que o conceito de "processo justo" é fruto da constitucionalização dos direitos e foi alocado dentro do princípio do devido processo legal, englobando uma série de garantias processuais. O processo justo vai além da simples sujeição dos fatos à lei, mas constitui a soma de vários

³¹ OTEIZA, Eduardo. El debido proceso: evolución de la garantía y autismo procesal. In: ARAZI, Roland et.al. Debido Proceso: realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba. 1 ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003. pp. 03/10.

³² JOBIM, Marco Félix. Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. pp. 131/134.

princípios, que se respeitados, tornam o processo efetivo.

Para Humberto Theodoro Júnior³³, a mescla de processo justo e devido processo legal, a par da regularidade formal, impõe a adequação do processo à realização do melhor resultado concreto em face do direito material, prevalecendo a proporcionalidade e razoabilidade na harmonização dos princípios.

Dessa forma, o juiz não será apenas "a boca da lei", mas agirá pela interpretação e pela aplicação do direito positivo, adequando a norma aos fatos e também aos valores em jogo no caso concreto, afastando a ideia de que o devido processo é apenas um simples procedimento desenvolvido em juízo.

Nesse contexto, o maior desafio do processo atual, na realização da justiça, pela garantia do devido processo legal, é possibilitar que a prática do direito processual ultrapasse a mera instrumentalidade para tornar-se uma garantia de acesso à jurisdição com efetividade na tutela dos direitos individuais e do direito material.³⁴

Não se pode olvidar, portanto, a busca da eficácia concreta no exercício do devido processo legal. Por isso, Leonardo Greco entende que, para o processo equânime, as garantias são, também, direitos fundamentais e o Estado não estará prestando a tutela jurisdicional de forma plena "se elas não forem respeitadas ou se as decisões judiciais resultarem de procedimentos em que o juiz sofre profundas limitações na apuração da verdade e

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. In: ASSIS, Araken et.al. (Org.). Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem 50 anos de docência do professor José Maria Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 264/265.

³⁴ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni observa que somente atende ao "devido processo legal" o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de Justiça processual insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação. A observância do "devido processo legal" ou do "procedimento legal" legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantia das partes diante do poder estatal. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Teoria geral do processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 464.

na apreciação do direito das partes".³⁵

Enfim, o objetivo único e central de garantir o acesso à Justiça através de um processo justo e celebrado com os meios adequados, traduz, em termos processuais, os princípios da legalidade e da supremacia da Constituição, inerentes à democracia participativa pós-moderna.

2.1. CONTRADITÓRIO

Previsto no art. 5º, LV, CF/88 e no art. 9º do NCPC, o referido princípio é tão importante no direito processual a ponto de renomados doutrinadores³⁶ como Elio Fazzalari afirmarem que “sem contraditório, não há processo”.³⁷

Sua importância valorizou-se ainda mais com o seu prestígio pelas Cortes Internacionais que, em suas jurisprudências, vêm considerando o princípio do contraditório como parte integrante dos direitos humanos³⁸.

³⁵ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 6. v. 10, jul./dez. 2012, pp. 275/277.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 115.

³⁷ Observe-se, contudo, que Elio Fazzalari rejeita a teoria do processo como relação jurídica (Bülow), afirmando que basta haver o procedimento em contraditório para que haja processo. FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.

³⁸ "Enquanto princípio jurídico, o contraditório produz efeitos sobre outras normas jurídicas de forma direta e indireta. Por conta da eficácia direta os princípios exercem uma função integrativa, pois agregam elementos não previstos em subprincípios ou regras. Assim, ainda que não haja regra expressa determinando a oitiva das partes a respeito de ato judicial com “potencial” de influir na esfera jurídica de uma delas, deverá ser oportunizada a sua manifestação por conta justamente dessa função integrativa do contraditório. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que os juízes têm de modificar sua própria decisão por conta de algum vício interno a ela (omissão, obscuridade ou contradição). Tal modificação não pode se dar sem a prévia manifestação das partes a respeito". LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 17, n. 1, jan-jun/2016, pp. 164/192, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>,

Esse princípio impõe que, ao longo do procedimento, seja observado verdadeiro diálogo, com participação das partes. Representa, então, a garantia não apenas de ter ciência de todos os atos processuais, mas de ser ouvido, possibilitando a influência na decisão³⁹.

Leonardo Greco⁴⁰ analisa com profundidade o princípio do contraditório e ressalta a importância da dialética processual através da plena participação dos interessados na construção do debate e na busca da melhor solução.

Para que isso ocorra, observa que o juiz deverá abandonar a posição burocrática, que se afigura limitada em apenas receber as informações, para adotar uma postura mais ativa, favorecendo o diálogo entre as partes, interagindo com elas. Assim poderá estruturar melhor as bases de sua decisão, com mais elementos, tornando-a mais eficaz⁴¹.

p. 170.

³⁹ “la causa giustificatrice del principio del contraddittorio si rinviene nel normale carattere bilaterale della domanda che ha per destinatari il giudice e colui nei cui confronti chi propone la domanda pretende che il provvedimento richiesto produca i suoi effetti. La legge dialettica cui è ispirato il processo imprime carattere receptizio alla domanda, nel senso che il provvedimento non può essere emanato se la domanda non è stata portata a conoscenza sia del giudice sia della controparte”. PISANI, Andrea Proto., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli: Jovene, 2012, cap. V, n. 3. p. 200.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005, pp. 541/544.

⁴¹ “por princípio do contraditório entendia-se tradicionalmente a imposição de que: a) formulado um pedido ou tomada uma posição por uma parte, devia à outra ser dada oportunidade de se pronunciar antes de qualquer decisão; b) oferecida uma prova por uma parte, a parte contrária devia ser chamada a controlá-la e ambas sobre ela tinham o direito de se pronunciar. Assim se garantia o desenvolvimento do processo em discussão dialética, com as vantagens decorrentes da fiscalização recíproca das afirmações e provas feitas pelas partes. A esta concepção, válida mas restritiva, substituiu-se hoje uma noção mais lata de contrariedade, com origem na garantia constitucional do *rechtliches Gehör* germânico, entendida como garantia da participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no

A concepção atual do contraditório moderno abrange a participação ativa e influente das partes em todas as fases do processo, reduzindo as possibilidades de surpresa na decisão judicial por fundamentos que não puderam ser previamente conhecidos e que diferem daqueles suscitados pelas partes⁴².

Deverá o juiz provocar debate sobre todas as questões que irão compor sua decisão, incluindo as que deve conhecer de ofício, bem como os fundamentos, submetendo todas as possibilidades em esgotar a discussão do tema aos principais interessados no desfecho da lide.

Essa comparticipação⁴³ consistirá na "democratização do sistema de aplicação da tutela" através do debate processual na

sentido negativo de oposição ou resistência à atuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir ativamente no desenvolvimento e no êxito do processo". FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 124/125.

⁴² "Decisão surpresa é aquela que contém, como fundamento, matéria, de fato ou de direito, que não tenha sido previamente oportunizada a manifestação dos sujeitos processuais a seu respeito. Na Alemanha, a doutrina e o Tribunal Constitucional Federal alemão entendem que a regra decorre do direito fundamental ao contraditório constitucionalmente garantido pelo art. 103, 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – GG). No plano infraconstitucional, a regra foi positivada no § 278, III do CPC alemão (Zivilprozessordnung – ZPO), pela Lei para Simplificação e Celeridade dos Processos Judiciais (Vereinfachungs novelle), de 03.12.1976, e aperfeiçoada na reforma do ZPO de 2001, pela Lei sobre a Reforma do Processo Civil, de 27.07.2001, no § 139, § 2.º". SANTOS, Welder Queiroz. A vedação à prolação de decisão surpresa na Alemanha, in Revista de Processo, vol. 240, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev/2015, p. 431.

⁴³ "Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia de imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. 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". GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985. p. 8.

busca da melhor aplicação normativa ao caso concreto.

Também Alvaro de Oliveira⁴⁴ destaca o princípio do contraditório como um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo, ultrapassando as barreiras da formalidade e firmando-se como garantia essencial na proteção dos direitos individuais.

Para além da apresentação das questões controvertidas na realização do direito de defesa, a parte pretenderá convencer o juiz, amparando ao máximo a cognição, o que evidencia o necessário caráter dialético do direito processual.

Reforça-se a necessidade de uma nova postura do magistrado, que não se resume à análise dos fatos para dizer o direito, mas que considera a fundamentação jurídica feita pelas partes. Caso sejam ignoradas as argumentações de direito material e processual, afasta-se a visão do principal interessado na decisão final.

Em consonância com esse entendimento, ao analisar o papel fundamental do juiz na dinâmica processual, Daniel Mitidiero⁴⁵ destaca a importância de submeter às partes todo direito que não fora por elas suscitado, mas que o magistrado entender aplicável ao caso concreto.

Assim, ainda que mais essa etapa aumente o tempo que antecede a decisão final, firma-se necessária, em respeito aos institutos da solidariedade social e da cooperação previstos na Constituição.

A assertiva confronta a ideia de que a celeridade poderia justificar a supressão de etapas importantes à garantia do contraditório, esclarecendo que o juiz necessariamente tem que

⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 set. 2009. p. 6-10.

⁴⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. A garantia do contraditório: do *ordo judicarius medieval* ao processo cooperativo contemporâneo. Texto disponível em: www2.tjrs.jus.br/.../c...civil/Dr_Daniel_F_Mitidiero_17_03_2005.doc. Acesso em: 7 fev. 2010. p. 11.

informar às partes o rumo que está dando à sua decisão.

Se o que se leva em conta se resume à análise dos fatos relatados, excluindo-se a argumentação do direito, já não se configura uma efetiva ampla defesa, que deve ser respeitada como garantia constitucional. O autor reforça a ideia de que os interessados devem vislumbrar a real possibilidade de influenciar as decisões que serão proferidas e que afetarão diretamente sua esfera pessoal. Assim, o contraditório será algo fundamental na experiência judiciária e na formação das decisões.

Importa ressaltar que o contraditório dinâmico e pleno colabora para afastar a arbitrariedade do Estado em impor solução que não respeite as garantias individuais. É forçoso reconhecer que não basta que se conceda qualquer decisão: ela deve ser, tanto quanto possível, eficaz à realidade dos interessados, de acordo com os argumentos que eles expuseram nos autos.

