

Duplo grau de jurisdição 3.12. Proibição de provas ilícitas 3.13.
Direitos da vítima 4. Conclusão

Summary

1. Individual Guarantees. 1.1. General access to justice for all citizens
1.2. Impartiality of the judge 1.3. General defense 1.4. Rights of the
poor 1.5. Natural judge 1.6. Inertia 1.7. Contesting 1.8. Oral pleading
1.9. Res judicata 1.10. Renunciation of jurisdictional guardianship 2.
Structural Guarantees 2.1. Impartiality of jurisdiction 2.2. Permanence
of jurisdiction 2.3. Independence of judges 2.4. Reasoning for
decisions 2.5. Concrete equality 2.6. Inexistence of Illegitimate
obstacles 2.7. Qualitative effectiveness 2.8. Flexible and predictable
legal procedure 2.9. Publicity 2.10. Strict legality in the exercise of the
power of coercion 2.11. Reasonable term 2.12. Double degree of
jurisdiction 2.13. Respect for human dignity 3. Criminal Procedure
Guarantees 3.1. The right to be informed of the course of the
investigation and the content of the accusation 3.2. The right to self
defense 3.3. The right to a defense 3.4. Cross-examination in the
preliminary investigation 3.5. Prohibition on self-incrimination 3.6.
Identification and examination of witnesses 3.7. Accusatory principle
3.8. Conditions for the full exercise of defense 3.9. Judicial control of
restrictive measures 3.10. Burden of proof of accusation 3.11. Double
degree of jurisdiction 3.12. Prohibition of illegal proofs 3.13. Rights of
the Victim 4. Conclusion

1. Introdução

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo.

A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.

O Direito Processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos.

Isso não significa que os fins justifiquem os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.

Afinal, o processo judicial de solução de conflitos ou de administração de interesses privados se insere no universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, que no Estado de Direito Contemporâneo deve subordinar-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição que, não sem razão, se refere a tais princípios como inerentes “a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos

tribunais constitucionais e das instâncias supra-nacionais de Direitos Humanos, como a Corte Européia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.¹

Esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana.

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

O objeto deste estudo é, em primeiro lugar, identificar com a máxima precisão possível o conteúdo mínimo dessas garantias, como regras que devam ser observadas no processo judicial de todos os povos, tendo em vista que cada sistema processual tem as suas peculiaridades, muitas delas oriundas da tradição, ou adotadas como reação a certos abusos, que certamente ocorreram com mais intensidade em alguns países do que em outros. Por cima das palavras utilizadas pelos diplomas que as instituem devem prevalecer os valores por cujo respeito elas velam. Neste estudo tentarei identificar esses valores, assim como apontar os obstáculos concretos que temos no Brasil à sua prevalência, para que esta reflexão sirva de alguma forma à sua eliminação.

O recurso a fontes internacionais ou estrangeiras é inteiramente pertinente, não só porque os Direitos Humanos hoje constituem um rol de direitos fundamentais consagrados em tratados em vigor

em quase todos os países do mundo, entre os quais o Brasil, mas também pela estruturação de sistemas supra-nacionais de controle de sua eficácia, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, baseados num conteúdo mínimo uniforme desses direitos.

As garantias fundamentais abrangem em princípio tanto o Processo Civil, quanto o Penal, o Trabalhista, o Eleitoral etc. Meu interesse principal é pelo Processo Civil, o que me leva a estar mais atento às consequências que a implementação das garantias terá sobre ele. Todavia, parece-me impossível abstrair por completo dos seus reflexos sobre os demais ramos do Direito Processual.

Como reveladoras do conteúdo de normas inscritas na nossa Constituição, ainda que detalhadas em muitos aspectos em tratados internacionais ratificados, a eficácia das garantias penetra sobre o processo codificado por força da supremacia das normas constitucionais, afastando quaisquer disposições com elas incompatíveis.

Certamente o estudo dessa incidência vai suscitar muitas dúvidas e provocará grandes vazios legislativos, especialmente quando entrarem em conflito umas com as outras.

Neste estudo, não pretendo ir além da definição do conteúdo das garantias e da identificação dos problemas que me parecem mais importantes na sua aplicação.

No final, examinarei algumas garantias do Processo Penal, que me parecem merecer a atenção do processualista civil porque vão se aplicar a alguns tipos de litígios que são objeto da jurisdição civil, além da relevância humanitária que apresentam.

2. Garantias individuais

Luigi Paolo Comoglio, jurista de nosso tempo que tem dedicado grande parte dos seus estudos às garantias fundamentais do processo, em obra coletiva recente², classifica as garantias fundamentais do processo em individuais e estruturais, conforme se

refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes nos casos concretos ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária. Todavia, é impossível dizer que a observância das últimas não seja também pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos e interesses de cada uma das partes nos casos concretos, embora num primeiro momento elas se destinem a definir o método de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

2.1. Acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos ●●●●●●●●●●

Todos as pessoas naturais e jurídicas, independentemente de qualquer condição, têm o direito de dirigir-se ao Poder Judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão. Este é um direito que todos devem ter a possibilidade concreta de exercer, para a tutela de qualquer direito ou posição de vantagem, inclusive os de natureza coletiva ou difusa, tanto nas relações entre particulares como naquelas entre particular e o Estado, pois sem ela perdem os cidadãos a possibilidade de viverem em sociedade sob o império da lei. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já estabelecia, com acerto, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada... não tem Constituição”.³

Segundo Javier Barnes Vazquez, a garantia da tutela jurisdicional efetiva não é mais do que a consequência necessária da própria noção de Estado de Direito e da proscrição da auto-tutela.⁴

A consagração desse direito em face do poder público é freqüentemente apontada como a forma mais genuína e importante desse direito.⁵

A garantia do acesso à Justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa, ou seja, o direito de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada.

A amplitude do acesso conferido a todo cidadão de defender em juízo os seus próprios interesses não permite que a legitimatio ad

causam impeça, através de uma substituição processual exclusiva, o próprio titular da relação jurídica de direito material de assumir em juízo a defesa desses interesses. A legitimatio ad causam pode ser estendida a quem não é titular da relação de direito material, para facilitar o acesso à tutela jurisdicional, mas não pode impedir o titular dessa relação de vir a juízo em nome próprio defender o seu patrimônio jurídico.⁶

O acesso à Justiça, como direito fundamental, corresponde ao direito que cada cidadão tem individualmente ao exercício da função jurisdicional sobre determinada pretensão de direito material, sobre o mérito do seu pedido. Esse direito não pode ser frustrado por obstáculos irrazoáveis, a pretexto de falta de condições da ação ou de pressupostos processuais, como veremos adiante.⁷

2.2. Imparcialidade do juiz

O direito de acesso à Justiça é o direito a um julgamento por um juiz imparcial, ou seja, um juiz eqüidistante das partes e dos interesses a ele submetidos, que vai examinar a postulação que lhe foi dirigida no intuito exclusivo de proteger o interesse de quem tiver razão, de acordo com a lei e as demais normas que disciplinem essa relação jurídica.

