

# CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

## 1.1 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

A sintonia entre normas processuais e normas constitucionais, bem como entre esses dois ramos da ciência jurídica, é visível.<sup>1</sup> Aliás, a Constituição, antes de ser uma fonte de irradiação de todos os direitos, possui fluxo de confluência que se faz em uma via de mão dupla; assim, é também um centro para o qual tudo deve convergir.<sup>2</sup>

Em nível constitucional, pode-se dizer que da aplicação do Direito Processual Constitucional (que se refere à jurisdição constitucional das liberdades e ao

---

<sup>1</sup> É uma realidade “la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que posuyen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción”. (FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, Nova Série, n. 30, set./dez. 1977. p. 318).

<sup>2</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1992. p. 10.

controle de constitucionalidade e que reúne os instrumentos no âmbito dos direitos processuais fundamentais,<sup>3</sup> por exemplo: *habeas data*, mandado de segurança, ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, dentre outros) se pode realizar, com a utilização de mecanismos processuais inseridos na própria Constituição, a eficácia das normas processuais; e, por outro vetor, do adequado emprego do Direito Constitucional Processual (reunião metodológica e sistemática de normas e princípios constitucionais que influenciam e informam a interpretação de todo o sistema processual brasileiro, tais como: o devido processo legal, a ampla defesa, isonomia, dentre outros),<sup>4</sup> com esteio em normas constitucionais, tornar mais eficaz a aplicação de disposições processuais.<sup>5</sup>

A conjugação de ambos implica, invariavelmente, soluções jurídicas mais rentes ao ideal de justiça.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Os direitos fundamentais advêm do pacto social, decorrem, em última análise, da aplicação da Constituição. (LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid Tecnos, 2007. p. 20).

<sup>4</sup> “O Direito Constitucional Processual, por seu turno, preocupa-se com a própria existência das garantias referentes ao processo e ao procedimento, entendendo-se como tal, a fixação de um Poder Judiciário e sua estrutura, garantias da Magistratura, estrutura e garantias do Ministério Público, sistema recursal, garantias do devido processo legal (*due process of law*) e seus desdobramentos. Esquemáticamente, temos o seguinte quadro – Direito Processual Constitucional: a) jurisdição constitucional; b) controle de constitucionalidade; c) jurisdição constitucional das liberdades; d) remédios constitucionais. [De outro lado,] Direito Constitucional Processual: garantias referentes ao processo e ao procedimento: *due process of law*.” (DANTAS, Ivo. Constituição e processo: o direito processual constitucional. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, ano 1, n. 7, set. 2001. p. 881).

<sup>5</sup> Há divergências na doutrina sobre essas denominações. Ainda, registre-se que há doutrina no sentido de unificação, entendendo por adotar uma denominação única, com referência ao critério hierárquico, veja-se: “optamos pela expressão ‘direito constitucional processual’ por entendermos: a) não ser a Constituição simples receptáculo do existente, mas consagradora de valores e princípios criadores de novas práxis jurídicas e sociais que servem de fundamento de validade e guia hermenêutico de todo o direito; b) ser a denominação ‘direito constitucional processual’ fundada na hierarquia das normas constitucionais, que é o critério mais correto do ponto de vista lógico e jurídico para classificar, objetivamente, todas as normas do ordenamento, já que as separa em classes qualitativamente inconfundíveis, o que não acontece com a outra denominação, cujo critério de classificação é arbitrário, por ser fundado na pretensa natureza da matéria, questão de difícil solução, já que, decidir se uma matéria em si mesma é processual ou constitucional depende sempre de opiniões e não de um dado objetivo como é a hierarquia entre normas constitucionais e infraconstitucionais”. (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57).

<sup>6</sup> MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle; ROMBOLI, Roberto. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2003. p. 98.

## 1.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO E COMO GARANTIA

O gênero norma admite as espécies regra e princípio. Em direito, os princípios, por permearem (irradiarem) todo o sistema jurídico, revelam os fundamentos básicos da Ciência do Direito.<sup>7-8</sup>

As garantias revelam o que é assegurado ao indivíduo ou à coletividade, normalmente “direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos”.<sup>9</sup>

Nesse sentido, não há como negar que o devido processo legal é um princípio e, ao mesmo tempo, uma garantia. As regras do jogo processual devem comportar interpretação a partir dessa matriz garantista, não se podendo aplicar isoladamente as normas processuais, sem que se proceda antes a uma oxigenação cons-

---

<sup>7</sup> As diferenças entre princípios (positivados ou não) e regras jurídicas estão no campo qualitativo, pois ambas são normas, assim, pode se dizer que: “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrevelski); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem, as regras antinômicas se excluem. (...) os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos; (...) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 172-174).

<sup>8</sup> “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Saraiva: São Paulo, 1969. v. 1, p. 54).

<sup>9</sup> “*Garantias*, no Brasil, é termo utilizado no texto da Constituição Federal de 1988, vide *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Salutar observar que as garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos (...) princípio do *non bis in idem*, etc.).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, 5. ed., p. 532).

titucional, sob pena de ser negada a justiça, conduzida a decisão ao niilismo do comando judicial.<sup>10</sup>

### 1.2.1 Aspectos históricos

*Law of the land* (expressão que daria origem, mais tarde, ao *due process of law*) foi utilizada, pela primeira vez, no texto da Carta Magna, de 1275 (subscrita pelo Rei João Sem Terra), referindo-se, basicamente, à vedação de que um homem possa ter sua vida ceifada ou que seja privado de sua liberdade ou de seus bens sem que haja um processo. Posteriormente, já com a expressão usual, o devido processo legal foi positivado em uma lei inglesa de 1354, sob as mesmas bases.<sup>11</sup>

Nos Estados Unidos da América, o princípio se fez presente por meio das Emendas Constitucionais V e XIV, sendo que até mesmo antes dessas alterações já havia Estados que adotavam a cláusula do devido processo legal (entre eles, Virgínia, Massachusetts, Nova York, Pensilvânia e Maryland).<sup>12</sup>

A aplicação do princípio durante séculos nos tribunais anglo-saxões fez mostrar a verdadeira face do devido processo legal, cunhando-o e justificando-o como princípio-síntese, do qual decorrem todos os demais.

No Brasil, não havia nenhuma disposição nas constituições precedentes que pudesse se referir ao devido processo legal. Não obstante, a doutrina, com esteio no § 4º do art. 153 da Constituição de 1969, já defendia a aplicação do devido processo legal no direito constitucional e no direito processual brasileiro.<sup>13</sup>

Foi somente na Constituição de 1988 (art. 5º, LIV)<sup>14</sup> que se consagrou o princípio como norma escrita. Todavia, como se verá, trata-se de um macroprincípio ou princípio-síntese que norteia vários outros, independentemente de participar

---

<sup>10</sup> Confira-se a esse respeito: ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 72; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995. p. 22.

<sup>11</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 63, 1991. p. 57.

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*. São Paulo: RT, 1972. p. 26.

<sup>13</sup> WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: RT, 1980. p. 30.

<sup>14</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (art. 5º, LIV, CF/88).

ou não da legislação escrita. Assim, onde estiverem os princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do acesso à justiça, para citar alguns, sejam isolados ou, como modernamente se defende, pela confluência entre eles, estará presente também o princípio do devido processo legal.<sup>15</sup>

### 1.2.2 Conceito de devido processo legal

Na difícil tarefa de delimitar um conceito, é bom ter presente que a maioria das palavras, em especial aquelas do mundo cultural (onde se assenta o direito), comporta certa ambiguidade.

No sistema norte-americano, “o conceito de devido processo abraçado na Constituição remonta diretamente, há 600 anos, a Runnymede. É mais do que um conceito técnico, pois ele permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema e nosso modo de vida – a toda pessoa deverá ser concedido o que é devido”.<sup>16</sup>

No sistema italiano, ainda que não seja para elaborar um conceito, mas no que toca à evolução dele, observa-se a afirmação categórica de que “o processo deve proporcionar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.<sup>17</sup>

Dois bons exemplos da dimensão processual e material que podem alcançar o princípio – o processo que dá os meios adequados à produção de resultados adequados. É visível a bipartição do devido processo legal, a contemplar a sua faceta processual e a material.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Ao fazer apontamentos sobre a CF/88, a doutrina aponta que “a presente Constituição é mais explícita em termos de direitos e garantias (inclusive, com a previsão expressa do devido processo legal), tornando tal desenvolvimento desnecessário. Mas ainda hoje é imprescindível termos consciência da curiosa interligação (até mesmo, interpenetração) entre vários dos princípios fundamentais em matéria de processo civil, de tal sorte que de um deles se podem inferir vários outros, e vice-versa. (...) Apresenta-se, pois, o devido processo legal como um princípio-síntese, no qual estão compreendidos todos os demais. Note-se que ele é amálgama, e não mera justaposição, de princípios. Justamente por ser a síntese, enquanto em determinadas situações um dos princípios cede passo em favor de outro, podemos dizer que o devido processo legal sempre é aplicável em sua inteireza”. (ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela* (à luz da garantia constitucional do devido processo legal), p. 36-67).