Justamente com essa base, o CPC de 2015 veio, em seu art. 10, vedar a “decisão-surpresa”. Decisão surpresa pode ser conceituada como aquela sobre cujos fundamentos de fato ou de direito as partes não puderam se manifestar.⁴⁶ Percebe-se, então, que o legislador infraconstitucional reconheceu que tal vedação é parte integrante do conteúdo da garantia fundamental do contraditório⁴⁷.

⁴⁶ SANTOS, Welder Queiroz dos, A vedação à prolação de "decisão surpresa" na Alemanha in Revista de Processo, vol. 240/2015, pp. 425/435.

⁴⁷ "A concepção de processo como procedimento em contraditório ressalta o caráter estrutural dessa norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias. Ausente contraditório, inexistente processo. O contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a induzir comportamentos mesmo não havendo um dispositivo específico que lhe seja diretamente correspondente. (...) De acordo com a atual configuração do Estado Constitucional brasileiro, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independentemente da matéria nela versada, inclusive aquelas que versem a respeito de questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito, exceção feita as hipóteses de contraditório posticipado ou diferido que autorizam a concessão da tutela de urgência e da evidência em prol da efetividade da jurisdição". LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 17, n. 1, jan-jun/2016,

Há, destarte, uma compreensão mais moderna do instituto, em que “o contraditório passa a envolver, na verdade, um complexo jogo de interação entre as partes e o próprio juiz, evitando a adoção de decisões inesperadas”.⁴⁸

A discussão não é nova por aqui no Brasil, já se colocando sob a égide do Código anterior. O art. 128 do CPC 1973, mantido com pequenas alterações no art. 141 do CPC 2015, dispunha que o juiz deve decidir a ação “nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes”.

Diante da restrição, que se refere apenas às *questões*, a doutrina clássica invoca aqui o adágio *iura novit curia*, segundo o qual o juiz seria livre na escolha e na aplicação dos fundamentos jurídicos.

Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci⁴⁹ entende que não existe impedimento para que o juiz requalifique juridicamente a demanda, enquadrando-a em outros dispositivos legais. Assim, ao juiz seria concedida plena liberdade para aplicar o direito da maneira que entender pertinente, desde que respeitados os limites fáticos aportados no processo.

Fazendo uma excelente resenha do tema, Mario Gelli⁵⁰ colaciona diversos autores que tratam dessa delicada questão.

Nesse contexto, Barbosa Moreira⁵¹ sustenta que a causa

pp. 164/192, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>, p. 166.

⁴⁸ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in matéria civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001, pp. 393/395.

⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 160/161.

⁵⁰ GELLI, Mario. *A vinculação do juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

de pedir não é integrada pela norma jurídica aplicável à espécie, tampouco pela qualificação jurídica dada pelo autor da demanda ao conjunto de fatos em que apoia sua pretensão.

Ainda no mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque⁵² afirma que a alteração da fundamentação jurídica pelo juiz não implica modificação da causa de pedir.

Ocorre que, com o passar do tempo, parte da doutrina evoluiu para o entendimento de que tal discricionariedade ampla do juiz poderia, em alguma medida, gerar prejuízo para uma das partes.

Passou-se, então, a trabalhar com a ideia de que o princípio do contraditório deveria ser utilizado para limitar essa liberdade do juiz.

Leonardo Greco⁵³ propõe uma orientação mais restritiva, atentando para a liberdade das partes, e também, ao princípio da demanda, que atribui ao autor o poder de fixar seus limites objetivos e subjetivos.

Nesse sentido, não se pode negar que a vontade do autor é fator essencial na definição dos limites do objeto litigioso e, por isso mesmo, tem que ser respeitada. Em outras palavras, o litígio levado a juízo não é o litígio real, *in natura*, mas sim aquele limitado pelos elementos fáticos e jurídicos apresentados pelo autor; ademais, o objeto da jurisdição civil é o pedido e não os fatos.

Diante desses conceitos, podemos observar que o texto do novo CPC busca uma espécie de consenso.

Em nossa visão, entre duas possíveis soluções extremadas, ou seja: (1) manter o sistema segundo o qual o juiz pode alterar a seu bel-prazer os fundamentos jurídicos, ainda que sob

⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

⁵³ GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 59.

o disfarce de modificar a norma aplicável; ou (2) exigir que o juiz fique absolutamente adstrito aos fundamentos invocados pela parte, ainda que vislumbre outro, mais adequado, andou muito bem o legislador ao buscar uma solução intermediária e salomônica.

Pela leitura que nos parece a mais adequada do dispositivo, o juiz pode invocar fundamento não alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir.

Nessa hipótese, ou seja, quando o juiz traz para os autos um fundamento que não havia sido alegado, não está muito claro ainda quando, até que momento e de que forma fará ele essa inserção.

Por outro lado, é preciso se atentar para a enorme mudança que será ocasionada pela parte final do novel dispositivo, quando determina que tal providência deverá ser tomada pelo juiz, ainda que a matéria possa ser examinada de ofício.

Doutrina e jurisprudência vêm caminhando no sentido de que tais matérias, hoje, a partir da interpretação do atual art. 485, § 3º, CPC, seriam: condições para o regular exercício do direito de ação, pressupostos processuais e as hipóteses de nulidade absoluta.

Parece-nos que essa redação do art. 10 está de acordo com os postulados de um processo justo, ou seja, fundado em garantias estruturais e individuais. Numa eventual colisão entre os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório, a solução preconizada ergue-se como promissora ferramenta capaz de preservar a efetividade do processo, sem, contudo, lhe retirar o caráter democrático.

Maior atenção à garantia do contraditório merecem os procedimentos de cognição sumária, tendo em vista que o aumento da celeridade pretendida pelo legislador tende a restringir o alcance das garantias processuais.

Assim, Leonardo Greco⁵⁴ aponta a necessidade de a

⁵⁴ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. Op. cit., pp. 277/278.

sumarização ter como fundamento a lei, pois, diante da possibilidade de flexibilização pelo juiz, a lei determinará a extensão e prazos dos atos processuais e permitirá às partes uma previsibilidade mínima para o exercício da ampla defesa.

O autor⁵⁵ assevera também que se "as formas e os ritos não constituem fins em si mesmos, há um núcleo duro e indispensável de formalismo que não pode ser desrespeitado", isso em nome da ordem necessária à realização do devido processo legal em respeito às garantias fundamentais das partes que não poderão ser suprimidas, como ocorre em nome da celeridade e economia processual, mas em prejuízo da ampla defesa. Por essa razão, o procedimento legal, previsível e flexível constitui garantia do processo.

O excesso de formalismo também merece atenção por prejudicar o bom funcionamento do processo.

Por isso, Bedaque⁵⁶ considera que a tese da relação entre procedimento e interesse público, quanto à observância rigorosa do rito sob pena de nulidade, não é convincente. Isso porque, se há o descumprimento de uma exigência formal relacionada ao rito que não prejudica o contraditório e a ampla defesa ou o objetivo imediato da norma ou do processo, não há motivo para dar relevância ao vício, admitindo outras medidas que possam preservar os atos anteriormente praticados.

Assim, o contraditório pode ser conceituado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo (jurisdicional ou não), com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre eles.

Abrange a garantia de meios previstos em lei ou moralmente legítimos para a participação das partes no processo,

⁵⁵ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (Coord.). O novo código de processo civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier Editora, 2012, pp. 12/13.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 65/69.

viabilizando a defesa de seus interesses, a serem franqueados pelo juiz; bem como a participação do magistrado na preparação do julgamento, exercendo, ele próprio, o contraditório. Trata-se de direito das partes e dever do juiz.⁵⁷

2.2. ISONOMIA

Não somente as condições do processo convergem para franquear igualdade aos que buscam a tutela jurisdicional. A barreira do acesso à Justiça se reforça pelo excesso de solenidades e formalismos que se apresentam ao cidadão comum, que, carente de informação e formação cultural, sente-se mergulhado num ambiente desconfortável e inseguro, não vislumbrando a oportunidade de igualdade de luta. A garantia de paridade de armas é apenas um dos aspectos do acesso à Justiça que tocam o direito processual.

Em primeiro lugar, trata-se da igualdade perante a lei. Significa que aqueles que aplicarem a lei só poderão distinguir os destinatários na medida em que a lei permitir. Isto porque o papel de discriminar incumbe ao legislador. Este dirá em que casos deverá haver tratamento diferenciado.

Destina-se ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. Foi consagrada pelo constituinte de 1988, no art. 5º, *caput*. Já no plano infraconstitucional, existe previsão no art. 139, I do CPC de 2015 (correspondente ao art. 125, I do CPC de 1973).

Pelo CPC, o juiz poderá, independentemente de previsão legal específica, tomar as providências necessárias para assegurar a isonomia. Isso só ocorre porque o próprio legislador permite genericamente que o magistrado estabeleça diferenciações no caso concreto. Como o poder do juiz aumenta, na mesma medida, reforça-se seu dever de fundamentar.

A ampliação dos poderes do juiz poderia sugerir uma

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 128.

abertura ao autoritarismo, tese defendida por parte da doutrina. Todavia, Barbosa Moreira assevera que este é um pensamento equivocado, uma vez que a história demonstra posicionamento diverso dos governos autoritários, que sempre se empenharam em fortalecer o Executivo.⁵⁸

Assim, preservada a autonomia do Judiciário, a atuação do magistrado se dará no sentido de promover o equilíbrio entre as partes, buscando proporcionar uma posição de igualdade processual aos litigantes tão somente na medida em que se fizer necessária alguma intervenção.

Em segundo lugar, trata-se da exigência de igualdade na lei. Significa que a lei não pode distinguir as partes de maneira absurda, de qualquer modo. O próprio Legislativo, que estabelece os casos de diferenciação, encontra seu limite. Está adstrito ao Princípio da Razoabilidade, que é um valor constitucional. A razoabilidade é que estabelecerá a situação fática que autoriza uma aceitável distinção.

A razoabilidade delimita a esfera de alcance dos direitos fundamentais, eis que nenhuma ordem jurídica poderá protegê-los de maneira irrestrita, pois ao contrário do que possa parecer, não são absolutos frente a outros valores também dignos de proteção. De acordo com Ingo Sarlet⁵⁹ as limitações se impõem "pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos".