Justamente o que distingue a jurisdição da administração é esse desinteresse objetivo, essa indiferença do Estado-juiz em que o resultado da sua atividade seja este ou aquele, enquanto o administrador é sempre parte, agindo sempre no interesse do Estado ou da coisa pública.

Montero Aroca, citando Wach, ressalta que a verdadeira imparcialidade exige que o juiz não sirva à finalidade subjetiva de qualquer das partes, mas que o seu julgamento seja ditado exclusivamente pelo correto cumprimento da função de atuar o direito objetivo, sem que qualquer outra circunstância influa na sua decisão.⁸

A imparcialidade é essencialmente subjetiva, embora a lei procure descrever situações que objetivamente a comprometem ou podem

comprometê-la. É também concreta, referindo-se a determinado processo, diferentemente da independência, que decorre do processo de investidura e das garantias do magistrado.⁹

Essa alteridade ou alienidade¹⁰ do juiz em relação às pessoas e ao objeto do seu julgamento estende o alcance da imparcialidade às chamadas incompatibilidades. O juiz não pode julgar os seus próprios atos e, portanto, se ele tiver exercido no mesmo processo outra função - advogado, perito, serventuário, juiz em instância inferior -, estará com a imparcialidade irremediavelmente viciada, porque terá de julgar atos por ele mesmo praticados. Entre nós, caberia examinar se essa garantia não compromete a técnica de processamento de certos recursos pelos mesmos juízes que participaram do julgamento recorrido, como os embargos infringentes, que hoje podem ter até o mesmo relator, ou da ação rescisória, naqueles casos em que o fundamento invocado se refere a questão já apreciada na decisão rescindenda. Mesmo vício deve ser observado em matéria criminal no juiz da falência, que recebe a denúncia por crime falimentar com base em inquérito judicial por ele presidido, ou no tribunal de 2º grau que apura e processa o crime praticado por magistrado. Não teria essa preocupação nos embargos declaratórios ou de divergência, aos quais é inerente o reexame pelos próprios juízes e que na verdade, mais do que finalidade recursal de assegurar um novo julgamento, visam a esclarecer ou completar decisão imodificável ou dirimir divergência de interpretação da lei.

Andolina e Vignera excluem a imparcialidade nos seguintes casos¹¹: se o juiz decide um processo administrativo antecedente da via judicial; se se trata de uma ação coletiva, provavelmente fundada no interesse de um determinado interesse difuso de um grupo a que pertença o juiz. No segundo caso, pode ocorrer a hipótese de não haver nenhum juiz imparcial, o que não pode justificar a denegação da jurisdição, mas põe desde logo o julgamento sob suspeita.¹²

A imparcialidade deve também ser examinada nos casos das chamadas contaminações psicológicas: o juiz que desentranha prova ilícita da qual já tomou conhecimento; o juiz que julgou o

autor carecedor da ação e teve a sua decisão reformada, sendo obrigado a julgar o mérito contra a sua convicção; o juiz que concedeu medida cautelar e fica vinculado para julgar a ação principal; o juiz que julga a ação de reparação civil depois de ter julgado a ação criminal; o juiz que julgou os mesmos fatos em causa conexa; o juiz que em tribunal colegiado decidiu recurso contra o recebimento inicial da acusação e que, posteriormente, no mesmo colegiado, julga recurso contra a sentença final; nos países que têm juizado de instrução, o juiz que investigou o crime não deve julgá-lo. Não me parece que, salvo no último caso, em que a incompatibilidade decorre de que os atos do investigador serão objeto do julgamento, nos demais se possa considerar o juiz suspeito ou impedido, embora se encontrem decisões até de tribunais internacionais que em determinados casos decidiram pela suspeição.¹³ O juiz não pode ser encerrado numa redoma. Ele lê jornais, ele participa de conversas privadas, ele recebe em particular pessoas que lhe manifestam opiniões sobre causas que vai julgar. Mas o juiz sabe que não pode decidir a causa com base nessas informações extraprocessuais, que ao decidir a causa ele deve aplicar o direito aos fatos e às provas colhidas validamente no processo: *quod non est in actis non est in mundo*. Por isso ele não pode associar o seu julgamento a qualquer opinião ou convicção formadas no mesmo ou em outro processo sobre qualquer questão que guarde relação com a *res in judicium deducta*.

Também deve ser comentada a hipótese em que o juiz manifestou publicamente a sua opinião sobre a causa antes do julgamento. A nossa Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79, art.36-III) veda ao juiz “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem”, e Theotônio Negrão, no seu Código, aponta decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos que julgou suspeito o juiz que, desnecessariamente, antecipou nos autos sua opinião a propósito de questão que ulteriormente deveria decidir.¹⁴ Se a imparcialidade é um atributo de caráter subjetivo, tanto seria suspeito o juiz que manifestasse prévia e publicamente a sua opinião, quanto aquele que a manifestasse privadamente ou que simplesmente a tivesse, antes do julgamento, ainda que não a

tivesse revelado a qualquer pessoa. A proibição é hipócrita, pois se preocupa com a aparência de uma justiça cega e impenetrável, e não com a essência de uma justiça acessível e justa. Hoje, o contraditório participativo e o diálogo humano que dele deve resultar exigem, ao contrário, que o juiz antecipe as suas opiniões, e que o faça de público, e não às escondidas, para que as partes possam acompanhar o desenvolvimento do seu raciocínio e assim influir eficazmente na formação da decisão final.

2.3. Ampla defesa

As partes ou os interessados na administração da Justiça devem ter o direito de apresentar todas as alegações, propor e produzir toda as provas que, a seu juízo, possam militar a favor do acolhimento da sua pretensão ou do não acolhimento da postulação do seu adversário. Esse direito abrange tanto o direito à auto-defesa quanto à defesa técnica por um advogado habilitado, e também o direito a não ser prejudicado no seu exercício por obstáculos alheios à sua vontade ou pela dificuldade de acesso às provas de suas alegações. A ampla defesa é por si mesma uma garantia genérica que se concretiza em muitas outras, sendo impossível delimitar aprioristicamente todo o seu alcance e, portanto, dela estarei tratando em muitos momentos no curso do presente estudo.

2.4. Direitos do pobre

Aos pobres devem ser assegurados os direitos de agir e de defender-se perante qualquer jurisdição em igualdade de condições com quaisquer outros cidadãos.

A isenção de custas e o patrocínio gratuito por advogados que exerçam a defesa técnica em igualdade de condições com os demais cidadãos são essenciais.