<sup>16</sup> Citação de precedente da Suprema Corte Norte-Americana. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 63).

<sup>17</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista di Diritto Commerciale*, n. 3, 1911. p. 110.

<sup>18</sup> “O *due process of law* não se esgota nos domínios processuais. Devido processo legal significa devido processo de atuação da norma, em consonância com a vontade nela contida. Assim,

Assim, a delimitação do campo da expressão “devido processo legal”, seja material ou processual, depende das circunstâncias em que é empregada, e, como macroprincípio, não se pode cercar todas as possibilidades, haja vista que nem mesmo temos como precisar futuras evoluções do direito e do âmbito de sua aplicação (o mundo dos fatos), porque existirão “bens da vida” que nem mesmo são hoje conhecidos.

Nessa linha, “o conceito genérico de *due process* jamais foi elaborado. Quase um século de aplicação do princípio e não se permitiu ainda a exata delimitação de seu conteúdo. (...) a cristalização de um conceito não se completa”.<sup>19</sup> Basta que se alternem os juízes e se verá o terreno fértil à fluidez das diretrizes do devido processo legal. Aquele mínimo, que seria o núcleo duro do princípio, não está infenso às mutações do tempo.

O conceito de devido processo legal é, portanto, circunstancial, cunhado na conjugação da segurança jurídica com a efetividade, e, no afã da harmonização desses dois postulados, harmonizam-se diversos princípios fundamentais na aplicação do direito. Essa harmonização também não é tarefa fácil: ora se utiliza o contraditório diferido, sobressaindo a celeridade, noutro caso se dita o privilégio à instrumentalidade das formas em detrimento da rigidez da adequação, com fundo numa igualdade substancial em privilégio ao princípio da inafastabilidade. A fina sintonia na aplicação de um dos princípios ou da associação deles, diante do caso concreto, é que dá o tom do que seja o devido processo legal em específico – princípio-síntese, que não deve ser afastado, sendo sempre aplicável em sua inteireza –, aquele que se traduza na outorga do verdadeiro “acesso à ordem jurídica justa”.<sup>20</sup>

Assim, o que podemos fazer é, observando o que temos hoje, traçar a linha mestra de um conceito aplicável agora.

---

tanto se observará o devido processo legal assegurando-se ao réu o direito à citação válida (CPC [de 1973], art. 214), ou o direito à resposta (CPC, art. 297), ou, às partes, o direito de apelar da sentença (CPC, art. 513), quanto fazendo-se incidir a norma de direito não processual, nos seus exatos limites, como, por exemplo, declarando-se nulo o ato jurídico nos casos do Código Civil, ou assegurando-se ao proprietário o direito de reaver seus bens de quem quer que injustamente os possua, ou tornando-se o patrão responsável pela reparação civil do seu empregado.” (BERMUDES, Sérgio. *Direito processual: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 118).

<sup>19</sup> DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula due process of law*. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, 1964. p. 48.

<sup>20</sup> WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária e juizado especial de pequenas causas. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas*. São Paulo: RT, 1985. p. 163.

O devido processo legal, em linhas gerais, é aquele sob o qual se pode alcançar uma decisão judicial que empregue a combinação adequada dos princípios e regras inerentes ao caso concreto, resultando no acesso efetivo à ordem jurídica justa. Trata-se de mais um conceito aberto (como o são a boa-fé, a justiça, o próprio direito), que somente se completará diante da necessidade de decisão do Estado-juiz sobre determinada lide. É na transformação concreta na vida das pessoas envolvidas no processo que se mostrará a força da decisão judicial e, com essa transformação, se o processo atingiu ou não os seus fins e, por sua vez, se aquilatará o valor do devido processo legal imprimido durante todo o processo. Em outros tempos, por exemplo, se um dia for superada a morosidade processual e se se puder ir ao Judiciário para obter a decisão imediatamente, certamente haverá de avançar nossa singela definição. E estamos avançando. Um primeiro passo já foi dado: a informatização dos processos, com os positivos desdobramentos: intimação via meio eletrônico, assinatura eletrônica, publicações em Diário de Justiça Eletrônico, armazenamento virtual dos atos processuais, peticionamento independente de atos de serventuário da justiça. Além do mais, determinou-se aos magistrados a observância da ordem cronológica<sup>21</sup> para prolação de sentenças e acórdãos (art. 12 do CPC/2015).

O devido processo legal deve ser lido conforme o que se tem disponível no tempo de sua aplicação, sem prejuízo do poder de criação que tem o magistrado, o qual, de certa forma, utiliza o devido processo legal sistemicamente para amparar situações não propriamente legisladas, mas em que o princípio da inafastabilidade reclama uma solução consentânea com o devido processo legal. O devido processo legal, em última análise, autoriza o magistrado a adotar a melhor solução na busca da efetividade do processo para instrumentalizar o amplo acesso à ordem jurídica justa, representando a harmonia, em derradeira análise, dos Poderes instituídos.

Até mesmo a tripartição dos Poderes, idealizada por Montesquieu, não tem mais a mesma conotação separatista de outrora: o devido processo legal trilha por mesclar as funções, desde que a atuação seja pautada pela razoabilidade e proporcionalidade, facetas do mesmo princípio do devido processo legal. Aqui se insere o papel político que já vem desenvolvendo o Poder Judiciário.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> “Como meio de promoção da duração razoável do processo e de respeito à impessoalidade, o novo Código instituiu o dever de os juízes e tribunais julgarem as causas preferencialmente em ordem cronológica, tomando como parâmetro de controle a data de conclusão dos autos para sentença ou acórdão (art. 12, CPC).” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 164).

<sup>22</sup> Em revista ao tema de fundo, verifica-se que o princípio da proporcionalidade induz ao Juiz, antes mesmo de decretar a medida de urgência, ponderar os interesses em jogo ou a proteger.

### 1.2.3 Devido processo legal processual

O devido processo legal, em suas origens, sempre foi visto com viés processual,<sup>23</sup> compreendendo, ainda que de maneira incipiente, o acesso à justiça, o juiz natural, a igualdade, a defesa, a motivação e publicidade dos atos decisórios e, ainda, a fixação de prazos compatíveis com a duração razoável do processo.

Todavia, a visão era limitada, não tendo a mesma acepção de hoje. A preocupação se circunscrevia a certa ordem natural das coisas, ao plano da existência, sem adentrar o seu conteúdo, em especial em relação à propositura da ação, à citação, à oportunidade de defesa, à coleta das provas e ao julgamento por órgão investido das funções judicantes do Estado.

Posteriormente, passou-se a idealizar um contraditório amplo e uma “igualdade de armas” nunca antes vistos, envolvendo, inclusive, a penalização de algumas condutas processuais atípicas do juiz. A proibição de tribunal de exceção e a obrigatoriedade da atuação judicial com independência e imparcialidade, tudo culminando na preocupação com um processo justo, são marcas dessa evolução.

Após anos de sua aplicação, a cláusula *procedural due process* alcançou o significado aproximado do que é hoje, consistindo no “dever de propiciar ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar as provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos”.<sup>24</sup>

Em consonância com o último item está o art. 11 do CPC/2015, prevendo que as decisões emanadas pelos magistrados devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Ainda, relacionando-se com o direito da parte de demonstrar os fatos da causa, é possível observar o entendimento jurisprudencial que se inclina pela

---

Segundo Larenz, o princípio da proporcionalidade (também chamado de princípio de Direito justo) deriva imediatamente da ideia de Justiça que, por sua vez, está associada à ideia de moderação e de medida justa. (LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Madrid: Civitas, 1993. p. 144).

<sup>23</sup> E essa conotação vem da aplicação do princípio do devido processo legal no processo penal. (TUCCI, Rogério Lauria. Devido processo penal e alguns de seus mais importantes corolários. In: TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 19).

<sup>24</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 36.



nulidade da sentença em julgamento antecipado da lide, quando não oportunizada a dilação probatória.<sup>25</sup>

Mas não é só isso: o devido processo legal processual reflete-se amplamente no direito processual. São exemplos dessa aplicação as ponderações que faz o magistrado quando ministra a tutela específica ou a tutela antecipada. O sentido atualizado do que seja o devido processo legal processual somente se alcança levando-se em conta a amplitude do princípio-síntese em harmonia com os princípios que o informam. Passemos então a pontuar, sob essa ótica, alguns desses princípios.

### **1.2.3.1 Princípio do contraditório e ampla defesa**

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LV, consagra o “contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”,<sup>26</sup> como garantia às

---

<sup>25</sup> Veja a ementa do referido julgado: “Apelação cível. Prestação de serviços odontológicos. Implante de dentes. Alegada ausência de prestação do serviço. Sentença de improcedência por ausência do fato constitutivo do direito. Inconformismo do autor ao argumento de violação ao devido processo legal. Provas requeridas e não realizadas. Revela-se prematuro e viola os princípios do contraditório e devido processo legal, o julgamento antecipado da lide, com prolação de sentença de improcedência, fundada em ausência de prova do fato constitutivo do direito, quando não oportunizado à parte produzir provas que possam influir no resultado do julgado. Sentença de improcedência que se anula. Recurso conhecido e provido.” (TJRJ, APL 00073896320138190038, Rio de Janeiro, Mesquita, Vara Cível, Relator João Batista Damasceno, julgado em 24.01.2018, 27ª C. C. Com., publicado em 29.01.2018).