Com a entrada em vigor do NCPC, que transfere ao magistrado esse poder de estabelecer ou não um tratamento diferenciado entre as partes, tal decisão *in concreto* continuará limitada ao princípio da razoabilidade.

Como já mencionado, o princípio da isonomia é corolário do princípio do devido processo legal e um pilar da democracia, tendo sido consagrado pelo constituinte no art. 5º, *caput*, da

⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. 3 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 389.

CF/88, e no plano infraconstitucional no art. 139, I, NCPC.

Leonardo Greco⁶⁰ torna mais consistente esse conceito de igualdade, ao falar em “oportunidade concreta igual de sucesso final”.

Um bom exemplo de isonomia material pode ser encontrado na inversão do ônus da prova no Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), de modo a favorecer a parte hipossuficiente (art. 6º, VIII),⁶¹ excepcionando a regra de que o ônus da prova

⁶⁰ “As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses. Essa equalização é particularmente importante quando entre as partes exista relação fática de subordinação ou dependência, como nas relações de família, de trabalho, de consumo. [...] Em julgado de 1994, a Corte Europeia extraiu, como consequência direta do processo justo garantido no artigo 6º da Convenção, o dever do órgão julgador de proceder ao exame efetivo dos meios, dos argumentos e das proposições de prova apresentados pelas partes, sem prejuízo da prévia apreciação da sua pertinência em relação aos fins da decisão (Van de Hurk v. Países Baixos, julgado em 19-4-94)”. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Dispo-nível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/do-cumentos/texto165.htm>>. Acesso em: 2 maio 2006.

⁶¹ Acerca das relações entre o princípio da isonomia e a inversão do ônus da prova, merece ser transcrita a lapidar lição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: “pergunta-se: será que esta situação é um privilégio do consumidor? Das situações que envolvem relações de consumo, ou não? Seria razoável, equânime, que só nestes casos pudesse haver a inversão, visando a alcançar uma solução justa, adequada? Como poderíamos garantir o alcance dos fins que informam modernamente o processo, o acesso à Justiça, notadamente a procura da decisão correta, da decisão justa, se fosse exigido, em qualquer caso, de uma das partes, a prova de um fato que ela não tem como produzir, enquanto a outra poderia fazê-lo, sem maior dificuldade? Fica evidente, claro, que as regras do ônus da prova devem se coadunar com os princípios que regem o direito processual. É impossível assegurar a igualdade das partes e o devido processo legal, na medida em que se exige de uma das partes algo que ela não pode fazer, e ao mesmo tempo sujeitá-la a uma decisão desfavorável em decorrência desta situação. Seria uma iniquidade [...] Nessa linha, sempre que a distribuição legal acarretar tal dificuldade a uma das partes, deverá o juiz determinar a inversão do ônus da prova, quando a parte contrária puder produzi-la sem maiores esforços”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.

incumbe a quem alega.

Destaque-se que, no NCPC, adotou-se a teoria da carga probatória dinâmica (art. 373, §1º). Assim, o juiz poderá afastar as regras gerais sobre ônus da prova sempre que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade para que uma das partes cumpra tal encargo ou que a prova seja de mais fácil produção por um dos sujeitos. Trata-se, então, de mais um mecanismo para assegurar a paridade de armas no processo.

Ressalte-se, que, por respeito ao contraditório, essa inversão, em hipótese alguma, deve gerar surpresa⁶² para a parte atingida. Até mesmo porque à parte deve ser oportunizado se desincumbir desse ônus (art. 373, §1º, *in fine*).

Ainda no âmbito do CPC, os poderes conferidos ao juiz permitem a correção das desigualdades existentes entre os litigantes através de inúmeras medidas, tais como a determinação de provas *ex officio* (art. 370 do NCPC).⁶³

2.3. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

74/75.

⁶² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Panóptica, Vitória, p. 1-44, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/1fev07.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

⁶³ “Observe-se, a propósito, que esses amplos poderes conferidos ao juiz, longe de dificultarem a atuação do contraditório, integram-no e o disciplinam, temperando em certos casos o desequilíbrio dinâmico que pode criar-se entre as partes devido a imperfeições na organização dos ofícios da acusação e da defesa. Nem afetam, esses poderes assistenciais, a imparcialidade do juiz que, como já se viu, não só é mantida, mas até acrescida, no momento da síntese, pela avaliação de alegações e provas produzidas em condições efetivamente paritárias pelas partes. E assim o contraditório, não mais considerado como mera expressão jurídica de iguais possibilidades conferidas aos sujeitos do processo, confunde-se com a par condicio, e não só serve à imparcialidade do juiz, como ainda assume relevância autônoma em relação ao princípio da igualdade”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. Em igual sentido: Barbosa Moreira, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: _____. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 45/51.

O direito à tutela jurisdicional é reconhecido na Convenção Europeia de Direitos Humanos como direito essencial que comporta o acesso ao juiz e à coisa julgada, dotando as decisões de força definitiva e obrigatória, sendo um elemento constitutivo da essência do Estado de Direito.

Com sede constitucional no art. 5º, XXXV, reproduzido no art. 3º, *caput* do NCPC, o referido princípio i) impede que o legislador restrinja o acesso à ordem jurídica ou ao ordenamento justo, bem como ii) impõe ao juiz o dever de prestar a jurisdição, isto é, garantir a tutela efetiva, a quem detenha uma posição jurídica de vantagem, sendo vedado o *non liquet*⁶⁴ e iii) constitui garantia para as partes que existe ao lado das condições de procedibilidade para o exercício do direito de ação.

Num sentido político, o princípio coloca sob o controle dos órgãos jurisdicionais todas as crises jurídicas que possam gerar um estado de insatisfação.

Não se trata, portanto, de mera garantia de acesso ao juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão.⁶⁵ Ou seja, significa o próprio Acesso à Justiça.

Sob o prisma do acesso à jurisdição, o princípio se impõe como uma garantia fundamental essencial, possibilitando o início da relação processual e permitindo-se invocar a tutela do Estado. O bem individual e o bem comum serão regulados pela função jurisdicional, não podendo o Estado deles afastar o seu controle, sempre motivado a manter o equilíbrio social e econômico das relações.

Confirma-se a imediata importância do direito

⁶⁴ Conforme visto, ao juiz é vedado se eximir de julgar (art. 140, NCPC). Na falta de lei, usará a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

⁶⁵ Atualmente, a garantia da tutela jurisdicional tempestiva encontra-se expressa no inciso LXXVIII, do art. 5º, introduzido em nossa Constituição pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, bem como no art. 4º do NCPC.

processual para a realização dos direitos, sendo imprescindível, na visão de José Roberto dos Santos Bedaque, "dotar o processo de efetividade prática" eis que "a via estatal continua sendo a principal forma de solução das controvérsias".⁶⁶

É inegável que todas as medidas destinadas a ampliar o acesso ao Judiciário, ao longo do tempo, causaram um aumento no volume do número de processos, que se chocou com a estrutura desigual e insuficiente do sistema judiciário. Com baixo número de juízes e limitações físicas, apesar do mandamento que impõe a inafastabilidade do controle jurisdicional para a realização da justiça, a realidade se incumbiu de demonstrar consequências indesejadas, como a evidente insuficiência estrutural do Poder Judiciário.

Para Dinamarco, a tutela constitucional do processo objetiva assegurar a conformação do direito processual com os princípios constitucionais, sendo o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional indispensável à celebração do processo como instrumento de acesso à justiça. Este processo, em sua essência, refletirá as bases do regime democrático e do Estado de Direito.⁶⁷

Frise-se, no entanto, que este direito à prestação jurisdicional não é incondicional e genérico, sujeitando-se a condições da legislação processual e do direito substantivo (legitimidade e interesse de agir).

Em vista deste princípio, muito se discutiu acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 9.307/96 que deu nova roupagem à arbitragem no direito brasileiro. Ao fim dos debates, concluiu-se pela sua constitucionalidade,⁶⁸ pois tal princípio é direito (e não uma obrigação) do cidadão, que pode dele dispor, ou seja, se ele tiver um direito lesado, poderá

⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo. op. cit. p. 20.

⁶⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. op. cit., p. 27.

⁶⁸ Nesse sentido, conferir, na jurisprudência do STF, o Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira n. 5.206 e o Processo de Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847-1, disponíveis no sítio do Tribunal, em <http://www.stf.gov.br>.

ou não o levar ao Poder Judiciário segundo seu entendimento e sua autonomia da vontade.

A arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um terceiro, escolhido pelas partes, com poder de decisão, segundo normas e procedimentos aceitos por livre e espontânea vontade das partes. Nesse sentido, então, o NCPC, em seu art. 3º, §1º, dispõe que a arbitragem é assegurada na forma da lei, não representando violação à inafastabilidade.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar no capítulo que trata do acesso à justiça, temos uma compreensão mais ampla do termo jurisdição, que não deve, portanto, ficar restrito a atividade exercida pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a arbitragem deve ser concebida como manifestação do exercício da jurisdição, embora com características peculiares frente a jurisdição estatal.

Nesse particular, cabe registrar que, enquanto o dispositivo constitucional estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”, o NCPC dispõe que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Essa sutil alteração, como já salientado quando tratamos da temática do acesso à justiça, evidencia que, no processo civil contemporâneo, a decisão adjudicada, isto é, imposta pelo julgador às partes, não pode mais ser considerada como a única forma de pacificação social, devendo ser valorizados e incentivados os métodos adequados de resolução de conflitos, entre eles a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Com isso, a noção de jurisdição – antes vinculada essencialmente à atividade estatal – ganha novos contornos, podendo ser compreendida como o direito de acesso à justiça e efetiva solução do conflito.

Como decorrência natural desse raciocínio, também na via arbitral devem ser observadas as garantias fundamentais, sob pena de se admitir um déficit democrático nesse meio

adjudicatório, o que poderia comprometer sua higidez. Trataremos mais desse assunto na próxima parte.

2.4. PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

Cappelletti⁶⁹ afirma que a internacionalização dos direitos fundamentais sugeriu maior consideração de direitos universalmente compreendidos como direitos humanos e elevados à qualidade de essenciais, fazendo com que os Estados entendessem que esses direitos deveriam gozar de maior proteção jurídica, firmando-se no texto constitucional.

São, portanto, garantias que se destacam, como a independência e imparcialidade do juiz e, muito especialmente, a garantia de um processo aberto e público, diretamente ligadas ao devido processo legal e que se firmam como conquistas do direito processual civil.