Igualmente indispensável é a implementação de um sistema de custeio da produção de provas de interesse do pobre, para evitar

que, à sua falta, deixem as partes de ser tratadas com igualdade, como freqüentemente ocorre com a prova pericial. Não se trata de pôr em dúvida a idoneidade daqueles que servem como peritos, mas apenas de reconhecer que, como quaisquer outros seres humanos, a perspectiva de não virem a receber a sua remuneração caso o feito seja decidido em desfavor do beneficiário da gratuidade, pode levá-los a ser mais zelosos na comprovação do direito de uma das partes do que da outra.

A gratuidade visa a garantir ao pobre paridade de tratamento e igualdade de chances no acesso à tutela jurisdicional, mas não a colocá-lo em posição mais vantajosa do que a do seu adversário, sob pena de transformar-se num instrumento de privilégio. O usuário da justiça paga tem um freio natural que o inibe de abusar do direito de demandar: a ameaça de ter de arcar com os encargos da sucumbência, como custas, honorários advocatícios e honorários periciais. O pobre não tem esse freio, o que pode levá-lo a tornar-se um desenfreado litigante de má fé. Para evitar esse abuso e tentar assegurar igualmente a boa fé do litigante pobre, alguns países exigem que este produza, ainda que sumariamente, alguma prova do direito alegado, antes da concessão da gratuidade, sob pena de indeferimento desta. É o que acontece, por exemplo, no Direito Alemão, através do § 118 do Código de Processo Civil. Essa exigência tem merecido apreciações polêmicas e contraditórias da própria Corte Européia de Direitos Humanos, quanto à sua adequação à paridade de tratamento que constitui pressuposto da garantia da tutela jurisdicional efetiva.¹⁵

Ao pobre não podem ser exigidas cauções e depósitos, seja como contra-cautela, seja para o ingresso em juízo ou como condição do exercício de qualquer direito subjetivo processual, sob pena de cerceamento do seu direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva.¹⁶

2.5. Juiz natural

Todos têm direito ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei antes da ocorrência

dos fatos originadores da demanda. Se esses fatos forem anteriores à instituição do juízo competente, é preciso que a sua ocorrência não haja sido determinante na fixação da competência desse juízo, que teria sido a mesma, ainda que eles não tivessem ocorrido. O juiz natural é o juiz legalmente competente¹⁷, aquele a quem a lei confere in abstracto o poder de julgar determinada causa, que deve ter sido definido previamente pelo legislador por circunstâncias aplicáveis a todos os casos da mesma espécie, e não por um juízo discricionário ou com a intenção deliberada de que esta ou aquela causa seja julgada por um ou outro juiz.

Para muitos, a garantia tem como conteúdo a preservação da vigência do princípio da legalidade com a finalidade de, através dele, assegurar a independência no exercício da função jurisdicional. Sua eficácia dependeria da atuação do legislador na definição das regras legais de competência. Idealizada originalmente como garantia da jurisdição penal, hoje abrange todas as espécies de jurisdição.¹⁸

Como bem assinala Serge Guinchard¹⁹, a garantia do juiz natural tem por finalidade essencial assegurar a igualdade de acesso à justiça de todos os cidadãos e a igualdade de tratamento. O artigo 14, § 1º, do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas proclama que “todos são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça”. Abolidos pelo Estado Democrático de Direito todos os privilégios de jurisdição, todos os cidadãos devem ser julgados pelos mesmos juízes, de acordo com as mesmas regras. Ninguém deve ser protegido por um juiz especial, como ninguém deve ser perseguido por um juiz ad-hoc.

Por imposição dessa igualdade, se no mesmo local existirem dois ou mais órgãos jurisdicionais concorrentemente competentes para as mesmas causas, a escolha deve dar-se por critério absolutamente objetivo e impessoal, geral, aplicável a qualquer outro caso idêntico, não podendo resultar do arbítrio nem de qualquer dos jurisdicionados, nem de qualquer dos juízes ou de outra autoridade judiciária, administrativa ou legislativa.

O juiz natural é garantia de aplicação típica às regras de competência absoluta, na qual não podem existir dois ou mais juízes competentes para a mesma causa, entre as quais qualquer sujeito possa exercer um direito de escolha.²⁰

A garantia abrange a predeterminação legal do órgão e do seu titular, tendo, pois, um conteúdo dual: objetivo ou orgânico e subjetivo ou pessoal. Não basta que o órgão esteja predeterminado na lei, com anterioridade e generalidade. A pessoa do juiz que exercerá a jurisdição do órgão deve nele ter sido investida através do procedimento legalmente previsto, caracterizado pela adoção de critério de escolha absolutamente impessoal, aplicável a todos os casos idênticos.²¹

A predeterminação como critério incidente antes dos fatos, ou antes de que se torne evidente a perspectiva de sua apreciação judicial, ou antes do início do próprio processo, não é um dogma absoluto, pois a racionalização do serviço judiciário e a eficácia da prestação jurisdicional podem exigir alterações na competência, como expressamente prevê entre nós o artigo 87 do Código de Processo Civil, ao referir-se à possibilidade de mudança na competência depois de iniciado o processo em razão da extinção do órgão jurisdicional ou da alteração de regras sobre a competência absoluta. O fundamental, do ponto de vista garantístico, é que essas modificações obedeçam à reserva de lei e sejam procedidas por critérios absolutamente objetivos e gerais²², o que gera a segurança de que não tiveram por finalidade subtrair a causa de um juiz imparcial, mas seguem submetendo-a às regras gerais aplicáveis a todos os cidadãos em igualdade de condições.²³

Embora o princípio da legalidade reja a atuação de todos os órgãos do Estado, o princípio do juiz legal, como garantia fundamental do processo, somente se aplica ao juiz, e não ao Ministério Público²⁴ ou aos serventuários.²⁵

Inúmeros institutos do nosso processo civil e penal devem ser analisados à luz da eficácia da garantia do juiz natural: os chamados foros privilegiados por prerrogativa de função, os desaforamentos no Tribunal do Júri, a reunião de ações conexas²⁶, as declarações de suspeição por motivo íntimo, a convocação de juízes de instâncias inferiores para exercerem jurisdição em tribunais de 2º grau ou tribunais superiores, a designação de juízes substitutos ou auxiliares para exercerem temporariamente a jurisdição em determinados órgãos, a modificação da competência pela intervenção na causa

de sujeito que tenha foro especial, a opção pelo juizado especial, as distribuições por dependência. Em todos esses casos, a garantia do juiz natural impõe a incidência de critérios objetivos e gerais que, a par de justificarem a medida pela imperiosa necessidade de assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, preservem a imparcialidade do julgamento e o tratamento isonômico de todos os cidadãos.