<sup>26</sup> “Como as ‘informações’ relativas a quem tem direito e quem pode exercê-lo estão dispersas pelo sistema é, antes de tudo, necessário que os planos material e processual se comuniquem. É importante que ‘direito’ e ‘processo’ sejam estudados, lado a lado, para saber quem pode ir a juízo para pretender tutelar determinado direito e quais as atividades que poderá desempenhar uma vez admitido em juízo. Não se deve ter ‘medo’ ou ‘receio’ desta necessária interpenetração dos dois planos: ela decorre do sistema como um todo, e a autonomia do processo a todos os títulos não reside na sua negação.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Pluralidade de partes* – Intervenção de terceiros. Partes e terceiros no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-20 e 118-122). “Sabedores, porém, de que a interpretação é um mero ato de vontade e de valoração, não cabendo à Ciência do Direito dizer qual é o sentido mais justo ou correto, mas apenas apontar as interpretações possíveis.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 77). “Qualquer proposta exegética, objetiva e imparcial, como convém a um trabalho científico, deve considerar as normas a serem estudadas, em harmonia com o contexto geral do sistema jurídico. Os preceitos normativos não podem ser corretamente entendidos isoladamente, mas, pelo contrário, haverão de ser considerados à luz das exigências globais do sistema, conspicuamente fixados em seus princípios. Em suma: somente

partes no processo judicial, sendo extensiva essa cláusula também aos procedimentos administrativos que envolvam cunho decisório.<sup>27</sup>

Com o advento do Novo CPC, percebe-se que o princípio do contraditório recebeu nova significação, rompendo com o conceito tradicional de mero direito à bilateralidade de audiência, de dizer e contradizer, isso porque se tornou elemento necessário para uma fundamentação jurídica concisa e adequada, internamente ligada a uma decisão jurisdicional participada.<sup>28</sup>

De maneira especial, os arts. 7º, 9º e 10 do Novo CPC estão ligados intimamente e compõem as três dimensões do contraditório, uma vez que se completam e se atrelam à noção de cooperação disposta no art. 6º. Notemos que ao jurisdicionado deve ser garantida igualdade de acesso aos instrumentos processuais, igualdade de tratamento no curso do processo e a igualdade traduzida no resultado do processo. A intenção do Código é conferir às partes a chamada paridade de armas, aferindo isonomia dentro do processo, com aplicação direta do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Assim, a paridade de tratamento pode ser observada no Código, por exemplo, na possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, do Novo CPC) e de dilatação de prazos (art. 139, VI, do Novo CPC).<sup>29</sup>

Já o direito a ampla defesa significa oferecer às partes o direito de dedução adequada para o sustento da pretensão levada ao processo, conquanto, após as alegações, exsurgirá o direito de prova, indissociável da ampla defesa.<sup>30</sup>

O processo será o destinatário da prova, e, após o livre convencimento motivado do magistrado, sobressaindo decisão, haverá a garantia de interposição do

---

a compreensão sistemática poderá conduzir a resultados seguros. É principalmente a circunstância de muitos intérpretes desprezarem tais postulados metodológicos que gera as disparidades constantemente registradas em matéria de propostas de interpretação.” (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: RT, 1985. p. 152).

<sup>27</sup> A técnica legislativa utilizada aqui é de enfatizar os aspectos do devido processo legal, pois bastaria essa garantia e já estariam disponibilizados o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais corolários daí decorrentes. A propósito, uma outra denominação na seara da ampla defesa e do contraditório é a “bilateralidade da audiência”. (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. v. 1, p. 82).

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 111-112.

<sup>29</sup> ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016. p. 65.

<sup>30</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 283-284.

recurso cabível, não podendo esse direito ser restringido por legislação infra-constitucional.<sup>31</sup>

É o juiz quem deve conduzir o processo de maneira que as partes, pela bilateralidade dialógica, possam alcançar uma maturidade tal que os riscos de prosseguir com o processo sejam previamente vistos por elas, que podem concordar, em certa medida, em ceder de parte a parte, para chegar a uma composição. O contraditório torna mais real a possibilidade de conciliação. O diálogo ajuda a estreimar, de modo construtivo, os pontos críticos do andamento e prosseguimento do processo, atuando o julgador em uma solução mais rente à realidade, mesmo quando infrutífera a transação, incutindo-lhe um senso de dever cumprido.

Mas o que dizer de um contraditório diferido na antecipação da tutela *ab initio*? Como se poderia mitigar o princípio do contraditório? Na verdade, os princípios, como já dissemos, atuam em conjunto; se a tutela provisória é deferida, então a urgência do caso acaba por postergar o contraditório. O devido processo legal estará em outro extremo, no princípio da celeridade, porque as circunstâncias do caso assim o autorizam para concretude da justiça.<sup>32</sup>

### 1.2.3.2 Direito à prova

É corolário do contraditório o direito à prova, na busca da verdade.<sup>33</sup> Sob esse prisma, decorre o direito de contraposição dos argumentos apresentados pelo *ex adverso*, com reflexos ora na ampliação do direito à prova (*v.g.*, prova emprestada), ora em restrições ou limitações a esse direito (*v.g.*, proibição da prova ilícita).

A prova emprestada, ou seja, a utilização no processo em curso de prova produzida em outro processo, desde que seja entre as mesmas partes e sob o crivo do contraditório, em geral, contribui para a celeridade do processo e, dessa forma, traduz o escopo do *due process of law* processual.

A celeridade e os princípios atinentes à prova, em especial aqueles que refletem a segurança jurídica, incidem harmonicamente com esteio no devido processo legal.

<sup>31</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 284.

<sup>32</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128.

<sup>33</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 91.

Nesse passo, estabelecer contraponto às teses da parte contrária, com base em prova contundente, sempre que possível, é desejável. E, assim procedendo, naturalmente a parte atenderá ao órgão julgante, que, mesmo imparcial, está ao lado do justo e poderá melhor apreciar a alegação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Por outro lado, se a prova viesse a ser obtida por meio de prática de crime, com emprego de dolo, coação ou subterfúgios, ardis, seja emprestada ou produzida dentro do próprio processo, muito embora pudesse revelar a verdade dos fatos, não seria válida para utilização no processo. A prova ilícita esbarra em comportamento antijurídico. A sua admissão seria perigosa para a vida cotidiana do jurisdicionado.<sup>34</sup>

Não obstante, existem exceções a essa vedação, especialmente quando a prova ilícita não resiste a uma interpretação constitucional, apontando que não houve violação de algum direito ou garantia fundamental, mormente quando aplicados os filtros da razoabilidade e proporcionalidade.<sup>35</sup>

Afinal, o princípio do devido processo legal, aplicado ao direito probatório, deve ser espelho de ponderação e equilíbrio entre os valores envolvidos.

### 1.2.3.3 Princípio da isonomia

A isonomia (ou igualdade), em sendo entendida como princípio-síntese (ou supraprincípio), permitiria também, como o princípio do devido processo legal, extrair outros princípios fundantes do direito processual, pois se confundiria com a própria justiça. Porém, não devemos chegar a tanto, pois a igualdade não tem essa conotação mais alargada.

O que se pode dizer é que o princípio da igualdade consiste no tratamento igualitário das partes, conferindo, ao final do processo, a cada um o que lhe é devido. Por outras palavras, o princípio da igualdade “não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, José Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 112.

<sup>35</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude da produção probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 189.

<sup>36</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980. p. 20.

O próprio sentido literal do *caput* do art. 5º da CF fica prejudicado quando se tem em conta uma igualdade ponderada pelas limitações sopesáveis da desigualdade. Assim, são várias as aplicações processuais que se podem colher do princípio da isonomia (para citar um exemplo: prazo em dobro para o Ministério Público e a Fazenda Pública se manifestarem, nos termos dos arts. 180 e 183 do CPC/2015).

É acalorado o debate sobre a constitucionalidade da legislação que informa esses benefícios, contudo a isonomia tem prevalecido no sentido de manter tais diferenças reconhecidas no plano legislativo e na aplicação dessas normas, na exata medida em que se desigalam pois, assim atuando, é que se pode aproximar as partes de um processo mais igualitário.

#### **1.2.3.4 Princípio da adequação: processo regular e processo justo**

Historicamente, o devido processo legal passou a operar maior carga no plano da eficácia. Nota-se claramente, nos dias atuais, a preocupação com um processo de eficiência, um processo de resultados.<sup>37</sup>

Mas nem sempre foi assim; inicialmente, o processo adequado era aquele que existia. Assim, o princípio da adequação se identificava com os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do juiz natural.