Insero nos arts. 5º, LX, e 93, IX, CF/88, bem como no arts. 8º e 11 do NCPC, constitui projeção do direito constitucional à informação e suporte para a efetividade do contraditório, garantindo o controle da sociedade sobre a atividade jurisdicional desenvolvida. A administração da justiça faz parte da Administração Pública, que tem como princípio a Publicidade (art. 37 da CRFB).

Significa que, em regra, o processo deve ser público e, apenas excepcionalmente, sigiloso – quando houver expressa previsão legal, notadamente, quando a defesa da intimidade ou do interesse público o exigirem.

Há uma íntima relação entre os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais.

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. *Stanford Law Review*. May, 1973. p. 112.

O atual art. 189, NCPC, regula a matéria, fazendo a previsão, em casos excepcionais, do chamado “segredo de Justiça”. Em regra, a lei define duas hipóteses básicas - de Direito de Família e de arbitragem - e duas cláusulas gerais – interesse público e direito à intimidade -, ficando ao prudente arbítrio do juiz concretizá-las, desde que sua decisão seja fundamentada, pois estará restringindo uma garantia constitucional.

Importante assentar, ainda, que a confidencialidade resguarda a proteção do processo em si e de sua real finalidade, permitindo, com isso, que não se chegue a resultados distorcidos em favor daquele que se utilizou de comportamentos não condizentes com a boa-fé⁷⁰.

Desse modo, uma vez compreendida a confidencialidade sob esses termos, verifica-se que ela se consubstancia em um importante fator de garantia de funcionalidade da própria mediação.

Não é por outro motivo que o art. 229, I, CC e o art., art. 448, II, CPC, expressamente ratificam esse entendimento, mediante a positivação do segredo profissional.

No campo penal, verifica-se que a revelação de segredo obtido em razão do exercício de profissão, ofício, função e ministério é conduta expressamente tipificada no art. 154, CP, sendo, portanto, passível de persecução criminal por parte do Estado.

O exame do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos

⁷⁰ “(...) Se, entretanto, fosse possível que o mediador testemunhasse em juízo sobre as informações que obteve em razão da mediação, uma parte de má-fé poderia utilizar o processo de mediação para obter uma vantagem estratégica em uma futura disputa judicial. (...) sendo permitida a oitiva de mediadores, a testemunhas, a encenação perante o mediador de fatos irreais que podem beneficiar, no judiciário, a parte responsável pelo fingimento seria de grande tentação para partes de má-fé (...) Assim, permitindo que o mediador seja testemunha, seria possível que uma parte não colaborasse com o processo de mediação e fosse premiada pelo comportamento não cooperativo, pervertendo o sistema de incentivos descrito no início desse ponto (...)”. A Confidencialidade na mediação. In Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. vol. II. André Gomma de Azevedo (org.), Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

Humanos, mostra a possibilidade da renunciabilidade dos direitos nele previstos, o que tem sido admitido pela Corte, tanto em relação ao processo penal quanto ao processo civil.

Por isso, a Corte Europeia, analisando caso a caso, tem aceito a renúncia à publicidade do processo, exigindo em todos os casos que essa renúncia não tenha sido o resultado de pressões ou intimidações, mas deverá ser livre e espontânea "podendo ser tácita, desde que inequívoca, não devendo contrariar o interesse público".⁷¹

No que se refere a mediação judicial, anote-se que as partes interessadas podem, de comum acordo, renunciar ao sigilo. Essa circunstância deve ser esclarecida, ao início do procedimento, pelo mediador. Mas há outras hipóteses legais que afastam a confidencialidade, tanto na mediação judicial como na extrajudicial.

É possível que a divulgação seja exigida pela Lei. Será o caso, por exemplo, da mediação envolvendo a Administração Pública e seus entes (art. 32 da Lei nº 13.140/15), em razão do princípio da publicidade insculpido no art. 37, CF, ressalvadas as hipóteses cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII da Carta de 1988, e art. 3º, I, e 27 da Lei nº 12.527/2011).

Finalmente, é possível também que a divulgação seja necessária ao cumprimento do acordo. Imagine-se, por exemplo, que ao fim da mediação as partes chegam a bom termo, e fica pactuado que uma delas deve cumprir determinada obrigação de fazer. Caso não haja o cumprimento voluntário, será preciso iniciar um processo de execução, que terá como título executivo o próprio termo de mediação (art. 784, inciso IV do CPC).

Em sendo necessária a execução judicial do acordo, deverá ser observado o princípio da publicidade (art. 189 do CPC).

Por fim, cumpre registrar que a importância da publicidade se manifesta em diferentes momentos do CPC, como, por

⁷¹ GRECO. Resenha informativa, op. cit., p. 8.

exemplo, na cooperação jurídica internacional (art. 26, II), nas ações possessórias (art. 554, § 3º), na alienação de bens (arts. 880, § 1º, 882, § 2º, e 887, § 4º), na formação dos precedentes (art. 927, § 5º), na distribuição de processos no tribunal (art. 930) e no processamento e julgamento do IRDR (art. 979).

2.5. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A exigência de motivação das decisões judiciais já se mostra, a longa data, presente no Direito Processual Civil, desde o século XVIII. No Brasil, desde as Codificações Filipinas, no século XIX, passando pelo Regulamento 737/1850, os Códigos estaduais e os CPCs de 1939 e 1973, já se previa a necessidade de fundamentar os atos jurisdicionais.⁷²

Em 1988, contudo, a Constituição da República teve o mérito de erigir esse dever processual à garantia fundamental do cidadão. Consoante dispõe o art. 93, IX, CF, todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de serem consideradas nulas de pleno direito, o que agora também consta do art. 11 do CPC. Trata-se de dupla garantia: (i) de existir um fundamento e (ii) de este ser explicitado, de modo a se expor uma justificação racional sobre a decisão tomada.⁷³

Dessa forma, é garantida às partes, para efeito de segurança das relações jurídicas e de controle da atividade jurisdicional, a possibilidade de impugnar aquelas decisões que não estejam devidamente fundamentadas.

Alvaro de Oliveira⁷⁴ faz direta relação entre os princípios

⁷² OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XII, 2013, p. 36, disponível em www.redp.com.br, acesso em 20 de dezembro de 2013.

⁷³ QUEIROZ, Pedro Gomes de. A Motivação da Sentença Civil no Estado Democrático de Direito, Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XI, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>. Acesso em 15/03/2016, p. 434.

⁷⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 set. 2009, pp. 13/14.

da motivação e do contraditório. Isso ocorre na medida em que, ao proferir a sentença, o juiz expõe os fundamentos em que baseou sua decisão, demonstrando a eficácia do diálogo antecedente, sendo essa uma garantia de democratização do processo que afasta a opressão e autoritarismo que obstruem a correta aplicação da justiça.

Daí se revela essencial a motivação, demonstrando cuidadosa análise dos fatos e dos fundamentos aduzidos e a melhor interpretação e aplicação da lei, evitando surpreender as partes tanto quanto possível. Dessa forma, também se eleva o interesse público na prestação jurisdicional, corroborando a segurança jurídica.

Verifica-se a assertiva na medida em que, após a fase cognitiva, será possível constatar, pelo exame da decisão proferida, se os elementos apresentados foram ou não apreciados pelo julgador em todas as suas minúcias. A motivação reforça a decisão com fundamentos que esclarecem as razões pelas quais foram superados os elementos vencidos, ou, quanto aos que foram considerados, o motivo de terem sido total ou parcialmente acolhidos.

A motivação permite às partes controlar se as razões e as provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão. Seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e evidências trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão.

Em tal contexto, também o contraditório não passaria de exigência formal, pois nenhuma garantia seria dada às partes de que efetivamente influiriam no resultado do processo.

A obrigatoriedade da motivação é, portanto, uma decorrência dos direitos e dos princípios citados. Em virtude dela, concede-se às partes a oportunidade de fiscalizarem a atuação do juiz, controlando-se todas as razões e provas relevantes consideradas no provimento final, até mesmo para que seja possível,

eventualmente, persuadi-las da justiça da decisão.

Por essa razão, Ferrajoli⁷⁵ pondera que a maior expansão da jurisdição através de imponente aparato garantista sugere necessidade de mais incisiva defesa das garantias como limites ao Poder Judiciário, por meio da cognição mais ampla possível e consideração dos direitos individuais. Se o pronunciamento judicial faz lei entre as partes, a sujeição dos fundamentos da decisão aos interessados é essencial.

Além disso, a motivação, ao revelar às partes os fundamentos da decisão, viabiliza a utilização pelo interessado dos meios de impugnação disponíveis no sistema, pois a parte deverá, em seu recurso, demonstrar, claramente, seu ponto de insatisfação, sua discordância e, principalmente, suas razões para pleitear a reforma, a invalidação ou, até mesmo, a eliminação de obscuridade ou de omissão contida no ato hostilizado.

Importante notar também, nesse ponto, é que a função da motivação para os fins de recurso não é apenas para as partes, mas também para o órgão jurisdicional que vai apreciar a irrisignação apresentada. Com base nos fundamentos da decisão, decide-se pelo provimento ou pelo desprovimento do recurso, bem como se permite a uniformização da jurisprudência no tribunal.⁷⁶

Um terceiro aspecto da motivação em relação às partes é uma função interpretativa do provimento jurisdicional. Por meio dela, permite-se a esses sujeitos processuais definir e individualizar os comandos constantes do dispositivo do ato.

Em suma, no plano endoprocessual, a motivação se destina a atender ao requisito técnico da decisão judicial, bem como a assegurar o direito de acesso à via recursal.⁷⁷

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et.al. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 237.

⁷⁶ QUEIROZ, Pedro Gomes de. Op. cit., p. 434.

⁷⁷ OLIVEIRA, Humberto Santarosa. Op. cit., p. 3.

As funções da motivação para as partes, contudo, não são suficientes para mensurar de forma completa sua importância para o Direito Processual Civil. A uma, que a função de persuadir as partes e de permitir irresignações não se apresenta em decisões de última ou única instância. A duas, porque a pretensão recursal pode se lastrear não no conteúdo da decisão, mas em vícios procedimentais que tenham lhe precedido.

Por isso, salienta-se, modernamente, a função política exercida pelo aludido princípio, qual seja, a de permitir aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade de suas decisões, em um contexto mais amplo de controle da função jurisdicional por toda a sociedade.