A especialização de competências, até mesmo em benefício de órgãos de outros Poderes, como ocorre com o Senado no julgamento de crimes de responsabilidade do Presidente da República, também não viola a garantia do juiz natural. O que se opõe ao juiz natural é o juiz de exceção, “particular, especial para determinadas situações, casos ou fatos particulares”.²⁷

2.6. Inércia

Como imperativo do respeito que merece do Estado a liberdade humana, a jurisdição somente interfere na vida privada e nas relações jurídicas das pessoas quando provocada por algum interessado²⁸, salvo nos casos excepcionais em que determinados interesses privados, como os interesses de incapazes, estão diretamente confiados pela lei à tutela ativa do juiz e em que a ausência de iniciativa de qualquer outro legitimado põe em risco a sobrevivência desses interesses, como, por exemplo, na nomeação ou remoção de tutores ou curadores ou em certos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A inércia da jurisdição não significa passividade do juiz na direção do processo e na busca da verdade.

Daí decorrem as proibições de julgamento ultra ou extra petita, que têm alcances diferentes no processo civil e no processo penal, dependendo das circunstâncias que delimitam o objeto litigioso. No processo penal a jurisdição se exerce sobre os fatos, pouco importando a qualificação jurídica que lhes tenha dado a acusação (Código de Processo Penal, art. 383). No processo civil, a matéria é mais complexa, pois os próprios fatos em certos casos podem variar (CPC, art. 462).

2.7. Contraditório

Ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material; c) congruidade dos prazos: os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, devem ser suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com efetivo proveito para a sua defesa; d) contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão; e) o contraditório participativo pressupõe que todos os contra-interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa e que preservem o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem a sua plena participação²⁹.

Quanto à audiência bilateral, até mesmo sobre as questões releváveis de ofício, vai aos poucos se firmando como exigência do contraditório participativo a prévia audiência das partes. Assim, no artigo 183 do Código de Processo Civil italiano: “Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la

trattazione”. Do mesmo modo o Código português, após a reforma de 1996, dispõe no artigo 207º: “A arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade”. Montesano, citado por Tarzia, estende a proibição do julgamento de surpresa, ou do juízo da “terceira via” inclusive às questões de fato.³⁰

A prova passa a ser um dos componentes do direito de defesa, o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor a sua produção, mas se completa com o direito de produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da postulação ou da defesa. Manuel Moron Palomino critica decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, de 16 de novembro de 1983, que sustentou que a declaração de pertinência de uma prova vem confiada ao prudente arbítrio do juiz.³¹

Mas a parte não pode ter prejudicado o seu acesso à tutela jurisdicional em razão da dificuldade de produzir a prova dos fatos que a ela interessam, em razão das regras que distribuem os ônus da prova. A doutrina e a jurisprudência vêm aconselhando, nesses casos, a inversão do ônus da prova, como meio de restabelecer o equilíbrio entre as partes no acesso à tutela jurisdicional efetiva, repudiando as chamadas provas diabólicas, ou de produção impossível, que põem uma das partes em indevida posição de vantagem, incompatível com a garantia do contraditório.³² Esse direito à prova não pode ser desvirtuado por ficções ou presunções jurídicas absolutas, nem tornar o acesso à prova excessivamente difícil ou impossível através de presunções legais, ainda que relativas. Por isso, muitas regras de valoração das provas, como as dos nossos artigos 400 e 401 do CPC, não podem mais ser consideradas verdadeiras proibições, mas simplesmente recomendações meramente indicativas extraídas pelo legislador da experiência comum, que o juiz pode seguir ou não de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O regime das provas legais deve também ser revisto à luz da presente garantia.³³ A proibição de provas ilícitas se justifica, como veremos adiante, pela necessidade de resguardar a proteção de direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade.

A efetiva possibilidade de utilização dos prazos obriga a uma revisão das regras disciplinadoras da devolução ou prorrogação dos prazos. Se a parte demonstra ter ficado impossibilitada de praticar o ato no prazo por motivo alheio à sua vontade, o prazo deve ser-lhe devolvido, se já findo, ou prorrogado. Essa concessão não pode ficar na dependência, como indevidamente prescreve o § 1º do artigo 183 do nosso Código de Processo Civil, da imprevisão ou imprevisibilidade do fato impeditivo.³⁴

Os contra-interessados, que têm o direito de atuar como partes e que não podem perder direitos em processos em que não participaram são não apenas aqueles em relação aos quais o autor formulou o pedido, mas também “aqueles em cujo patrimônio devam refletir-se (reverberar-se), imediata ou mediatamente, os efeitos do ato final do processo”, nas palavras de Fazzalari.³⁵ Esse alcance do contraditório certamente exige reflexão doutrinária sobre a noção de interesse jurídico que legitima o terceiro a intervir como assistente (CPC, art.50), assim como sobre a tradicional distinção liebmaniana entre a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada, justificadora de efeitos reflexos da sentença sobre terceiros com interesse jurídico subordinado ao de uma das partes.³⁶

2.8. Oralidade

Todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa, como instrumento de autodefesa, podendo exigí-lo antes do julgamento mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais. Esse direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo, compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa³⁷. A praxe de decisões não antecedidas de audiência oral significa apenas que a oralidade é renunciável.

2.9. Coisa julgada

Na jurisdição de conhecimento, a coisa julgada é garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. Àquele a quem a Justiça

reconheceu a existência de um direito, por decisão não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida, o Estado deve assegurar a sua plena e definitiva fruição, sem mais poder ser molestado pelo adversário. No Brasil a coisa julgada é extremamente frágil em razão da amplitude da ação rescisória, especialmente em face do disposto no inciso V do artigo 485 e do prazo de dois anos. A Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01 ampliou indevidamente a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao artigo 741 do CPC, que torna inexigível a dívida se o título judicial se fundar lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição.

A coisa julgada é garantia fundamental do processo porque se aquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito não puder, daí em diante, usufruí-lo plenamente sem ser mais molestado pelo adversário, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é uma consequência necessária do direito fundamental à segurança (artigo 5º, inciso I, da Constituição), pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.³⁸

Aqueles que defendem as restrições à coisa julgada, negando a sua natureza de garantia fundamental do processo, invocam as limitações a ela tradicionalmente impostas no ordenamento infraconstitucional brasileiro.³⁹ É preciso, entretanto, analisar a subsistência dessas restrições, em face do conteúdo da garantia acima exposto. De fato, na hipótese do inciso I do artigo 741 do CPC (nulidade de citação no processo de conhecimento que correu à revelia do réu), estamos diante da colisão de dois direitos fundamentais: o da ampla defesa e o da segurança jurídica. O legislador optou pela prevalência do primeiro, em detrimento do segundo, opção essa absolutamente razoável. Igual conflito entre direitos fundamentais ocorre na revisão criminal em favor do réu. Nos casos de rescisória por vícios processuais extremamente graves

marido havia se comprometido a pagar todas as despesas decorrentes do acidente.⁴²

A renúncia não pode resultar, tampouco, da resignação à perda do direito diante de um adversário poderoso, ou à imagem pouco atraente dos processos, em decorrência do custo ou da morosidade da Justiça.⁴³

3. Garantias estruturais

3.1. Impessoalidade da jurisdição

A jurisdição é função exercida em nome do povo soberano, por juízes subordinados exclusivamente aos princípios e valores do Estado Democrático de Direito e à lei, para a tutela de todas as posições subjetivas substanciais dos particulares por eles agasalhadas. A justiça não pode estar a serviço de uma classe, de um grupo, de um segmento ou de uma corrente de opinião existente dentro da sociedade, ainda que majoritária, mas a serviço da liberdade e da dignidade humana. O juiz não é o tutor do interesse público, mas o guardião dos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico.