O desenvolvimento do devido processo legal imprimiu uma mudança na aplicação do princípio da adequação: já não basta um processo “regular”, proceduralmente existente; ele tem que ser “justo”.

Aqui se remete a temas como o do comprometimento da justiça pela excessiva duração do processo, contribuindo para uma efetiva desigualdade entre as partes. Comumente se vê em audiências que a parte que está plena de direitos acaba por abrir mão de parte deles, aceitando realizar uma composição, tudo para não se ver forçada a sofrer, por anos, os efeitos nefastos do curso de um processo judicial, mesmo sabendo que sairia vencedora se chegasse ao final, em todos os pedidos.

Naturalmente, um processo “sem dilações indevidas”<sup>38</sup> contribuiria para maior credibilidade, por parte do jurisdicionado, na realização da justiça. Inclu-

<sup>37</sup> SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos Ferreira de. A decisão da inconstitucionalidade: um diálogo entre Pontes de Miranda e Marcelo Neves. In: DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA; Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (Coord.). *Pontes de Miranda e o direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 138.

<sup>38</sup> TUCCI, José Roberto Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993. p. 101.

sive, dispõe o art. 4º do CPC/2015 que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Seguindo esse viés, jurisprudências<sup>39</sup> exibem casos em que o pedido desnecessário de produção de provas foi indeferido.

O Poder Legislativo, por influência do princípio da adequação, tem inserido na legislação melhorias significativas<sup>40</sup>; para citar alguns exemplos, *vide* a introdução da execução da sentença como fase do procedimento (cumprimento da sentença – art. 513 do CPC/2015), a ação monitória (art. 700 do CPC/2015) e até mesmo os dispositivos atinentes à tutela provisória (arts. 294 e s. do CPC/2015).<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Acerca do entendimento jurisprudencial, visualize: “Recurso de apelação – Obrigação de fazer e compensação por danos morais – Plano de saúde – Sistema de intercâmbio – Cerceamento do direito de defesa – Provas desnecessárias ao julgamento dos pedidos – Legitimidade da Unimed executora – Responsabilidade solidária – Dever de indenizar. 01. A ausência de produção de provas desnecessárias ao julgamento dos pedidos formulados na inicial não acarreta cerceamento do direito de defesa do réu. 02. Há responsabilidade solidária entre as cooperativas que fazem parte do sistema de intercâmbio, considerando, sobretudo, a cadeia de consumo. 03. A demora excessiva em autorizar o fornecimento dos materiais necessários à cirurgia descrita na inicial. Caracteriza recusa indevida. Dano moral *in re ipsa*. Dever de indenizar configurado. Recurso conhecido e não provido”. (TJMS, 08181099420158120001, Relator Desembargador Vilson Bertelli, julgado em 13.12.2017, 2ª Câmara Cível).

<sup>40</sup> “A grande massa de processos que afluem aos tribunais, elevando sobremaneira o número de demandas e atravancando a administração da justiça, é constituída em grande parte por causas em que se discutem e se reavivam questões de direito repetitivas. (...) O legislador brasileiro avançou, no plano constitucional e infraconstitucional, apresentando soluções por intermédio de técnicas de tratamento dos processos repetitivos, que são as seguintes: a – criação da súmula vinculante do STF; b – aferição, por amostragem, da repercussão geral da questão constitucional perante o STF, aplicando-se a decisão da Corte aos demais processos; c – julgamento de recursos especiais, por amostragem, objetivando negar seguimento a recursos sobre a mesma tese de direito; d – súmula de jurisprudência dominante, impeditiva de recursos; e – julgamento de mérito pelo juiz de primeiro grau, antes mesmo da citação do réu.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro; LAUAR, Maria Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1-2).

<sup>41</sup> São justas as críticas aos que “desdenham, por questão de princípio, reformas legislativas, entendendo que nada adianta modificar a norma. Se assim fosse, do mesmo jeito que não nos daria motivo de alegria a adoção de reforma boa, não precisaríamos preocupar-nos ante a ameaça de reforma ruim: tanto uma como outra deixariam as coisas exatamente onde estavam. Agora, no entanto, desejo equilibrar os pratos da balança, denunciando o erro oposto: a crença simplista de que, alterando a redação de um artigo ou introduzindo-lhe novo parágrafo, se pode dar como solucionado um problema da vida jurídica. A norma, vale sublinhar, nem é

Especificamente quanto à tutela provisória, com o CPC/2015, os antigos processos cautelares foram extintos, pelo que a tutela cautelar requerida em caráter antecedente não constituirá uma demanda autônoma e sim correrá nos mesmos autos da questão principal, de modo antecedente a ela.<sup>42</sup>

Todavia, ainda assim, subsistiria um déficit sob o ponto de vista do processo ideal. Devemos nos render à máxima de que o processo não é o ideal, mas sim o possível. Afinal, a substituição da vontade das partes pela vontade do Estado-juiz encontra também suas limitações.

Portanto, o processo deve ser formal e eticamente adequado a produzir os efeitos no plano processual e material. Esse é o sentido da cláusula do devido processo legal, que torna o processo adequado. Esse é o sentido em falar na existência do princípio da adequação. É, pois, “um apelo à consciência do homem a realizar uma justiça superior”<sup>43</sup> não somente correta, nos estreitos termos da exigência da legalidade formal processual, mas também com significativo conteúdo material. A demanda “tem que ser capaz de promover a realização do direito material. O meio tem que ser idôneo à promoção do fim”. A finalidade de adequar a “tutela revela a necessidade de análise do direito material posto em causa para a partir daí se estruturar um processo dotado de técnicas processuais aderentes à situação levada a juízo”.<sup>44</sup>

Por outras palavras, essa garantia não se limita ou se exaure na legalidade do processo, mas se traduz no próprio significado do processo como instrumento para alcançar a justiça.<sup>45</sup>

### **1.2.3.5 Princípio do acesso à justiça e inafastabilidade**

No mesmo alinhamento com a necessidade de um processo adequado, aparece, como outra faceta do devido processo legal, o princípio da inafastabilidade

---

impotente, nem onipotente”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 99, 2000. p. 148).

<sup>42</sup> “Sensível a essas mudanças, o legislador atual se deu conta de que não se justificava mais a persistência do processo cautelar em nosso ordenamento jurídico. Permanece, à evidência, a tutela cautelar, como uma das espécies de tutela provisória, mas não o processo cautelar. Mesmo nos casos em que ela é deferida em caráter antecedente, não haverá um processo cautelar autônomo, mas um momento antecedente do processo principal.” (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 347).

<sup>43</sup> VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 30.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 146-147.

<sup>45</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 4, 1994. p. 1.070.



da jurisdição, que, em última análise, traduz o próprio acesso à justiça.<sup>46</sup> De fato, não se pode falar em inafastabilidade sem falar nos princípios do acesso à justiça e da adequação,<sup>47</sup> todos direcionados à asseguuração, reconhecimento e satisfação do direito em torno da lide.<sup>48</sup>

A adequação e o acesso à justiça, ambos sempre referidos na manifestação do devido processo legal, atuam em conjunto com a inafastabilidade da jurisdição, propiciando melhor interpretação para a construção da motivação das decisões judiciais e redundando em um dispositivo com o peso valorativo devido. E mais, o acesso à justiça e a consequente inafastabilidade, tal como insculpido no inciso XXXV do art. 5º da CF, evocam o direito de ação como meio de espargir as insatisfações por ter o direito a certos bens da vida e restar impedido de acessá-los. Mencionado direito é tutelado quando se dá de modo adequado, efetivo e tempestivo, por meio de um processo justo.<sup>49</sup>

Assim, “esse dispositivo não se traduz em garantia de mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão”.<sup>50</sup> Não se trata apenas de proclamar direitos, mas de garanti-los. Esse é o sentido da efetividade do acesso à justiça, que também é inerente à aplicação da justiça, a partir do princípio da inafastabilidade da jurisdição.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 12).

<sup>47</sup> Aqui, justiça e adequação tanto processual quanto material. De fato, “any lawyer practising in the civil courts needs a thorough grasp of practice and procedure. Indeed, knowledge of procedure is probably as important as knowledge of the substantive law”. (SIME, Stuart. *A practical approach to civil procedure*. 15. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21).

<sup>48</sup> “O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.” (WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20).

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 146.

<sup>50</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1, p. 198.

<sup>51</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 12.