Importa salientar o posicionamento de Cappelletti⁷⁸ quanto à falibilidade do juiz, que poderá cometer erros, afastando o mito da interpretação jurídica como atividade puramente lógica e mecânica, sem espaço ao livre convencimento. Destaca o papel criativo caracterizado pela socialização, politização e discricionariedade necessárias à cognição. Por outro lado, a absolutização da independência, que afasta o judiciário de seu papel social, não encontra acolhida na atualidade.

A fundamentação está intimamente ligada à atividade cognitiva do juiz. É um dos chamados requisitos da sentença, na forma do art. 489, II, do CPC.

No Estado contemporâneo, o dever de fundamentação ganha uma especial relevância, tendo em vista o agigantamento dos poderes dos magistrados, bem como a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais, especialmente na Constituição.

A motivação também disponibiliza às partes e à sociedade como um todo a possibilidade de compreender quais os motivos pelos quais o juiz tomou determinada decisão, permitindo a fiscalização da atividade judiciária.

⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes irresponsáveis. Trad. e rev. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1989, pp. 86-87.

A veiculação de normas com maior grau de abstração expande o campo decisório do magistrado.

Isso significa que a utilização do *iter* procedimental não levará a uma solução única e pré-determinada. Pelo contrário, a concretização do princípio pode variar em graus distintos diante do caso concreto, abrindo-se certo campo decisório a ser preenchido pelo magistrado em um ato que alguns qualificam como discricionário.⁷⁹ Há, destarte, uma invidiosa ampliação dos poderes do magistrado.

Comparando a lei germânica reformada e o Código de processo civil português, Humberto Theodoro Júnior⁸⁰ declara que, nos referidos diplomas, o aumento dos poderes do juiz não implicou na redução das garantias de defesa das partes, na medida em que tudo que for apresentado por elas deve ser considerado nas fundamentações das decisões, sendo vedado ao magistrado qualquer decisão de ofício sem submissão prévia dos fundamentos às partes.

A partir das técnicas utilizadas na hermenêutica constitucional, torna-se imperativo que o magistrado revele em sua decisão mais do que uma simples adequação da norma ao caso concreto.

Até mesmo porque essa técnica puramente positivista, hoje, não é mais capaz de resolver grande parte dos conflitos.

Se não se pode mais falar em um direito processual alheio à Constituição, parece-nos que também não pode haver atividade hermenêutica sem levar em conta as técnicas advindas com o neoconstitucionalismo.

A motivação confirma o respeito à Lei fundamental, eis que toda decisão está sujeita ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos dos poderes. Assim, Nery Junior⁸¹ observa que o *due process of law* desse controle deve ser

⁷⁹ QUEIROZ, Pedro Gomes de. Op. cit, pp. 435/436.

⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Op. cit. p. 270.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo, op. cit., p. 62-63.

observado, fazendo-se o controle interno, jurisdicional, por recurso ordinário ou extraordinário e por ações autônomas de impugnação.

Se houver decisão de única ou de última instância que ofenda a Constituição, caberá Recurso Extraordinário ao STF. Caso a decisão de mérito tenha transitado em julgado, poderá haver impugnação, no cível, por ação rescisória, ou na seara penal, por revisão criminal.

Assim se confirma o controle de constitucionalidade difuso, quando o juiz ou tribunal decidirá pela não aplicação de uma norma ou reconhecerá a sua inconstitucionalidade, segundo a interpretação que se conferirá na decisão, afastando a incidência de Leis incompatíveis com a Constituição.

Dinamarco aponta a importância do controle difuso, inspirado pelo sistema norte-americano, como "o mais moderno entre os instrumentos destinados a tornar efetivo o princípio da supremacia constitucional".⁸²

O controle torna-se indispensável para garantir a ordem fundamentada na Constituição, resguardando os valores que ela abriga, admitindo-se, diante da possibilidade de falha, a revisão. Por essa razão, não será possível aceitar decisões genéricas e que não indiquem os dispositivos que abrigam a decisão prolatada.

O conteúdo do provimento judicial, desse modo, precisa ser aferido à luz dos parâmetros de juridicidade, para que seja atestada sua compatibilidade com todas as normas jurídicas do ordenamento aplicáveis ao caso, principalmente a Constituição.

Fixadas essas premissas, fica mais fácil compreender a relevância que o dever de fundamentar ganha como garantia do devido processo legal.

Reconhecendo tal relevância, o CPC de 2015 traz dispositivo que minudencia o cumprimento do dever de motivar.

Nos incisos art. 489, §1º, o legislador reputa não fundamentadas as decisões que se limitem a indicar ato normativo,

⁸² DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. op. cit., p. 31.

conceitos jurídicos indeterminados, precedentes ou súmulas, sem explicar a razão de sua incidência ao caso concreto, bem como as que deixem de seguir precedente sem apontar sua superação ou a distinção daquele caso em especial, invoquem motivos hábeis a justificar qualquer decisão ou não enfrentem todos os argumentos das partes que podem infirmar as conclusões chegadas.

Questão controversa é a compatibilidade da motivação *per relationem* com o preceito da CF, art. 93, IX. Essa espécie de motivação é aquela em que o órgão jurisdicional adota como razão para decidir uma outra decisão judicial, uma manifestação das partes ou do Ministério Público.

Em verdade, ao não emitir justificativa própria e autônoma, o órgão jurisdicional desatende aos fins da motivação, principalmente à clareza da sua decisão e aos fins extraprocessuais.

Nada obstante, deve-se observar que a jurisprudência vem chancelando a criticável motivação *per relationem*, desde que se enfrentem minimamente os argumentos esposados pelas partes.

A mesma crítica doutrinária se coloca no plano da fundamentação pelas súmulas e pelos precedentes, de forma indiscriminada. A aplicação delas como se fosse normas dotadas de generalidade e abstração viola o dever de motivação, pois não se apresenta a conexão lógica entre o caso concreto e o precedente. Nesse sentido, inclusive, o NCPC exigiu que o órgão jurisdicional apresentasse, fundamentando sua decisão, a similitude fática que autoriza a invocação do precedente (art. 489, §1º, V).

Ainda há a problemática de obrigatoriedade de fundamentação analítica. Se, por um lado, os Tribunais Superiores sempre insistiram na tese da necessidade de uma fundamentação mais profunda, por outro lado, muito raramente declaram a nulidade de uma decisão interlocutória mal fundamentada.

É corrente o pensamento segundo o qual só haverá

nulidade na hipótese de ausência de fundamentação, não valendo essa regra para a “deficiência de fundamentação”.

Parece-me que esse entendimento será revisto. Agora, o Código disporá de forma expressa que o juiz deve indicar “as razões de seu convencimento” e isso deve se dar de “modo claro e preciso”.

É a fundamentação analítica. Não basta que o juiz indique o dispositivo legal que autoriza a concessão da medida, deve expressar as razões de decidir. O motivo do motivo. Não basta dizer, nos casos da tutela de urgência, que está presente o *fumus boni iuris*. Tem que identificar naquele caso, dentro daquelas circunstâncias e por que motivo se convenceu da presença dos requisitos.

É como se o magistrado passasse a ter o dever de externar o processo mental que o levou a decidir daquela maneira.

De se registrar que esta obrigação vale tanto para as decisões positivas quanto para as negativas. Caso contrário, restaria arranhado o devido processo legal. A parte tem direito de saber por que motivo concreto o juiz decidiu daquela maneira, em que premissa se baseou, qual foi seu raciocínio, que valores o influenciaram. De posse dessas informações, poderá exercer seu direito ao recurso, demonstrando junto ao Tribunal o eventual desacerto da decisão questionada.

Em todos os casos de fundamentação deficiente ou de ausência de fundamentação, a sanção constitucionalmente prevista para o ato é a de nulidade (CF, art. 93, IX), cominando o CPC de 2015 a mesma sanção em seu art. 11.

Contudo, a hipótese mais interessante para o estudo do dever de fundamentação está ligada ao momento e às condições que o juiz dispõe para decidir.

Kazuo Watanabe⁸³ nos apresenta as possíveis classificações para a atividade cognitiva. Fala em cognição horizontal

⁸³ WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 2. ed. São Paulo: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

(relativa às matérias apreciadas pelo juiz) e vertical (quanto ao momento da prolação da decisão). No plano vertical, a cognição pode ser superficial, sumária ou exauriente. Cognição superficial se dá nas hipóteses em que o juiz é forçado a decidir quase que instantaneamente.

O *periculum in mora* é grande e não há tempo para diligências complementares. Na cognição sumária, o juiz tem um pouco mais de conforto. Não é possível aguardar o momento oportuno para a sentença (após a fase instrutória), mas já há elementos que fornecem a ele um pouco mais de segurança. Na tutela exauriente, a causa já está madura, o juiz teve todo o tempo para formar sua convicção, levando em conta todos os elementos que poderiam ser alcançados.

2.6. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O processo é o instrumento pelo qual o Estado confere jurisdição na solução de conflitos e isso deve ocorrer de maneira justa. Dentro desse modelo, surgiu no direito pátrio o chamado “processo justo” que, em linhas gerais, refere-se ao ideal de que o processo seja formado em consonância com os preceitos de dignidade da pessoa humana.

Deve, portanto, respeitar o devido processo legal, nos seus seguimentos da ampla defesa e do contraditório, além das demais garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, dentre os quais se encontram a igualdade, a publicidade dos atos judiciais e a duração do processo por um período de tempo razoável. Esses elementos devem ser rigorosamente resguardados quando da busca do jurisdicionado pela tutela dos direitos, que deve ser prestada por meio de uma jurisdição adequada.

Analisando a evolução histórica das legislações positivadas, Marco Félix Jobim observa que sempre foi dada importância à tempestividade na resolução dos processos. Como exemplos, o Código de Manu no direito indiano, o Código de

Justiniano no direito romano, a Magna Carta das Liberdades na Inglaterra; também o documento papal de 1314, que previa espécies de ritos ordinário e sumário, entre outros.

Ressalta que, ainda que não houvesse delimitação específica do tempo, já havia previsão para que os litígios fossem resolvidos em prazo razoável. Considerando a previsão na Magna Carta das Liberdades já em 1215, Jobim⁸⁴ assevera que *"quase 800 anos depois o Brasil acabou por reconhecer, constitucionalmente, como direito fundamental, que o processo não deve ser intempestivo"*, destacando o princípio da Duração Razoável do Processo como um direito fundamental autônomo.