Primeiro pressuposto necessário dessa garantia é a idoneidade do magistrado, requisito que deve ser observado desde a sua seleção e durante todo o tempo de duração da sua atividade judicante, e deve ser evidenciado através de conduta que demonstre a sua firmeza de caráter que o credencie a exercer a sua função exclusivamente movido pelos ditames da lei.

Segundo pressuposto da impessoalidade é a preparação técnico-profissional do magistrado, “necessária para que seja assegurada a (probabilidade da) objetividade do seu julgamento”.⁴⁴ O concurso público é democrático, pela igualdade de oportunidades oferecida a todos os concorrentes, mas não é suficiente. Ele atesta, no máximo, uma certa preparação técnica, nunca uma formação profissional,

que deve ser adquirida através de cursos de escolas profissionais e de pós-graduação, não apenas para o ingresso, mas para assegurar a contínua complementação da capacitação. Esse requisito não é excludente da participação de juízes leigos, mas é limitador da sua atuação a causas mais simples, em que a consciência jurídica do homem comum seja suficiente para o exercício da função judicante.

Os ministros dos tribunais superiores também devem preencher esses dois pressupostos (notável saber jurídico e reputação ilibada, diz a nossa Constituição), entretanto o seu processo de escolha, estritamente político, não assegura a verificação objetiva do seu preenchimento.⁴⁵

3.2. Permanência da jurisdição

A jurisdição deve ser exercida por órgãos instituídos em caráter permanente e compostos por magistrados vitalícios ou temporários investidos na forma da lei, proibida a instituição de júzos ou tribunais de exceção, que subordinem pessoas, fatos ou causas a julgamentos influenciados por interesses ocasionais de pessoas ou de grupos. A permanência da jurisdição é assinalada pela expressão juízes ordinários constante de algumas legislações, como a italiana, por exemplo, no artigo 102 da sua Constituição, que não recrimina jurisdições especializadas, nem impõe que haja apenas uma carreira de magistrados, mas exige que todas essas jurisdições e carreiras sejam instituídas de modo estável e duradouro. A especialização das carreiras judiciárias ou da competência dos órgãos jurisdicionais deve ser ditada exclusivamente no interesse de racionalização e facilitação do acesso à Justiça, sendo condenável a fragmentação que, por quaisquer circunstâncias, possa sujeitar os juízes a pressões irresistíveis. O exercício da jurisdição através de cargos criados por lei nos quais os magistrados tenham sido investidos em caráter efetivo e inamovível, acessíveis pelo cidadão a qualquer tempo em que dele necessitem, é uma garantia de pleno gozo dos seus direitos.

Justiças itinerantes, magistrados que não residem na comarca ou que acumulam cargos em cidades distintas, que não são encontrados

a não ser em poucos dias da semana ou em poucas horas do dia, não satisfazem a essa garantia. Como serviço público essencial, a Justiça deve estar diuturnamente de portas abertas, ao alcance do cidadão. Não por outra razão a nossa Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/79, artigo 35-IV) impõe ao magistrado o dever de “atender aos que o procurarem a qualquer momento”, para assegurar o amplo acesso à Justiça.

3.3. Independência dos juízes

No exercício da jurisdição, os juízes devem gozar de absoluta independência em relação a qualquer outra autoridade pública, inclusive judiciária, e a qualquer tipo de pressão individual ou coletiva que possa comprometer a sua impessoalidade. Essa independência deve ser concretamente assegurada pelo respeito dos demais Poderes e autoridades às garantias e prerrogativas inerentes à sua investidura, à sua subordinação a regime disciplinar e a sistemas de controle e administração da carreira democráticos e objetivos e ao desempenho de suas funções em condições de absoluta segurança, incolumidade e bem-estar próprios e de seus familiares.

A independência é, pois, um atributo de que deve gozar cada juiz individualmente, e não o Judiciário ou os tribunais em conjunto.⁴⁶

A Corte Europeia de Direitos Humanos se atém a quatro critérios para avaliar a independência dos juízes: a) ao modo de designação dos juízes, que não pode ser deixado à escolha discricionária dos membros do Executivo; b) à duração dos mandatos dos juízes; c) à existência de garantias contra as pressões exteriores; d) à aparência ou não de independência (justice must not only be done, it must also be seen to be done).⁴⁷

Essa independência exige que o juiz examine as pretensões que lhe são submetidas exclusivamente sob o aspecto da sua conformidade ou não com o ordenamento jurídico, não podendo a isso sobrepor-se qualquer espécie de invocação do interesse público, por mais relevante que seja. O princípio do Estado de Direito se

assenta justamente nessa supremacia da lei sobre qualquer outro tipo de interesse.⁴⁸

A independência não é incompatível com a investidura de juízes leigos, eleitos diretamente pelo povo, pelo Poder Legislativo ou por membros de determinados grupos sociais, desde que a escolha não seja desde logo indicativa da preferência do designado por algum tipo de interesse que vier a ser submetido à sua apreciação, ou, quando o for, que a composição do órgão julgador assegure igual representação dos interesses contrapostos. Os juízes leigos devem ter assegurada a sua independência por regras proibitivas da renovação do seu mandato e do recebimento de qualquer benefício pessoal, direto ou indireto, simultâneo ou posterior ao exercício das suas funções, das partes envolvidas nas causas por eles julgadas.

O que é fundamental para assegurar a independência é que o juiz não esteja vinculado, de direito e de fato, a “nenhuma vontade externa diversa daquela objetiva da lei”.⁴⁹

O modo político de investidura (escolha pelo Parlamento, ou pelo Executivo com aprovação do Parlamento ou pelo Executivo por indicação de uma entidade de classe) pode comprometer ou não a independência, dependendo do modo como esses órgãos efetuam a escolha e se se encontram eles vinculados à observância de critérios objetivos de qualificação e reputação dos escolhidos ou não. A eleição dos juízes pelo Parlamento na Suíça é aceita pela coletividade como satisfatória para garantir a sua independência. A escolha dos Ministros dos Tribunais Superiores no Brasil pelo Presidente da República com aprovação do Senado compromete a sua independência, conforme já observei alhures.⁵⁰ O que vale como critério é se o processo de escolha gerou na consciência do juiz algum tipo de induzimento ou de débito decorrente da gratidão ou do medo em relação ao Poder, ao órgão ou à pessoa que o escolheu ou que participou de algum modo da escolha. Ademais, como já assinalai acima (item 2.1), é imperioso que a escolha tenha observado critérios objetivos de verificação da idoneidade e da preparação técnico-profissional do escolhido.