Saindo um pouco do campo do Judiciário, também se vê claramente que o legislador encampou o princípio da inafastabilidade da jurisdição como a ampliação do acesso à justiça. São exemplos dessa atuação: a criação dos Juizados Especiais<sup>52</sup> e a facilitação da defesa dos direitos de massa (aqueles catalogados como difusos, individuais homogêneos e coletivos,<sup>53</sup> inseridos em dispositivos protetivos do CDC e do Estatuto do Idoso, dentre outros, permitindo, por exemplo, a utilização da ação civil pública).<sup>54</sup>

Naturalmente, o vulnerável ou hipossuficiente tem mais dificuldades no acesso à justiça, e esses mecanismos contribuem para uma melhor distribuição da própria justiça.<sup>55</sup> Até mesmo o nível de pobreza atinge certa limitação ao acesso à justiça e à inafastabilidade da jurisdição, quando não se dá o devido acesso à informação. Preocupar-se se o indivíduo sabe ou não dos seus direitos é também atuação do princípio da inafastabilidade.<sup>56</sup> Por outras palavras, o princípio da inafastabilidade, se aplicado com toda a sua força, em verdade, representa uma aproximação do que seja o efetivo acesso à ordem jurídica justa.<sup>57</sup>

---

<sup>52</sup> A introdução dos Juizados Especiais fez muito esse papel. “O ineditismo está assentado no dado fundamental de que setores populares, antes praticamente alijados ou ignorados na arena judicial, vão crescentemente marcando sua presença e ocupando espaços político-jurídicos antes vazios.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Acesso à justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 315, 1991, p. 14).

<sup>53</sup> GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*. Un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 48.

<sup>54</sup> “O acesso não deve ser visto apenas como um direito fundamental, mas também como o ideal central do moderno direito processual, razão pela qual o legislador tem se preocupado em dotar o sistema processual de novos instrumentos capazes de viabilizar esse acesso de forma mais rápida e efetiva.” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça e efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos?* Curitiba: Juruá, 2001. p. 42).

<sup>55</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

<sup>56</sup> “El acceso cierto a la información constituye la verdadera entrada a la posición o emplazamiento de cada uno. Es la guía de los derechos con que se cuenta y, fundamentalmente, de sus límites. De lo que puede usarse y ejercerse, o reclamarse de aquello otro que, por ser abusivo o disfuncional, deja de merecer la sombra protectora del Derecho. Y lamentablemente de cuanto, por ignorancia o desconocimiento, no se ejerce, reclama ni protege.” (MORELLO, Augusto Mario. *El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación*, p. 166).

<sup>57</sup> “Em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso – pode não ser o melhor caminho para ensejar a efetiva vindicação de direitos. Aqui, a busca há

Importa, por fim, destacar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não poderá implicar o “entupimento” do sistema judiciário, com entrada de demandas e saída tão afunilada de maneira que emperre a máquina do Poder Judiciário. Perceba-se que somente pode ser cumprido o princípio em comento enquanto houver uma entrega da justiça em tempo hábil, razoável, pois a justiça tardia será injusta.<sup>58</sup> Aí se percebe que “a garantia de razoável duração do processo constitui desdobramento do princípio estabelecido no art. 5º, XXXV da CF/1988”,<sup>59</sup> isto é, da primazia da inafastável jurisdição.

O princípio da inafastabilidade processual, assim, é muito mais que admitir o processo; é dar chances reais de êxito na demanda, ofertando um procedimento dialético<sup>60</sup> (participativo, até mesmo da sociedade, como no caso do *amicus curiae*) e, ainda, instrumentalizando a defesa de interesses metaindividuais, permitindo, por exemplo, a suspensão de ações individuais em andamento para julgamento do processo coletivo,<sup>61</sup> propiciando, ainda, que a justiça das decisões seja encontrada na subsunção adequada pelo caminho da razoabilidade e, por fim, superando os obstáculos da efetivação das decisões.<sup>62</sup>

---

de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Os meios alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 326, 1994. p. 125).

<sup>58</sup> “Ora, no início do século passado (cerca dos anos 1920), já falava Carlos Maximiliano da necessidade de aliviar o Supremo ‘do excesso de trabalho, de que não dá conta.’” (NEVES, Nilson. Entraves jurídicos à realização da justiça. In: WALD, Arnaldo (Org.). *O direito brasileiro e os desafios da economia globalizada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 134).

<sup>59</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 47.

<sup>60</sup> “A ideia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição da decisão.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 251).

<sup>61</sup> A concretização do princípio da inafastabilidade pode encontrar suporte na “suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de solução já existente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade (art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999) e no âmbito do controle de constitucionalidade difuso exercido perante os Juizados Especiais Federais (art. 14, § 5º da Lei Federal n. 10.259/2001, regulado pelo art. 321, § 5º, I, do Regimento Interno do STF)”. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 186-187).

<sup>62</sup> A sentença (exceto aquelas meramente declaratórias) não é algo que serve para se pôr no quadro ou guardar, deve ter um sentido de alteração significativa na vida das pessoas que batem à porta do Judiciário. Altos custos para processar a ação poderiam também “tornar a demanda uma futilidade”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 19).

O direito processual e o direito material não são estanques;<sup>63</sup> assim é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que atua tanto processual como materialmente, unindo essas realidades num único objetivo: entregar a tutela a quem tem o direito.<sup>64</sup>

### 1.2.3.6 *Princípio da motivação das decisões*

Com o Contrato Social, a humanidade faz o pacto para se submeter às leis, aos ditames do Estado e à organização do coletivo e clama, ao mesmo tempo, pela motivação dos atos estatais.<sup>65</sup>

A motivação dos atos decisórios, por sua vez, é princípio antigo, encontrando suas origens muito além do sentido jurídico, gravado nos primórdios, na própria existência do ser; é sentimento<sup>66</sup> ínsito ao ser humano, sabedor de que nada acontece por acaso, ou seja, tudo acontece por uma causa. Nessa senda, a necessidade de motivar os atos provoca o desejo de acesso a informações, a expansão da consciência, a mentalização dos objetivos e a busca constante de superar os obstáculos, pois o ser humano é uma criatura que culturalmente sempre está em busca dos porquês.

---

<sup>63</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. Influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17.

<sup>64</sup> “Continuarão existindo dois planos distintos, direito processual e direito material, porém a aceitação desta divisão não implica torná-los estanques, antes imbricá-los pelo ‘nexo de finalidade’ que une o instrumento ao objeto sobre o qual labora.” (ZANETI JR., Hermes. Teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 304).

<sup>65</sup> Confirmam-se: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de direito processual* – segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 54; NOJIRO, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 28.

<sup>66</sup> “Um olhar sobre o comportamento humano, desde tempos imemoriais até nossos dias, revela esta simples verdade: o ser humano não quer e não gosta de perder. É próprio do homem o apegar-se às suas convicções e teses, para vê-las vencedoras. O que está na base desse impulso parece ser uma constante necessidade de autoafirmação e de subjugação do próximo aos interesses do dominador, do vencedor, postura psicológica essa que, provavelmente, remonta às priscas eras da civilização e se vem mantendo ao longo dos séculos, no chamado ‘inconsciente coletivo’.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 2003. p. 19).

Por outro lado, conceitualmente, os profissionais de administração de empresas costumam lembrar que motivar decisões é, acima de tudo, ouvir<sup>67</sup> – dada a hierarquia: sobem informações e descem decisões –, ou seja, somente ouvindo adequadamente os destinatários é que se constrói uma decisão administrativa segura, o que possui, guardadas as devidas proporções, coincidência com o conceito jurídico, pois o processo decisório é um processo de informação, demonstrando a sua força sobre os reflexos do direito de audiência em juízo.<sup>68</sup> Naturalmente, a deficiência da capacidade de ouvir compromete a qualidade do ato decisório.<sup>69</sup>

Nesse sentido, também se insere a motivação das decisões dos Poderes Constituídos, de um lado dando resposta para a busca do seu motivo e, de outro, zelando pela sua qualidade, com uma audiência necessária.

Daí já é possível entender por que a motivação das decisões judiciais é princípio fundante do Estado Democrático de Direito,<sup>70</sup> decorrente do art. 1º e positivado no inciso IX do art. 93, ambos da Constituição Federal,<sup>71</sup> recebendo atenção de outros estatutos, como o fazem o Código de Processo Civil e o Código Latino-Americano de Ética Judicial.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Luiz A Marins Filho é Ph.D em Administração de Empresas (MARINS FILHO, Luiz Almeida. Citação e frases. In: *A essência da motivação, essência da sabedoria dos grandes gênios de todos os tempos*. São Paulo: Martin Claret, 1998. p. 12).

<sup>68</sup> Como podemos observar na definição dada por Bruggeman – Berlim, 1971, jurista alemão citado pela doutrina. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de direito processual* – segunda série. São Paulo, 1980. p. 88).

<sup>69</sup> A exigência de motivação – hoje, garantia constitucional (CF, arts. 5º, XL, e 93, IX) – não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou justificar. (STF, 1ª Turma, *Habeas Corpus* 75.258, indeferido, mas concedido de ofício, votação unânime).

<sup>70</sup> Historicamente, após a Segunda Guerra Mundial é que o processo alcança “in termini strettamente tecnici e strumentali dovrebbe sempre essere neutro”, sobressaindo sua característica de garantia fundamental. Nesses termos, a motivação das decisões ganha espaço. (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, anno LV, n. 2, p. 381-410, giugno 2001. p. 384).

<sup>71</sup> TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 40.