Pode ocorrer, contudo, a lentidão na entrega da prestação jurisdicional, o que pode ser identificado como uma mazela pelos jurisdicionados, com imediata correlação entre a morosidade e a ineficiência estatal, gerando o conseqüente descrédito na Justiça brasileira.

A crise no Judiciário e a conseqüente ampliação da morosidade da Justiça decorrem, em caráter significativo, da forma precária da estrutura física e material do Poder Judiciário. Somase a isso a inserção de uma realidade social com novas demandas, frutos dos tempos modernos e com novas questões que demandam litígios. Os últimos são os denominados "novos direitos".

Em conseqüência dessa combinação inadequada de "necessidade" dos jurisdicionados e "oferta" precária do Poder Judiciário, surge a imediata insatisfação social, vez que a prestação jurisdicional se mostra em dissonância com as expectativas sociais, o que causa frustração com a Justiça.

Não é novidade que a lentidão da justiça torna qualquer litígio mais penoso, pois a tutela jurisdicional não se dá em tempo adequado. O que se visa combater é a demora injustificada decorrente de entraves judiciais, respeitando-se todas as garantias constitucionais e o devido processo legal, corroborando

⁸⁴ JOBIM, Marco Félix. Op. cit., p. 86.

o instituto da segurança jurídica.

A resolução das demandas administrativas e judiciais em tempo hábil traz maior fluidez à máquina estatal, além de não permitir que os efeitos da morosidade se prolonguem indefinidamente, evitando-se prejuízos econômicos e sociais.

As questões que tornam o Judiciário mais lento na entrega da prestação jurisdicional refletem a insatisfação social com as mazelas públicas levadas ao Judiciário, avolumando o número de processos. Na intenção de solucionar a questão da morosidade foram criados mecanismos de simplificação e adoção de institutos que, segundo Greco⁸⁵, relegaram a segundo plano "a preocupação com a qualidade das decisões" e permitiram a supressão das garantias fundamentais do processo.

Daí que a forte pressão por celeridade processual não garante uma prestação jurisdicional satisfatória. Os meios criados para agilizar as decisões no volume cada vez maior de demandas acabam por suprimir outros direitos. Isso quer dizer que nem sempre o resultado entregue aos que submetem seus litígios ao Estado preenche as condições de um processo justo. Para Greco, essa aceleração que suprime outros direitos corresponde a um grave retrocesso na eficácia dos direitos fundamentais que foram arduamente conquistados.

A qualidade da justiça também fica completamente comprometida com a submissão dos julgamentos a metas estatísticas, que exigem celeridade e produtividade em detrimento da qualidade na análise dos pormenores das causas e nas decisões concedidas. Isso porque, muitas vezes, os provimentos judiciais baseiam-se em fórmulas genéricas e repetição de jurisprudência que nem sempre corresponde à realidade dos casos concretos.

Deve-se observar, contudo, que um processo judicial eficaz e ágil ao mesmo tempo pode ser de difícil execução e

⁸⁵ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. Op. cit., p. 7.

harmonização, daí a necessidade de que o processo se desenvolva dentro de um *prazo razoável*, que atenda a celeridade (sem dilatações indevidas), mas que também atenda a uma solução adequada, ou seja, unir uma Justiça célere e eficaz. Isso é a tradução da efetividade processual.

Bedaque⁸⁶ afirma que o processo efetivo necessariamente observa o equilíbrio entre segurança e celeridade ao proporcionar às partes o direito material. Observa, no entanto, que entregar a tutela com celeridade, sobrepondo valores como a segurança jurídica e outros princípios indispensáveis às garantias individuais, somente com intenção de reduzir a demora, fere o processo justo.

Em atenção ao mandamento da efetividade processual, o Princípio da Tutela Tempestiva foi introduzido no art. 5º de nossa Constituição através do inciso LXXVIII, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, com o objetivo de combater a morosidade na entrega da prestação jurisdicional e garantir o acesso à Justiça que, por sua vez, pressupõe não apenas a tutela adequada, mas também a tempestiva⁸⁷.

Retomamos a afirmativa anterior de que a problemática que surge na relação “tempo” e “processo” não está adstrita ao nosso ordenamento, mas atinge outros países, inclusive mais desenvolvidos.

Na opinião de Barbosa Moreira⁸⁸ a ideia de que a Justiça

⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. Op. cit., p. 49.

⁸⁷ A EC n. 45 de 2004 decorre do Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, apelidada de Reforma do Judiciário. Esse pacto foi celebrado pelos chefes do três poderes, consubstanciado nos compromissos fundamentais: implementação da reforma constitucional do judiciário, reforma do sistema recursal e dos procedimentos, defensoria pública e acesso à Justiça, juizados especiais e Justças itinerantes, execução fiscal, precatórios, graves violações contra direitos humanos, informatização, produção de dados e indicadores estatísticos, coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas e incentivo à aplicação das penas alternativas. O Pacto Republicano está disponível na internet no sítio www.senado.gov.br.

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Justiça no limiar do novo século. In:

brasileira é morosa ou que aqui a prestação da tutela jurisdicional é mais lenta do que em países mais desenvolvidos, é um mito que não se justifica (é bem verdade que a opinião foi exposta há algum tempo, mas quer nos parecer que se aplica também nos dias atuais, sobretudo em razão do forte controle exercido pelo CNJ).

A Constituição norte-americana, ao promulgar a 6ª emenda, evidencia também a preocupação com o processamento em tempo hábil. O *speedy trial* é uma das liberdades fundamentais trazidas pelo *Bill of Rights*, ainda que sua aplicação tenha, tradicionalmente, incidência maior no processo penal.⁸⁹

Por outro lado, os processos cíveis na Itália têm tido duração bem acima do razoável. Na busca por uma maior efetividade na prestação jurisdicional, a Itália tem levado a cabo alterações no ordenamento processual. As modificações, contudo, não surtiram os efeitos pretendidos.

Aduza-se o fato de que, por integrar a Comunidade Europeia desde 1957, a Itália submete-se à Convenção Europeia, que prevê a razoável duração do processo (*diritto ad un processo equo*) em seu art. 6º, § 1º. Não foram poucas as decisões da Corte Europeia no sentido de condenar o país pela violação ao direito fundamental, que tanto pode ser pleiteado pelo autor quanto pelo

. Temas de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁸⁹ Além dos artigos 5º, LXXVIII, da CF e 4º e 6º do NCPC, inúmeros dispositivos exaltam a importância da duração razoável do processo no plano internacional, como, por exemplo, artigos 6º, 1º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, 8º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, 7.1 dos Principles of Transnational Civil Procedure, 15 da Constituição da Província de Buenos de Aires, 111 da Constituição italiana, 20 da Constituição de Portugal, 11.4 do Código de Processo Civil do Uruguai (alteração conforme Lei 19.090, de 26 de junho de 2013), 47, nº 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 14, § 1º, do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cíveis e Políticos de 1966, 6ª emenda da Constituição Americana, 1.4, número 2, alíneas “c”, “g” e “l” das Civil Procedural Rules, etc.⁸⁹ Vide a propósito, ainda, o art. 20. do Código de Ética dos Magistrados (aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008): Cumpre ao magistrado velar para que os atos processuais se celebrem com a máxima pontualidade e para que os processos a seu cargo sejam solucionados em um prazo razoável, reprimindo toda e qualquer iniciativa dilatória ou atentatória à boa-fé processual.

réu.⁹⁰

Os constrangimentos provocados pelas sucessivas decisões da Corte fomentaram a reforma constitucional que culminou por alterar o art. 111 da Constituição italiana, prevendo o *justo processo* a ser regulado pela lei.

Explica Nicolò Trocker,⁹¹ ao comentar o referido artigo, que “justo é o processo que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e nos valores da sociedade”.

O advento da *Legge Pinto*⁹² no ordenamento italiano inovou ao prever a reparação do dano causado pela excessiva duração do processo. Ao reformar o art. 375 do Código de Processo italiano, reconheceu o Estado que a entrega da prestação jurisdicional tardia, por si só, tem o condão de gerar um dano aos demandantes.

Além disso, previu a obrigação de o Estado indenizar as partes quando violada a razoável duração do processo desde que elas não tenham concorrido para a excessiva duração. Registre-se, por oportuno, que o ordenamento italiano adotou os mesmos critérios da Corte Europeia para a mensuração de tal violação.

Leciona Tarzia⁹³, quanto ao direito à razoável duração dos processos, que a Corte Europeia de Direitos do Homem sempre recorda, em suas decisões, que o art. 6º da Convenção obriga os Estados membros a organizarem o sistema judicial de modo que seus juízes e tribunais possam atender adequadamente à exigência de uma tutela efetiva, na qual está incluída a obrigação

⁹⁰ Para um exame aprofundado de algumas dessas decisões, bem como da evolução do direito italiano, remetemos o leitor a Schenk (Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: a lentidão dos processos cíveis. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 2, p. 181-202, 2008. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/edicao_02.htm. Acesso em: 12 set. 2010).

⁹¹ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. op. cit., p. 678.

⁹² A *Legge Pinto* adotou o nome de um dos Senadores autores do projeto de lei. Trata-se da Lei n. 89/2001.

⁹³ TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. Revista de Processo. REPRO. São Paulo, ano 26, n. 103. jul./set. 2001, p. 170.

de decidir os casos em um prazo razoável.

Reconhecendo a importância do lapso temporal, o Conselho da Europa, em razão do artigo 6.1 da Convenção de Roma, através dos estados signatários, atribuíram ao princípio da Duração Razoável do Processo o reconhecimento como um direito humano.

Assumiram, assim, a obrigação de articular mecanismos jurídicos para garantir que as causas submetidas aos órgãos judiciais fossem resolvidas dentro de um prazo, permitindo o adequado exercício da ampla defesa, incorporando indispensável valoração ao fator temporal, para não tornar ilusória a tutela jurisdicional.⁹⁴

Em suma, o art. 6º da Convenção exige, no ponto, a adequação do sistema jurisdicional dos Estados, para que o processo se desenvolva no seu tempo normal de duração, justificável pela necessidade de exercício pleno das demais garantias processuais, evitando, assim, e a todo custo, as dilações indevidas da marcha processual, que dão origem aos não justificáveis "tempos mortos".