O dever de respeitar a lei não constitui restrição à independência do juiz. Tampouco comprometem essa garantia regras estabelecidas

em certos sistemas judiciários, nos quais o juiz não pode deixar de aplicar a lei, mesmo que a considere inconstitucional, ou em que o juiz é obrigado a respeitar a jurisprudência de tribunais superiores.⁵¹

3.4. Motivação das decisões

Todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes.

A motivação atende a dupla exigência. De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados. O Tribunal Constitucional da Espanha, em duas ocasiões, invocando violação do princípio da congruência como componente da garantia da tutela jurisdicional efetiva, teve oportunidade de firmar que tal violação ocorre se houve efetiva argüição de questão que constitui fundamento do pedido e o tribunal não lhe deu uma resposta motivada.⁵²

A fundamentação do julgamento das questões de fato deve permitir que as partes e o público entendam de que modo foram avaliadas as provas produzidas e porque a umas foi dado mais valor do que a outras.

O estilo sintético de redação das decisões, utilizado no Direito francês e cada vez mais freqüente entre nós como conseqüência do excessi-

vo volume de causas, tem fragilizado o respeito efetivo a essa garantia, através de decisões calcadas em frases feitas de caráter absolutamente vazio, tais como a “falta de amparo legal” ou a “ausência de omissão, obscuridade ou contradição”, sem o exame concreto das alegações das partes. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência humanitárias ainda não deram justificação satisfatória, à luz dos valores protegidos pela garantia da fundamentação, à sua ausência nas decisões dos tribunais do Júri. A própria Corte Européia admite que nesse caso a garantia estaria satisfeita pelo modo como o júri funciona (the way of that jury trials operate)⁵³, o que explica muito pouco.

3.5. Igualdade concreta

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.

A igualdade concreta também se aplica quando uma das partes é o Estado, sob pena de privar o particular da garantia da tutela jurisdicional efetiva.⁵⁴ Os chamados privilégios processuais da Fazenda Pública somente são legítimos na medida em que se fazem necessários para que o Estado possa exercer com plenitude a sua defesa em juízo, em igualdade de condições com qualquer outro litigante. De nenhum modo são toleráveis para dar ao Estado posição de vantagem ou para dificultar ou retardar o acesso à Justiça do cidadão ou para eximir o Estado do cumprimento dos seus deveres. Reexame necessário, critérios diferenciados para o arbitramento de honorários da sucumbência, intimação pessoal dos advogados da União, dispensa de depósito de 5% do valor da causa na ação rescisória, parcelamento de precatórios, proibições de

liminares, dispensa do depósito da multa por interposição de agravo manifestamente incabível ou infundado, proibição de execução de sentenças cautelares antes do trânsito em julgado, possibilidade de intervenção das pessoas jurídicas de direito público nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente de interesse jurídico (Lei 9469/97, art.5º) são privilégios que violam a garantia da igualdade concreta. Quanto aos prazos em dobro ou em quádruplo, a questão é polêmica.⁵⁵

Para o pobre, a paridade de armas pressupõe, além da assistência judiciária, da isenção das despesas processuais e da dispensa de cauções e depósitos, eficiente aconselhamento jurídico, inclusive extrajudicial. A posição de intensa inferioridade de certos sujeitos pode exigir, para assegurar a paridade de armas sem comprometimento da imparcialidade do juiz, a intervenção assistencial do Ministério Público, do curador especial, do curador a vínculo ou de outro sujeito auxiliar.

A paridade de armas exige que as partes sempre possam discutir todas as manifestações de outros sujeitos produzidas no processo, mesmo que se trate de opiniões do Ministério Público como fiscal da lei. Não cabe, mais, portanto, admitir, que o Ministério Público fale por último, nesses casos. As partes, especialmente aquela contra cujo interesse tiver ele opinado, devem ter o direito de discutir a sua manifestação.⁵⁶

Em julgado de 1994, a Corte Européia 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”.⁵⁷

3.6. Inexistência de obstáculos ilegítimos

O acesso à Justiça não pode ser dificultado por obstáculos impostos por interesses acessórios ou alheios ao exercício da jurisdição. Os

pressupostos de exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) somente são legítimos na medida em que asseguram a eficácia do exercício da jurisdição e impedem que o réu seja submetido ao ônus de defender-se de um processo injusto. Ultrapassados esses limites, prevalecem a liberdade formal e o antiformalismo.

São inadmissíveis, violando a garantia da tutela jurisdicional efetiva: a) limites internos que tornem excessivamente difícil em concreto o exercício da ação ou a marcha proveitosa do processo, como prazos não razoáveis, ônus patrimoniais exagerados (com advogados, perícias, custas, depósitos); b) limites extraprocessuais, sobretudo tributários, que subordinam o acesso à Justiça a fins estranhos ao processo; c) limites substanciais externos, como irrazoáveis prazos de decadência; d) a imposição à parte do ônus de prestar informações ou produzir provas que não estão ao seu alcance; e) a subordinação do direito de postular ou de recorrer à prestação de garantias econômicas.

Este último item me leva a questionar os depósitos exigidos na ação rescisória e para interposição de recursos na Justiça do Trabalho, bem assim as chamadas “cauções como contra-cautela”, a que muitas vezes ficam condicionadas certas medidas de urgência, como as liminares cautelares (CPC, art. 804), porque criam obstáculos irrazoáveis ao acesso à jurisdição.⁵⁸ A proteção cautelar do interesse do requerido em ser ressarcido dos prejuízos que porventura a concessão de medida liminar venha a causar-lhe deve também estar agasalhada pela tutela jurisdicional efetiva, desde que concorram em seu favor o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. De qualquer modo, essa tutela não pode ser concedida se inexistir um desses pressupostos, como no caso de um juízo de probabilidade máxima da existência do direito do requerente, ou no caso em que o juízo de proporcionalidade dos riscos em que possam incorrer as partes seja acentuadamente favorável ao requerente, porque, nesses hipóteses, a caução como contra-cautela se transformaria em mero obstáculo de caráter econômico ao acesso à Justiça por parte do requerente.