<sup>72</sup> Estatuto do Juiz Ibero-Americano, fruto da VI Cúpula Ibero-Americana de Presidentes de Cortes Supremas e Tribunais Superiores de Justiça, celebrada em Santa Cruz de Tenerife, Canárias, Espanha, nos dias 23, 24 e 25 de maio de 2001.

Assim, o ato de fundamentar as decisões remete à inescusável obrigação judicial para, dentre outros, chancelar a legitimidade funcional do juiz<sup>73</sup> e, em última análise, aproveita também à parte e à sociedade. Há um tríplice aproveitamento subjetivo: ao juiz, enquanto órgão, obrigando-o a conhecer a causa; às partes, quanto à verificação do seu direito na decisão; e à sociedade, incluindo-se os advogados, doutrinadores e opinião pública em geral, no assentamento e comportamento de uma decisão justa,<sup>74</sup> com vistas a futuros casos análogos.<sup>75</sup>

Notadamente, a ausência de motivação configura a ocorrência de excesso de poder, na medida em que não atende os seus destinatários e inibe a possibilidade de valoração objetiva do julgado na rediscussão da causa.

---

<sup>73</sup> Todavia, deve-se observar as peculiaridades de cada ramo do direito. Por exemplo, “no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, a decisão judicial proferida ao fim da fase de instrução deve estar fundada no exame das provas presentes nos autos. 2. Para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime. Exige-se prova da materialidade do delito, mas basta, nos termos do artigo 408 do Código de Processo Penal, que haja indícios de sua autoria. 3. A aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, pautada nesse juízo de probabilidade da autoria, destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri. 4. Considerando, portanto, que a sentença de pronúncia submete a causa ao seu Juiz natural e pressupõe, necessariamente, a valoração dos elementos de prova dos autos, não há como sustentar que o aforismo *in dubio pro societate* consubstancie violação do princípio da presunção de inocência. 5. A ofensa que se alega aos artigos 5º, incisos XXXV e LIV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal (princípios da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais) se existisse, seria reflexa ou indireta e, por isso, não tem passagem no recurso extraordinário. 6. A alegação de que a prova testemunhal teria sido cooptada pela assistência da acusação esbarra na Súmula n. 279/STF. 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (STF – RE 540.999, Rel. Ministro Menezes Direito, 1ª Turma, julgado em 22.04.2008, *DJe* 20.06.2008, *LEXSTF* v. 30, n. 360, 2008, p. 484-500).

<sup>74</sup> *ADV INF.* 1993, p. 290 – Sentença justa – Ministro Marco Aurélio, STF.

<sup>75</sup> Essa é a realidade até mesmo na fase recursal. Precedente: “Deve ser afastada a alegada violação aos artigos 515, § 1º e 535, ambos do CPC [de 1973], pois o aresto impugnado guardou observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais na medida em que analisou suficientemente a controvérsia dos autos. A admissibilidade do recurso especial exige a clara indicação dos dispositivos supostamente violados, bem como em que medida teria o acórdão recorrido afrontado cada um dos artigos atacados ou a eles dado interpretação divergente da adotada por outro tribunal, o que não se verifica na hipótese dos autos. A deficiência na fundamentação do recurso no pertinente ao afastamento de multa por litigância de má-fé inviabiliza a exata compreensão da controvérsia, atraindo, portanto, a Súmula n. 284 do STF. (...) Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no REsp 1.081.512/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 28.09.2010, *DJe* 08.10.2010).

Todavia, se a decisão não ensejar prejuízo a qualquer das partes, não estará abrangida pela garantia constitucional.<sup>76</sup> Trata-se de decisão automotivável (implicitamente motivada, muito embora explicitamente desmotivada), essência que é buscada no próprio sentido do ato, desprovido que é, em verdade, de cunho decisório. Isso porque, a rigor, o sistema processual não admite motivação implícita dos atos genuinamente decisórios, porquanto essa vedação é justificada na necessidade do controle da legalidade das decisões e imparcialidade do juiz.<sup>77</sup>

É de notar, a essa altura, que a autonomia do juiz é relativa, muitas vezes esbarra nos limites impostos pela lei.<sup>78</sup>

Por sua vez, “a dimensão processual da sentença constitucional é explicada, para certos autores, como decorrente da convergência de quatro princípios fundamentais: a) princípio da congruência: as sentenças dos Tribunais Constitucionais devem manter e respeitar a mais estrita correspondência entre *demanda* e *pronunciamento*; b) princípio da motivação: é consubstancial à ‘teoria da sentença’. Coloca-nos frente ao tema dos vícios de inconstitucionalidade. A questão vai ao fundo do problema da motivação das sentenças constitucionais<sup>79</sup>; c) princípio da colegialidade: trata-se da condição orgânica ou colegial da vontade que respalda a sentença; d) princípio da eficácia: a sentença deve alcançar a reintegração da lesão ao ordenamento constitucional causado pela aplicação da lei ou do ato inconstitucional. Assim, três são os sistemas que constituem resposta a este princípio: a) o sistema americano, pelo qual a eficácia só produz efeito *inter partes*, confiando-se sua extensão à técnica do *stare decisis*; b) o sistema austríaco, puro ou Kelseniano, no qual a sentença, com pretensão de eficácia *erga omnes*, tem uma entidade *constitutiva*, desde que ela mesma, em virtude e a partir de seu pronunciamento, coloca a inconstitucionalidade no mundo do existente jurídico. Os efeitos só se produzem *ex nunc*, isto é, para o futuro; c) o sistema reformado,

---

<sup>76</sup> “A essência da motivação das decisões encontra suas origens muito além do sentido jurídico, participando a fundamentação explicitada no *decisum* como ferramenta ao exercício do controle da atividade do Estado-juiz em decorrência do estabelecimento do Estado Democrático de Direito.” (SOARES, Marcelo Negri. *Embargos infringentes*: apelação, ação rescisória e outras polêmicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 37).

<sup>77</sup> TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 319.

<sup>78</sup> TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, p. 38.

<sup>79</sup> A inconstitucionalidade da norma é um problema intertextual. “Não se trata, por conseguinte, de uma hierarquização absoluta. Principalmente as leis ordinárias e as decisões dos tribunais competentes para questões constitucionais, que em uma abordagem técnico-jurídica constituem direito infraconstitucional, determinam o sentido e condicionam a validade das normas constitucionais.” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 72).

variante do anterior, adotado em parte na Alemanha e Itália, apesar de ter certos preceitos em que se entende a sentença não como *constitutiva*, mas meramente *declarativa* de uma nulidade que existe *ex Constitutione*, preexiste à sentença e deve, portanto, causar efeitos *ex tunc*, ou para trás”.<sup>80</sup>

Nesse emaranhado de possibilidades, naturalmente que o elemento lógico da motivação da sentença se mostra eficaz para impedir qualquer posição autoritária e ilegal, mesmo que emanada por descuido ou engano. Dentro da devida tempestividade, o sistema processual admitirá um meio de impugnação cabível à decisão que, embora contendo motivação, funda-se em provas inexistentes nos autos ou, ainda que existentes, sejam irrelevantes ao desfecho da lide em função da existência de outras provas.<sup>81</sup>

Em suma, o juiz se obriga a emitir os fundamentos em que baseou o julgado.<sup>82</sup> Em decorrência desse preceito, o juiz está vinculado a resolver todas as questões propostas, seja pelo autor, seja pelo réu, considerando-se nula a decisão que for omissa a respeito de ponto significativo suscitado por qualquer das partes.<sup>83</sup> Sob essa ótica, os litigantes têm o direito de conhecer precisamente as razões de fato e de direito que determinaram o sucesso ou insucesso de suas posições. Daí por que as questões submetidas devem ficar claramente resolvidas, em

---

<sup>80</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o devido processo legal*, p. 119 e ss.

<sup>81</sup> “Trata-se de evidente processo de densificação das normas constitucionais no direito infraconstitucional, inerente ao modo de pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009. p. 138).

<sup>82</sup> “La giustizia della decisione non ne presuppone soltanto la legalità, ossia la derivazione da una corretta interpretazione ed applicazione delle norme, ma anche la veridicità, ossia l'accertamento della verità dei fatti rilevanti: la ragione fondamentale di ciò è che nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda su un accertamento falso o errato dei fatti della causa.” (TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2. tir. São Paulo: RT, 2008. p. 168).

<sup>83</sup> “Ora, ao afirmar que se considerará nula, por não fundamentada, a decisão que não enfrentar argumento jurídico deduzido no processo apto a infirmar a decisão em questão, impõe-se logicamente o dever de enfrentamento de todo e qualquer argumento relevante da parte que se mostre contrário à argumentação desenvolvida pela decisão”. (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Os princípios da fundamentação e do contraditório no Novo Código de Processo Civil: primeiras impressões*. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Novo CPC doutrina selecionada: v.1: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 465).



sentido favorável a um entendimento legalmente possível para a solução do caso, de sorte a proporcionar o reexame pelo órgão *ad quem* e, inclusive, eventual rescindibilidade.<sup>84</sup>

#### 1.2.4 Devido processo legal substantivo

O princípio do devido processo, sob o enfoque substancial, constitui hoje importante instrumento de controle da atividade pública e alcançou notória evolução a partir do seu surgimento na experiência da Corte Suprema Norte-Americana, que, tendo na fluidez de seu conceito uma aplicação mais intuitiva, mais contextual, do que objetivamente definida, cunhou um extraordinário significado para a aplicação do denominado *substantive due process*.