Importante lição é recordada por Tarzia⁹⁵, tirada da jurisprudência da Corte Constitucional italiana, no sentido de que a efetividade da tutela jurisdicional pode ficar comprometida tanto pela excessiva duração dos processos, quanto pela sua excessiva brevidade.

Destaca, ainda sobre a duração razoável, que o problema não será resolvido apenas no âmbito das normas processuais. A questão, antes e sobretudo, está ligada à organização judiciária de cada Estado, exigindo uma adequada alocação de pessoas (juizes e seus auxiliares) e recursos materiais indispensáveis ao funcionamento esperado da justiça.

Necessário também um adequado aparato sancionatório,

⁹⁴ RIBA TREPAT, Cristina. La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 51.

⁹⁵ TARZIA. Op. cit., p. 173-174.

voltado a desestimular posturas processuais que insistam em violar o dever, que também a elas toca, de contribuir para a tempestividade da prestação jurisdicional.

Compreendemos que a demora na prestação jurisdicional gere a sensação de ser nociva, de submeter os sujeitos do processo, muitas vezes, a desconforto, angústia e lesões de ordem material; por outro lado, sabemos que a prestação jurisdicional precisa de um tempo mínimo a fim de garantir que os mecanismos de processamento dos feitos sejam realizados de modo a garantir que elementos inerentes a um Estado Democrático de Direito sejam preservados.

Relevante estudo de Riba Trepát⁹⁶ sobre a comunhão entre o tempo e o processo indica a relevância do transcurso do tempo, que se manifesta na sucessão de atos e fases que não poderão ocorrer simultaneamente, por serem, cada um deles, antecedentes ao próximo ato. O tempo será imprescindível à própria natureza do devido processo legal.

Em última análise, o tempo é uma atividade humana, de modo que é impossível que a decisão imediata consagre a justiça. Será a espinha dorsal do processo, colaborando ou não para a sua efetividade. Se compreendemos o processo como uma instituição dinâmica, o tempo será determinante na eficácia da prestação jurisdicional.

No que tange aos meios que garantem a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII, do art. 5º, *in fine*, da CF), tem tido papel relevante o CNJ, por meio da instituição das Metas, não obstante, no que se refere à Meta 2, não ter havido o integral cumprimento, nem mesmo pelo STF. Contudo, em tese, o magistrado pode ser punido pelo CNJ.

Observe-se, contudo, que, como dito acima, a submissão às metas, apesar de relevante, deve ser encarada com temperamento, de modo que não impossibilite a adequada apreciação da causa.

⁹⁶ RIBA TREPAT, Cristina. Op. Cit., p. 14.

Razoável será o tempo necessário para a cognição da causa até a efetiva entrega (ou não) do bem pretendido pela parte, ou seja, de todo o *iter* processual até a efetivação do provimento final.

A razoável duração do processo tem como características: a) a universalidade; b) a limitabilidade; c) cumulatividade; e d) irrenunciabilidade.

Seu conteúdo deve ser harmonizado com o conceito de jurisdição, no intento da efetividade, ao concentrarem-se, seja na busca de formas diferenciadas de tutela de direitos, seja por meios alternativos de solução de conflito, seja pela participação democrática do cidadão na persecução da solução do conflito submetido ao Judiciário, como formas de viabilizar o Estado Democrático de Direito e os novos conflitos da sociedade moderna.

Quando o prazo se estende além do razoável, muitos autores têm comungado da orientação de que há responsabilidade civil objetiva do Estado, que deverá ser acionado a compor os danos.

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

Leciona Picó i Junoy que, após a Segunda Guerra Mundial, se produziu, na Europa, em especial nos países governados por regimes totalitários até a primeira metade do século XX, um fenômeno de constitucionalização dos direitos humanos fundamentais e, dentre eles, a tutela de garantias mínimas que devem orientar todos os processos judiciais, pretendendo colocá-los a salvo da intervenção legislativa ordinária futura.

Estava na Constituição, portanto, a resposta para as indagações em busca de um instrumento idôneo que pudesse, naquele momento histórico, instaurar uma nova ordem política e social.⁹⁷

⁹⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2012. p. 29.

A verdadeira garantia dos direitos humanos consiste precisamente na sua proteção processual, partindo daí a distinção, hoje comum, entre os direitos e as garantias de tais direitos, sendo estas precisamente os meios processuais pelos quais é possível exigir a realização e a eficácia daqueles⁹⁸.

Para Picó i Junoy⁹⁹, a finalidade última do fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais não é outra senão a tentativa de se alcançar a pretendida Justiça, reconhecida na Constituição espanhola, assim como na Constituição

⁹⁸ Como nos lembra Cappelletti: “Judicial protection is not, in itself, necessarily a positive achievement unless it can be adapted to the pressing needs of society. To be sure, the contemporary trend in democratic societies is to enlarge and affirm, rather than reduce or abolish, judicial protection—a protection which should be both impartial and fair—and therefore to “judicialize,” structurally and procedurally, that large undergrowth of nonjudicial adjudicating bodies. Yet the trend is also to diversify greatly judicial bodies and procedures, to make them instruments for social progress rather than blind conservatism and to free them of the formalistic, expensive, time-consuming and ideologically outmoded features which so frequently characterize traditional courts and their procedures. Indeed, the trend toward diversification has proved to be a condition sine qua non for the other converging trend toward judicialization”. CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends, in 25 Stanford Law Review, May, 1973, p. 670, acesso via www.westlaw.com, em 15 de março de 2012.

⁹⁹ “De igual modo, durante la segunda mitad del siglo XX, surgió otro fenómeno de especial relevancia para el derecho procesal, a saber, el de la ‘constitucionalización de las garantías procesales’, que ha venido a asegurar – por vía de los textos constitucionales, en el ámbito nacional, y de tratados y convenios supraestatales de derechos humanos, en el ámbito internacional – un mínimo de garantías a favor de las partes, que deben presidir cualquier modelo de enjuiciamiento. (...) “Por ello, el objetivo de este trabajo es someter a crítica estos nuevos planteamientos, excesivamente ideologizados, para llegar a una solución o postura intermedia entre ambas posiciones doctrinales, logrando así su equilibrio, pues la eficacia del proceso sin garantismo es inadmisibles desde un punto de vista constitucional, y el garantismo sin eficacia tampoco es aceptable si lo que pretende es lograr la tutela judicial más justa posible, y no puede olvidarse que la “justicia” también es un valor supremo en la mayoría de los textos constitucionales, ya venga proclamada expresamente o bien lo sea de forma implícita. Por ello, debemos esforzarnos en buscar una postura intermedia, que sin conculcar ninguna garantía constitucional de las partes logre la máxima eficacia del proceso”. PICO I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado In: MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso Civil e Ideología: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 111.

brasileira, como um valor superior do ordenamento jurídico. Com isso, o processo se converte em um instrumento de realização da justiça.

Assim também Ferrajoli¹⁰⁰ considera que a gama de direitos fundamentais positivada reflete direitos subjetivos individuais que correspondem aos direitos humanos universalmente reconhecidos e que servem como referências determinadas pela Constituição.

Cappelletti¹⁰¹, igualmente, reconhece a universalidade do fenômeno da constitucionalização das garantias fundamentais.

A efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental decorre do processo de internacionalização dos direitos fundamentais nos países que estabeleceram os direitos humanos e o direito constitucional como bases do Estado Democrático de Direito.¹⁰²

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez e traducción de Perfecto Andrés ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 37.

¹⁰¹ "The phenomenon of the constitutionalization and internationalization of fundamental rights and guarantees of civil litigants has been almost universal. It has appeared in a great number of countries, cutting across the civil law, the common law, the socialist, and the developing areas of the world. In all those areas there is a powerful, growing movement toward entrenching certain rights and guarantees which pertain to judicial procedure in constitutionally or internationally binding documents, thus making them part of what may be called the basic Human Rights. Part of this movement is the trend toward increasing the juridical impact of this entrenchment by means of various institutions, including international and constitutional courts. These rights and guarantees are not necessarily new. Most of them are rooted in past centuries, and all of them can still be reduced to such ancient rules as the two that have traditionally represented the core of a system of "natural justice"--judicial impartiality and the right to be heard. Yet even these old rights and guarantees have acquired new force and significance through their modern constitutionalization and internationalization". CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends*, in 25 *Stanford Law Review*, May, 1973, p. 687, acesso via www.westlaw.com, em 15 de março de 2012.

¹⁰² GRECO, Leonardo. *Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual*, op. cit., p. 4.

O contexto em que se desenvolve uma visão de maior atenção às garantias individuais e consideração dos princípios na edição e aplicação das normas é simétrico ao próprio desenvolvimento do constitucionalismo no Brasil.

A Constituição é estabelecida como ordem jurídica fundamental, promovendo a integração, organização e direção jurídica do Estado, dotando os direitos fundamentais de força vinculante para todo o ordenamento infraconstitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰³ considera a existência de um controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais. No plano formal, a limitação consiste na investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal na edição das normas.

Já o controle material versa sobre a observância da proteção do núcleo essencial desses direitos, que se impõe tanto ao legislador quanto ao operador do direito, que deverão observar o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também da proibição do retrocesso, categorias que, nesse sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais.

Os princípios constitucionais influenciam todo o ordenamento e são a base do processo justo, reforçando-se a necessidade de maior atenção à linha tênue que impõe a razoabilidade, para que não se configure um ativismo desmedido ou discricionariedade indesejada.

Assim é que Luigi Ferrajoli¹⁰⁴ levanta a preocupação relativamente a casos difíceis e lacunas legais, quando "o intérprete pode aventurar-se no amplo depósito de princípios acumulado pela própria jurisprudência" através da criação de novos princípios ou pela interpretação dos já existentes por uma possível conveniência distanciada da salvaguarda dos direitos

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 395.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. op. cit., p. 242.

fundamentais.

Importante salientar, nesse passo, que o processo justo não significa, necessariamente, uma decisão justa¹⁰⁵. Deve o magistrado, dentro de uma estrutura procedimental justa, fazer a melhor escolha e concretizá-la na decisão.