Quanto aos pressupostos processuais, são eles compatíveis com a garantia constitucional do acesso à Justiça sempre que sirvam

adequada e proporcionalmente à proteção de outros direitos fundamentais (o cumprimento de um prazo para a apresentação da demanda, por exemplo), ou seja, a organizar um processo eficaz, garantístico e apto a alcançar um resultado justo. A sua imposição não pode criar obstáculos artificiais ao acesso à Justiça para satisfazer a outros interesses. A instrumentalidade e adequação dos pressupostos, especialmente dos objetivos, deve ser observada com um juízo severo, para sua admissibilidade constitucional: a subordinação do procedimento à lei e a imposição de fatos impeditivos à formação ou ao desenvolvimento válido do processo têm de ser concretamente justificadas na necessidade de proteção de algum direito fundamental, sob pena de incompatibilidade com a garantia do amplo acesso à tutela jurisdicional.⁵⁹ Toda exigência formal, mesmo na instância recursal, tem de ser justificada e proporcionada (juízo de razoabilidade) às finalidades para as quais é estabelecida. Se certas exigências tornam o acesso à justiça inacessível para alguns, em consequência de peculiares circunstâncias de fato, quanto a estes são elas ilegítimas.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência constitucional européia não têm considerado ilegítima a subordinação do ingresso em Juízo ao prévio recurso à via administrativa ou a um meio extrajudicial de solução de conflitos, como a conciliação, desde que haja um prazo curto dentro do qual a via administrativa ou extrajudicial deva estar exaurida, prazo esse no qual fica postergado o acesso à Justiça, e desde que esse pressuposto não impeça o acesso judicial imediato em caso de necessidade de tutela de urgência.⁶⁰

As custas devem ser módicas, para que não se tornem, de fato, em obstáculo ao acesso à Justiça como consequência da capacidade econômica do litigante.⁶¹ Conforme sustentei alhures⁶², a ausência do recolhimento das custas ou a sua insuficiência não podem determinar a paralisação do processo ou a sua extinção, porque a sua arrecadação não pode sobrepor-se ao acesso à Justiça constitucionalmente assegurado. Se o juiz verificar a falta, deverá adotar as providências extrajudiciais cabíveis para promover a cobrança do tributo, sem prejuízo da marcha do processo. Nesse sentido, aliás, é expressa a recente reforma do Código de Processo

Civil português, na redação dada ao artigo 280º-1, relativo ao incumprimento de obrigações tributárias no processo.⁶³

O indeferimento da petição inicial por falta de recolhimento de custas e a deserção do recurso por falta de preparo são institutos anacrônicos, típicos do Estado patrimonial, incompatíveis com a garantia da tutela jurisdicional efetiva, que sobrepõem os interesses fiscais do Estado à tutela eficaz dos direitos dos cidadãos.

Os prazos de decadência para o ingresso em juízo não podem ser excessivamente curtos, devendo a razoabilidade do prazo ser aferida em cada caso, de acordo com a necessidade de assegurar a tutela jurisdicional do interesse lesado ou ameaçado. O termo inicial desse prazo deve ser um fato que efetivamente ingresse na esfera de cognoscibilidade do demandante, para que este efetivamente possa fazer uso integral do prazo prescrito para o ajuizamento da ação.⁶⁴

3.7. Efetividade qualitativa

O processo somente constituirá garantia da tutela efetiva dos direitos se for capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Por isso, a moderna concepção da efetividade do processo impõe o adequado cumprimento das sentenças judiciais, inclusive contra a Administração Pública, a oportuna proteção das situações jurídicas suficientemente fundamentadas contra os riscos da demora na prestação jurisdicional (tutela da urgência ou tutela cautelar) e a tutela específica do direito material, especialmente no âmbito das obrigações de dar coisa certa, de fazer e não fazer.

Quanto à execução, como componente indispensável da tutela jurisdicional efetiva, Luigi Paolo Comoglio, em estudo sobre os princípios constitucionais e o processo de execução⁶⁵, acentua que a garantia de tutela jurisdicional efetiva, como princípio fundamental do ordenamento,

“...exprime uma realidade garantística muito complexa, incluindo entre os seus componentes não só a aspiração a um processo público, prevalentemente oral e rápido, sin

dilaciones indebidas, mas também - como corolário essencial - o direito a uma execução efetiva das sentenças jurisdicionais. Nisto, explicitamente, se realiza a eficácia (no caso, também coativa) da tutela judiciária, que é reforçada não apenas por uma obrigação generalizada de plena execução dos provimentos do juiz, devida pela coletividade como um todo, mas ainda da presença de poderes idôneos, atribuídos ao próprio juiz para garantir em qualquer caso, quando seja necessário, a maior efetividade possível dos meios de atuação executiva”.

E mais adiante, o mesmo Autor⁶⁶:

“Quando a tutela jurisdicional realizada no processo de conhecimento assumiu a forma típica de um provimento de condenação, aquela não poderá entretanto ser considerada efetiva se - à falta de um adimplemento espontâneo do obrigado - quem a obteve não dispuser de eficazes e adequados instrumentos de tutela executiva, capazes de dar concreta atuação àquela condenação”.

Quatro anos mais tarde, o mesmo Comoglio, referindo-se novamente à proteção constitucional do direito ao processo⁶⁷, repete:

“ela consagra o direito de pedir e de obter do próprio juiz um resultado de efetividade contentutística e executiva, ou seja, o reconhecimento de uma forma de tutela, que seja adequada às características substanciais do direito a tutelar e, onde ocorra, seja suscetível de uma eficaz execução mesmo em via coativa ou forçada, com os instrumentos para tal fim pre-dispostos pelo ordenamento jurídico”.

Jesús González Pérez⁶⁸ assinala como contrário à tutela jurisdicional efetiva e a um processo sem retardamentos indevidos que a execução da sentença possa ser paralisada através do recurso a providências ordinatórias e que questionam indefinidamente a forma de realizá-la. Essa observação tem aplicação ao Direito brasileiro, em que a automática suspensividade dos embargos do devedor anula a eficácia do título executivo, sendo geralmente usada com intuito meramente procrastinatório.⁶⁹

A garantia do cumprimento efetivo das decisões judiciais não exige a Administração Pública, que, como qualquer cidadão, “está submetida

à lei e ao Direito e está obrigada por isso ao cumprimento das resoluções judiciais”.⁷⁰

E quanto à tutela da urgência, especialmente cautelar, que seria para alguns uma derivação ou consequência do direito à execução, porque o seu objetivo final seria o de preservar ou assegurar a efetividade da sentença futura⁷¹, ganhou ela importância garantística como instrumento necessário da proteção jurídica das situações de perigo, bem como de aceleração do acesso ao Direito provável e, conseqüentemente, como instrumento de ampliação do alcance do acesso à Justiça.⁷²

Conforme assinala Fabra Valls⁷³, a tutela cautelar tem hoje uma estreita conexão com o direito universalmente reconhecido a um processo sem dilações indevidas. As medidas cautelares são instrumentos idôneos não para encurtar a duração excessiva dos processos, mas para remediar os efeitos perniciosos que podem derivar dessa demora. Entre nós, a tutela antecipada do artigo 273 tem cumprido com grande proveito essa finalidade em situações em que a jurisprudência resistia em aplicar as medidas cautelares ou as então chamadas cautelares satisfativas.