A amplitude da expressão do devido processo legal substancial diz respeito, de um modo geral, “à limitação imposta ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade”.<sup>85</sup> Representa uma limitação ao mérito das ações estatais, sobretudo aos Poderes Legislativo e Executivo, devendo as leis e os atos manifestar a razoabilidade e a justiça desde sua elaboração. Por outras palavras, trata-se da fusão objetiva da aplicação de vários princípios (legalidade, moralidade, eticidade etc.), que permite uma aproximação entre o ideal e o real, de modo a garantir “o exercício pleno e absoluto dos direitos”,<sup>86</sup> em sentido amplo, que sejam relacionados à liberdade, à propriedade, dentre outros.

Na atividade legislativa, como efeito do devido processo substancial, “a lei deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão sobretudo conforme o valor ‘justiça’ (aspecto substancial), que vem retratado na Constituição assim como no Direito humanitário internacional. Uma lei que não atenda para a razoabilidade (*reasonableness*) é inconstitucional, por ferir a cláusula (substantiva) do *due process*. E cabe ao Poder Judiciário,

---

<sup>84</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., atual., ampl. e atualizada de acordo com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: RT, 2007. p. 316.

<sup>85</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 382.

<sup>86</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil*, p. 36.



desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a ‘justiça’ (razoabilidade) da lei”.<sup>87</sup>

Na atuação do Poder Executivo, os atos administrativos devem ser pautados pela razoabilidade, observando a sua constitucionalidade e uma motivação condiscente, pois, igualmente, o ato sofre o controle do Poder Judiciário. O próprio sentido de motivação dos atos decisórios judiciais, possibilitando o acesso à recorribilidade ao órgão colegiado, tem, no seu âmago, o sentido de extirpar as arbitrariedades e, de certa forma, é manifestação do devido processo substancial.

Assim, vejamos com mais detalhes o especial instrumental da justiça conferido sobre o prisma da aplicação do princípio do devido processo substantivo.

#### **1.2.4.1 Evolução do conceito na Corte Americana e aplicação no Brasil**

Na Corte Suprema Norte-Americana, floresceu a doutrina sobre o devido processo legal substancial como instrumento de controle dos atos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo). De início, quando surgiram os primeiros casos em que os julgados não unânimes continham esse debate (ano de 1873, conhecidos como *Slaughter-House Cases*, aplicados sob uma lei de 1869, do Estado da Louisiana),<sup>88</sup> faziam menção a uma única exigência: que houvesse um procedimento (por óbvio, não propriamente um processo) para que se pudessem emitir tais atos, negando a possibilidade de controlar seu conteúdo. Posteriormente, a cláusula do devido processo substancial evoluiu para exigir a legalidade durante todo o desenrolar desse procedimento, passando a incluir também o controle do conteúdo desses atos, acessando um amplo controle de constitucionalidade.

No âmbito administrativo, percebeu aquela Corte a especial importância do devido processo legal no exercício do poder de polícia. Na fundamentação do ato, já há os sinais da infringência ou não da legalidade, de modo a propiciar ao Judiciário a extirpação de arbitrariedades.

No Brasil, a cláusula do devido processo legal substancial se manifesta, com maior força, no controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

---

<sup>87</sup> GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional e democrático de direito e o devido processo criminal. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 534.

<sup>88</sup> Apesar desse julgado ter negado a extensão do princípio, o debate contido nos votos divergentes valeu para abrir caminho a outros julgados, como no caso *Calder x Bull* (1798) e *Marbury x Madison* (1803), em que se viu a força plena do princípio do devido processo legal substancial. (SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 87).

Assim, no sistema brasileiro, “a essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”.<sup>89</sup>

Em resumo, o ato judicial,<sup>90</sup> administrativo<sup>91</sup> ou legislativo não pode ser considerado legítimo se não atender ao pacto social. Uma decisão (*v.g.*, lei entre

---

<sup>89</sup> ADI 1.148-8, trecho do voto, Rel. Ministro Celso de Mello.

<sup>90</sup> Sobre o entendimento jurisprudencial envolvendo o ato judicial, visualize: “Apelação Cível. Ação de cobrança fundada em nota fiscal não assinada pelo suposto destinatário do produto. Julgamento antecipado da lide quando, dispensada a produção de provas pela parte, não é possível conhecer os fatos pelos documentos dos autos. Nulidade. Violação que macula o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio do devido processo legal na dimensão substancial representada pelo seu consectário princípio da efetividade. Matéria sujeita à apreciação de ofício. 1. O julgamento antecipado do mérito fora dos parâmetros do art. 355 do Código de Processo Civil viola a garantia constitucional ao devido processo legal, ensejando nulidade. 2. A inobservância da necessidade de produção de prova testemunhal, ainda que dispensada pela parte a quem possivelmente beneficiaria, fere o princípio do devido processo legal substancial, haja vista a insuficiência da prova documental para esclarecer nitidamente os fatos e sobretudo considerando que o réu não compareceu à audiência ou ofereceu contestação, motivo que levou o autor desistir da produção de prova testemunhal por confiar que a presunção de veracidade dos fatos alegados acarretada pela revelia seria suficiente para procedência do pedido em sede de julgamento antecipado. 3. Matéria probatória é de ordem pública, passível de reconhecimento de ofício. 4. Apelo conhecido e provido para anular a sentença prolatada e determinar a reabertura da instrução processual.” (TJBA, APL 00004448220158050134, Relator Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, publicado em 06.02.2018).

<sup>91</sup> Acerca do entendimento jurisprudencial relacionado ao ato administrativo: “Servidor público. Papiloscopista da polícia federal. Processo administrativo disciplinar. Pena de suspensão. Supressão da fase de instrução do PAD. Inconstitucionalidade. Não observância da garantia constitucional do devido processo legal substancial administrativo. Sentença que acolheu o pedido e declarou a total nulidade do PAD. Parcial provimento da remessa oficial e do apelo da União, para declarar a nulidade do PAD em relação à supressão da fase de produção de provas. 1. Cuida-se de Remessa de Ofício e de Apelação manifestada pela União em desfavor da Sentença que, em mandado de segurança, acolheu o pedido do ora Apelante e declarou a integral nulidade do PAD instaurado em seu desfavor, em vista da supressão da fase de instrução do processo, que lhe infligiu a pena de suspensão. 2. A garantia constitucional do devido processo legal

as partes), um ato administrativo ou “uma lei não pode ser considerada uma *law of the land*, ou consentânea com o *due process of law*, quando incorrer na falta de razoabilidade ou de racionalidade, ou seja, em suma, quando for arbitrária”.<sup>92</sup> Esse é o sentido amplo que se pode extrair da cláusula do devido processo substancial, que, em sentido estrito, direciona-se a atender às mudanças histórico-culturais do entendimento da lei, pautada numa hermenêutica por critérios de razoabilidade e proporcionalidade.<sup>93</sup>

#### 1.2.4.2 Princípio da proporcionalidade (e consequente razoabilidade)

A dimensão substancial do devido processo legal tem forte ligação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A proporcionalidade é sentida na exigência de parâmetros de razoabilidade (*übermass* – proibição do excesso) para a atuação dos Poderes constituídos.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, contempla os subprincípios da adequação (verificação da idoneidade do meio para atingir sua finalidade), da necessidade (se o meio não pode ser substituído por outro menos gravoso)

---

substantivo – judicial e administrativo – se assenta, principalmente, na máxima segundo a qual o querelante tem o direito de expor a sua tese, bem como de que esta seja considerada pela autoridade julgadora. Trata-se de legítima pretensão à tutela jurídica (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*), que abrange, também, a produção de provas, porque esta, de fato, consubstancia os argumentos expendidos pelo querelante, seja judicial ou administrativo o processo. Consoante precedentes do Supremo Tribunal Federal, a defesa, enquanto direito da pessoa humana, deve ser ampla, nos termos em que a quer a Constituição da República (CF, art. 5º, LV). Desse modo, padece o PAD de nulidade insanável, a partir do momento em que suprimiu, em desfavor do Apelante, o direito a produzir as provas que pretendia. 3. Apelação e Remessa oficial a que se dá parcial provimento, para reformar a Sentença que anulava integralmente o PAD e julgar procedente o pedido para determinar à Autoridade Impetrada observe, em favor do Apelante, o direito a produzir provas, na forma de alegações finais, bem como para proferir nova decisão, devidamente fundamentada, inclusive nas provas que vierem a ser produzidas no PAD”. (TRF-1, AC 00289132920074013800 0028913-29.2007.4.01.3800, Relator Desembargador Federal Francisco Neves da Cunha, julgado em 21.06.2017, Segunda Turma, publicado em 07.08.2017, e-DJF1).