A fim de sistematizar a abordagem ao tema, Taruffo¹⁰⁶ apresenta um critério. O autor sugere um esquema, no qual a melhor escolha – a decisão justa – depende da observância de três critérios. O primeiro deles exige a correta identificação e interpretação da regra jurídica a ser aplicada ao caso. O segundo impõe a avaliação confiável dos fatos relevantes para o julgamento. O terceiro, e último, avalia a observância de um procedimento válido e justo, ditando o *iter* a ser percorrido para a formação da decisão justa¹⁰⁷.

Para Chiarloni¹⁰⁸, a decisão será justa se passar pela análise do duplo critério de veracidade, a saber: a correta interpretação da norma jurídica aplicável ao caso e a exata reconstrução dos fatos, embora reconheça que existem limitações concretas impostas pela própria estrutura processual. Nessa linha de raciocínio, Gentili¹⁰⁹ reconhece que a justiça das decisões é relativa. Contudo, como pontua Greco¹¹⁰, é preciso sempre buscar “um

¹⁰⁵ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 556.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 1997, p. 319.

¹⁰⁷ SCHENK, Leonardo Faria. A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 78.

¹⁰⁸ CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 147.

¹⁰⁹ GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 749.

¹¹⁰ GRECO, Leonardo. Os juizados especiais como tutela diferenciada. Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3. v. III, jan./jun. 2009, pp. 30/31. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>. Acesso em: 15 fev. 2011.

meio justo para um fim justo”.

Desse modo, podemos dizer que o processo será justo na medida em que for estruturado para tutelar os direitos na dimensão da Constituição¹¹¹, de forma a garantir um resultado justo.¹¹²

Dentro do conceito maior de processo justo, encontramos a noção de contraditório¹¹³.

Como bem ressalta Ovídio Baptista da Silva¹¹⁴, contraditório e processo¹¹⁵ são conceitos umbilicalmente ligados desde

¹¹¹ Marinoni bem pontua essa questão: “o processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduzido com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É o conduto que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação de concretização e de proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o processo tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais”. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 574.

¹¹² CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 145.

¹¹³ “se, allora, l’accento cade – più che sulle caratteristiche di completezza o sui profile di analiticità della rispettiva regolamentazione per legge – sulla variabile (cioè, maggiore o minore) ‘effettività’ dell’attuazione di quelle garanzie minime, ne deriva un’importante conseguenza. Qualsiasi ‘processo’ (o modelo e tipo di ‘processo’) è (o puo essere) ‘giusto’, solo se ed in quanto la ‘legge’ vi abbia previsto o comunque ‘regolato’ un’adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coesenziali, che (in base all’art. 111, secondo comma) si intendono all’uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti”. COMOGLIO, Luigi Paolo. Etica e tecnica del “giusto processo”, Torino: Giappichelli, 2004, p. 60.

¹¹⁴ “A história do princípio do contraditório confunde-se, em verdade, com a própria história do processo civil, desde o direito romano primitivo. Para assegurá-lo e torná-lo efetivo no processo, muitos institutos ainda hoje conservados foram postos em prática pelos antigos sistemas”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de processo Civil. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 1, pp. 51/52.

¹¹⁵ “Esse processo, orientado pelo princípio da correção e estruturado de modo a ofertar uma ampla possibilidade de participação e efetiva influência das partes, se denomina e se espera justo não porque a sua forma se encontra prévia e rigidamente

os primórdios¹¹⁶,

Defende Fazzalari,¹¹⁷ nessa linha, coloca que o procedimento constitui uma sequência de atos preparatórios, direcionados a um fim comum, que se persegue para se obter uma determinada eficácia. Já o processo, por outro lado, constitui uma das espécies de procedimento, qualificada pela participação dos destinatários dos efeitos do ato final, sejam eles interessados ou contra-interessados, podendo argumentar e contra-argumentar, sempre em pé de simétrica igualdade.¹¹⁸

regulada pela lei, mas porque representa, em si, uma garantia positiva de um direito natural dos interessados a um processo “informato a principi superiori di giustizia””. SCHENK, Leonardo Faria. A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 41.

¹¹⁶ Para uma resenha do princípio do contraditório na história do processo civil, remetemos o leitor às seguintes obras: FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1989. p. 6. GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1988, p. 600-601. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. Mundo Jurídico, p. 2. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 set. 2009. OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Revista de Processo. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009. p. 183-184. PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 9.

¹¹⁷ FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1989. p. 2. No mesmo sentido, cf.: Id. Il giusto processo e i “procedimenti speciali” civili. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 2.

¹¹⁸ Para Marinoni, as teorias de Fazzalari e de Luhmann não são adequadas a uma ideia de Estado cujo principal dever é o de dar tutela aos direitos na dimensão da Constituição: “a legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. (...) O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais”. MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). Teoria do processo. Panorama

Esclarece Trocker,¹¹⁹ alinhado com esse pensamento, afirma que o processo se verifica propriamente quando uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato decisório é contemplado, em contraditório, com a participação de todos os destinatários.

Picardi¹²⁰ salienta a retomada ética do fenômeno processual, no que é secundado por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹²¹, para quem é possível delimitar um campo ético¹²² que deve impregnar todo o processo, em razão das complexas questões metajurídicas que podem estar envolvidas¹²³. Nesse passo, para Fazzalari¹²⁴, o contraditório ressurgue como valor capaz de unificar a participação democrática e o processo civil¹²⁵.

doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 560.

¹¹⁹ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 393.

¹²⁰ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 22.

¹²¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. Revista Forense, Rio de Janeiro, separata, v. 358. p. 351.

¹²² Taruffo lembra que a ideia tradicional de que não há moralidade processual está desatualizada. Padrões de moralidade processual, de justiça, de lealdade, do devido processo, da correção, dentre outros, tornam-se cada vez mais presentes em diversos ordenamentos. TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). Revista de Processo. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009, p. 181.

¹²³ Para Leonardo Greco: “todo processo é um drama humano, uma interação entre seres humanos, em busca do reconhecimento e da efetividade de direitos por alguns deles invocados. É, portanto, um acontecimento da vida humana, que inter-relaciona pessoas que devem respeitar-se mutuamente, na sua dignidade humana e nos seus direitos fundamentais. Se um desses direitos fundamentais é justamente o direito a um processo justo, todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir dos outros probidade e lealdade num ambiente de convivência inspirado nos ‘valores fundamentais da civilidade e da democracia’”. GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 169.

¹²⁴ FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1989. p. 11.

¹²⁵ Nas precisas palavras de Leonardo Schenk, “fortalecido, o contraditório ressurgue como valor síntese do vínculo criado entre o princípio político da participação democrática e as estruturas do processo, permitindo a identificação das bases de um

Por fim, devemos pensar no contraditório também como fator limitador dos excessos em relações privadas, viabilizando, de forma concreta, a cooperação entre as partes, notadamente no que se refere à produção de provas¹²⁶.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 20 set. 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. In: Temas de direito processual, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 90.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: Temas de direito processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 15/17.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 28 jan, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Temas de Direito Constitucional.

processo civil humanizado, que em tudo deve respeito e atenção à dignidade da pessoa humana, seu único valor estável". SCHENK, Leonardo Faria. A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 78.

¹²⁶ MACIEL JUNIOR, João Bosco. Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

- Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro; TALLON. Denis. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil. Milano: Giuffrè, 1973.
- CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends. *Stanford Law Review*. May, 1973. p. 112.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, separata, v. 358. p. 351.
- CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 147.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni Sul Processo Civile*, v. I, Bologna: Il Mulino, 1998.
- COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. Tradução: Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ESSER, Josef. Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

- FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- FAZZALARI, Elio. Valori permanenti del processo. Rivista di Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Introducción de Perfecto Andrés Ibáñez e traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 5. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Trad. de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi et.al. (org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FREITAS, José Lebre de. Introdução ao processo civil. Conceitos e princípios gerais à luz do novo código, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- GELLI, Mario. A vinculação do juiz à causa de pedir no processo justo: limites de aplicação do iura novit curia no processo civil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- GENTILI, Aurelio. Contraddittorio e giusta decisione nel processo civile. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 749.
- GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil. Processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JOBIM, Marco Félix. Direito à duração razoável do processo:

- responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo código de processo civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 17, n. 1, jan-jun/2016, pp. 164/192, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>, p. 170.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. As garantias constitucionais do processo e o direito constitucional processual. Traduzido por Bruno Costa Teixeira. *Revista Panóptica*. n. 14, nov. 2008. Disponível em: http://br.vlex.com/source/panoptica-5045/issue_nbr/%2314. Acesso em: 14 jun. 2013, p. 28.
- MACIEL JUNIOR, João Bosco. Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 560.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. A garantia do contraditório: do ordo judicarius medieval ao processo cooperativo contemporâneo. Texto disponível em: www2.tjrs.jus.br/.../c...civil/Dr_Daniel_F_Mitidiero_17_03_2005.doc. Acesso em: 7 fev. 2010. p. 11.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso – la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata/Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- OLIVEIRA, Humberto Santarosa. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais, in Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XII, 2013, p. 36, disponível em www.redp.com.br, acesso em 20 de dezembro de 2013.
- OTEIZA, Eduardo. El debido proceso y su proyección sobre el proceso civil en América Latina. Revista de Processo. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 173. jul. 2009. pp. 180/181.
- PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars”. Le matrici storico-culturali del contraddittorio. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè Editore, 2003. p. 22.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado In: MONTERO AROCA, JUAN. *Proceso Civil e Ideologia: Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 111.
- PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 2012.
- PISANI, Andrea Proto., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli: Jovene, 2012.
- QUEIROZ, Pedro Gomes de. A Motivação da Sentença Civil no Estado Democrático de Direito, Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. XI, disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>. Acesso em 15/03/2016, p. 434.
- RIBA TREPAT, Cristina. La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.
- SANTOS, Welder Queiroz. A vedação à prolação de decisão

- surpresa na Alemanha, in *Revista de Processo*, vol. 240, São Paulo: Revista dos Tribunais, Fev/2015, p. 431.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. 3ª tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- SCHENK, Leonardo Faria. A cognição sumária no processo civil: sistematização dos limites impostos pela garantia do contraditório. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientador: Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro, 2012, p. 78.
- STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*. REPRO, São Paulo, ano 34, n. 177, nov. 2009, p. 181.
- TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*. REPRO. São Paulo, ano 26, n. 103. jul./set. 2001, p. 170.
- TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 393.
- TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974
- TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZANETI JR. Hermes. Processo constitucional – o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.