<sup>92</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 57.

<sup>93</sup> Ambas as expressões *law of the land* e *due process of law*, no seu sentido inicial, designavam garantias processuais e experimentaram, por inclusões e exclusões, como ocorre na construção da jurisprudência anglo-americana, ampliação do seu campo de atuação, até se converterem numa espécie de “limitação constitucional dos Poderes do Estado”. (DANTAS, San Tiago Francisco Clementino de. *Igualdade perante a lei e due process of law. Problemas de direito positivo* – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 32).

e da proporcionalidade estrita (em sentido estrito, significa a vedação à concessão de um bem da vida que venha a prejudicar outro bem de valor superior). A atuação desses subprincípios, em conjunto, envoltos no princípio da proporcionalidade ampla, acaba por traduzir, em muitos casos, a exata medida da razoabilidade.<sup>94</sup> Até porque esta “diz respeito à compatibilidade entre meios e fins de uma medida”.<sup>95</sup>

E a atuação dos órgãos jurisdicionais deve se dar com proporcionalidade e razoabilidade para que não haja insegurança jurídica e o valor democrático presente na Constituição de 1988 seja enaltecido.<sup>96</sup> Homenageando tal questão, o CPC/2015 prevê, em seu art. 8º, que o magistrado, quando da aplicação das normas jurídicas, observará a proporcionalidade e razoabilidade.

Há exemplos dessa aplicação quando se reconhece: a) em uma decisão, que o aborto deva ser praticado ante o risco de vida da mãe na gestação ou por ser o feto anencéfalo; e b) a limitação de percentual tributário sem “equivalência com o razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar”;<sup>97</sup> e, na área do processo civil, c) decisões que acolhem a teoria protetiva do superendividamento; nesses casos, aplica-se o princípio do devido processo legal substancial para equilibrar a falta de razoabilidade da respectiva norma.<sup>98</sup>

### 1.2.4.3 Princípio da duração razoável do processo

O direito processual civil ficou marcado, nas últimas décadas, pelo aumento dos litígios, em face de uma melhora coletiva na consciência sobre a afirmação dos direitos, e da consequente demora demasiada para alcançar as respectivas soluções.

---

<sup>94</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 60.

<sup>95</sup> MEDINA, José Miguel García. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 117.

<sup>96</sup> “De todo modo, a não observância de critérios mínimos de racionalidade da criação da solução jurídica pela jurisdição constitucional pode ser fator de insegurança, conduzindo, assim, ao enfraquecimento dos direitos fundamentais, cujo teor acaba variando ao sabor de entendimento pessoal do juiz, o que é inadmissível, em um Estado Constitucional de Direito.” (MEDINA, José Miguel García. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 118-119).

<sup>97</sup> Repr. 1.077, Ministro Moreira Alves, 1984.

<sup>98</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência e Doutrina*, n. 23, p. 465-479, 1994, p. 469.

Os fatores determinantes para um processo lento, nos dias atuais, são institucionais, materiais e técnicos<sup>99</sup> (respectivamente, insuficiência de medidas proativas governamentais, de aplicação de recursos financeiros e de capacitação dos órgãos investidos de poder nas três esferas).<sup>100</sup> Esse “demandismo” se deve ao natural formalismo do procedimento, à capacidade da população e dos operadores do direito de identificar “brechas” na lei, bem como à rapidez na formação das relações jurídicas<sup>101</sup> e ao surgimento de novos direitos (em especial, a proteção dos direitos fundamentais, dos novos direitos de família e do consumidor) e de uma cultura da recorribilidade sem precedentes; esses são alguns fatos que contribuíram, e ainda contribuem, para o crescimento vertiginoso das demandas e para a insuportabilidade, sobretudo nas camadas mais humildes,<sup>102</sup> do dano marginal<sup>103</sup> e nefasto do tempo<sup>104</sup> inerente ao processo.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> Fazendo alusão ao tecnicismo exigido no processo, a prestação tempestiva deve ser talhada à luz “dalla complessità del caso e del comportamento del ricorrente e delle autorità competenti”. (TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 103, 2001. p. 170).

<sup>100</sup> Há quem chegue a identificar a insuficiência no Poder Judiciário, todavia essa deficiência é de todos os Poderes. (TUCCI, Cruz José Rogério e. *Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997. p. 98 e ss.).

<sup>101</sup> Anota a doutrina: “uma das características da sociedade moderna é o ritmo acelerado e agitado das relações sociais, econômicas e jurídicas que nela ocorrem”. (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: CEBEPEJ, 1999. p. 142).

<sup>102</sup> “Sob o prisma econômico, essas mudanças, associadas à lentidão da Justiça, têm o perverso efeito de proporcionar um incremento das desigualdades sociais. Os mais abastados têm melhores condições de suportar o tempo do processo e suas incertezas, o que faz os mais pobres aceitarem maus acordos ou desistirem de seus pertences. A parte que não suporta o ônus do tempo do processo possui um forte e ilegítimo poder de subjugar o adversário aos seus interesses.” (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória* (art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil). São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24).

<sup>103</sup> “La duración excesiva es fuente de injusticia social.” (CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 133).

<sup>104</sup> “Nas causas como na guerra e infelizmente em todas as circunstâncias da vida, a parte rica se encontra sempre em vantagem sobre a parte pobre.” (CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. Tradução de Roberto del Claro. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo: RT, v. 23, 2002. p. 203).

<sup>105</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Celeridade *versus* economia processual. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 225.

É notória a intangibilidade da máxima de Chiovenda que informa que a parte terá na via judicial aquilo que conseguiria no adimplemento voluntário da pretensão.<sup>106</sup>

Em contrapartida, os Poderes Legislativo e Judiciário, sentindo a pressão desses acontecimentos e a insuficiência do tradicional sistema ressarcitório<sup>107</sup> como meio de reparabilidade, e percebendo igualmente que havia casos pontuais em que a demora do processo era crucial e determinava o comprometimento da finalidade do processo, passaram a desenvolver soluções para atender a um processo mais célere e, portanto, mais justo.<sup>108</sup>

Concretizar a tempestividade da tutela jurisdicional passou a ser uma meta, pois se trata de uma garantia constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF) e também de uma garantia reconhecida na ordem internacional (*vide* o art. 8º, I, do Pacto de São José da Costa Rica).

Cristalino é que “só poderá ser considerada eficiente a tutela jurisdicional prestada tempestivamente, e não tardiamente”.<sup>109</sup> Nesse sentido, fez bem o Novo Código de Processo Civil, que contém em seu art. 4º a seguinte redação: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

“Direitos com grande probabilidade de existência, demonstrados de plano ou evidenciados em face da defesa frágil e desleal do demandado, não podem ser tratados igualmente aos não prováveis, isso como corolário do próprio *due pro-*

---

<sup>106</sup> O curso do processo, por si só, gera injustiça, pois nunca alguém poderá atingir aquilo a que teria direito, ao menos quanto ao tempo de seu adimplemento. Assim, aquela máxima: “(...) pelo menos hoje em dia, é um mito”. A duração do processo milita em detrimento da parte que tem razão e muitíssimo raramente vai “obter ‘tudo aquilo e exatamente aquilo’ a que tenha direito”. (VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 43, 1986. p. 143).

<sup>107</sup> Nessa época, observa a doutrina: “A proteção jurisdicional é predominante sancionatória, ou seja, só atua após a violação do direito”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada*: tutelas sumárias de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18).

<sup>108</sup> Ainda que a justiça se faça quando da efetiva entrega do bem da vida, não propriamente quando da decisão, pois, *in natura*, ainda sem a efetividade, ela é neutra. Assim, sendo “neutro, non potendosi qualificare a rigore, né come ‘giusto’, né come ‘ingiusto’, poiché tali aggettivazioni sembrano proprie non già del mezzo, ma del risultato decisorio cui esso conduce”. (TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in matéria civile, p. 384).

<sup>109</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 47.

*cess of law* e de sua plasticidade em face das peculiaridades do processo e do direito substancial.”<sup>110</sup> De fato, nesses casos uma resposta rápida do Poder Judiciário é a única chance de se construir um processo adequado, portanto, deve-se proporcionar mecanismos de modo a compatibilizar a rapidez da decisão com a rapidez na aferição do conhecimento suficiente sobre as causas dessa espécie.<sup>111</sup> Nesse ambiente, deu-se a criação da tutela antecipada no direito estrangeiro (França,<sup>112</sup> Itália, Espanha, dentre outros), com posterior introdução no direito pátrio (*v.g.*, arts. 273 e 461 do CPC/73 e arts. 294 e s. do CPC/2015).

---

<sup>110</sup> LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Tutela antecipada sancionatória*, p. 26.

<sup>111</sup> DANONI, Remo. I tempi della giustizia e i costi umani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 288.

<sup>112</sup> “O *référé-provision*, introduzido na França em 1973, experimentou desde então considerável desenvolvimento.” (PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, v. 342, 1998. p. 165).