O poder geral de cautela ganha relevância constitucional, potencializando a sua fungibilidade (CPC, art.805), para que o formalismo das medidas cautelares típicas ou nominadas não constitua óbice a que situações reais de perigo de dano irreparável encontrem proteção efetiva. As limitações ao exercício amplo da tutela cautelar, de acordo com as necessidades decorrentes das situações de perigo, são sempre inconstitucionais por violação da genérica garantia da tutela jurisdicional efetiva, conforme decidiu, por exemplo, a Corte Constitucional italiana desde 1985.⁷⁴

Nas causas contra o Poder Público, as medidas cautelares asseguram a efetividade do processo, atuando como um freio à auto-executoriedade dos atos da Administração.⁷⁵

3.8. Procedimento legal, flexível e previsível

A ritualidade do procedimento deve continuar sendo regida pela lei, que, a determina para assegurar a necessária paridade de tratamen-

to de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo. Mas o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência. O importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa.

A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes.

As garantias de um processo justo tornam obsoleta a tradicional distinção entre processo e procedimento, porque tanto do ponto de vista intrínseco quanto extrínseco o exercício da jurisdição deve estar por elas impregnado.

Em alguns países, como a Alemanha, têm sido feitas experiências, em causas de pequeno valor, de adoção de um procedimento livre, disciplinado pelo juiz. Parece-me que o princípio da legalidade exige um mínimo de regulamentação legal do procedimento, inclusive para evitar disparidade de tratamento perante juízes diversos. Além disso, a previsibilidade do procedimento necessariamente resulta do delineamento prévio pelo legislador de suas etapas fundamentais, no curso das quais formar-se-ão e desenvolver-se-ão os múltiplos vínculos jurídicos que caracterizam a relação processual.⁷⁶

3.9. Publicidade

A publicidade dos atos processuais é uma das mais importantes garantias do processo democrático, pois é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no respeito à dignidade humana e aos direitos das partes. Por isso, dela depende a credibilidade e a confiança que a sociedade deve depositar na Justiça. Justice is not only to be done, but to be seen to be done.⁷⁷ Toda vez em que ela é suprimida através do segredo de justiça, fica sob suspeita a exação do juiz. Por isso, essa supressão deve ser excepcionalíssima, apenas para preservar a intimidade das partes e certos interesses gerais da coletividade precisamente determinados, sopesados com suporte no princípio da proporcionalidade e garantida em qualquer caso a presença das partes e dos seus advogados. A decisão que impõe o segredo de justiça deve ser precisamente motivada, com fundamento em circunstâncias especiais claramente identificadas e estritamente necessárias.⁷⁸

A supressão da publicidade é legítima para proteção da intimidade das pessoas, como nas causas de direito de família. O interesse público que pode autorizar essa supressão é o interesse geral da coletividade (interesse social, de acordo com o artigo 5º, LX, da Carta Magna), precisamente determinado e comprovado, não o interesse das pessoas jurídicas de Direito Público. Entre nós, a Constituição (art.5º, XXXVIII) impõe o sigilo das votações no Tribunal do Júri, para garantir a independência e a segurança dos jurados, juízes leigos apenas de determinado caso concreto.⁷⁹

A supressão da publicidade em nenhum caso pode impedir a presença das partes e dos seus advogados aos atos processuais orais, como exigência imperiosa da plenitude de defesa.

A restrição à presença das partes, admitida na parte final do inciso IX do artigo 93 da nossa Constituição, somente pode ser justificada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, quando for absolutamente necessário para impedir lesão iminente a direito fundamental extraordinariamente valioso, como o risco de vida ou de lesão à integridade física ou moral de alguém. De qualquer

modo, ninguém pode ser condenado, em processo civil ou criminal, com base em prova colhida sem que tenha sido assegurada a sua participação pessoal no ato de produção.⁸⁰

Não há uma compreensão uniforme sobre o uso ou abuso pelos meios de comunicação, em caráter noticioso ou comercial, da divulgação de reportagens sobre processos judiciais reais, envolvendo o nome, a imagem e a reputação de pessoas, não só de pessoas comuns como de pessoas com notoriedade na vida pública, nos esportes, no noticiário criminal etc. O conflito entre o direito à informação, a proteção da intimidade e a presunção de inocência ainda não está devidamente equacionado.

Mario Chiavario cita julgado da Corte Européia que teria considerado irrenunciável a garantia da publicidade, salvo se verificada concretamente alguma das hipóteses de exclusão.⁸¹ Como garantia de um interesse geral da coletividade, que é a exação dos juízes no exercício das suas funções, não poderia ser objeto de ato de disposição de qualquer dos litigantes, nem de ambos.

3.10. Legalidade estrita no exercício do poder de coerção ●●●●●●●●

Como atividade pública, o exercício da jurisdição está genericamente subordinado ao princípio da legalidade, no sentido de que é a lei que fixa os poderes do juiz e os limites da sua atuação. Isso não significa que o juiz somente possa fazer aquilo que a lei expressamente lhe faculta, porque, do ponto de vista substancial, ele deve fazer tudo aquilo que a tutela do direito material impõe, e nem sempre o direito material tem como fonte a lei. Ademais, ele tem de conduzir o processo a um resultado eficaz, acomodando-o às necessidades da efetividade e do garantismo. Por outro lado, em matéria probatória, ele tem ampla possibilidade de utilizar todos os meios idôneos, ainda que não previstos em lei, para formar a sua convicção. A legalidade, portanto, é um pano de fundo bastante flexível no processo. Entretanto, no exercício do poder de coerção, está o juiz sujeito ao princípio da legalidade estrita, porque ele não pode impor coações ou sanções às partes ou a terceiros, a não ser nos termos e nos limites em que a lei lhe faculta. Sanções ou coações indeterminadas são incompatíveis com o Estado de Direito.

Esse me parece o limite das medidas preconizadas no § 5º do artigo 461 do CPC, na execução indireta de obrigações de fazer infungíveis ou de não fazer, bem como das sanções de natureza processual ou material aos atos atentatórios à dignidade da Justiça, previstas no artigo 601.⁸²

3.11. Prazo razoável

O direito à prestação jurisdicional em prazo razoável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva.⁸³ A demora no julgamento cria uma instabilidade na situação jurídica das partes, incompatível com a noção de segurança jurídica exigível em toda sociedade democrática.⁸⁴ A jurisdição deve assegurar a quem tem razão o pleno gozo do seu direito durante o máximo tempo possível. O ideal seria que esse gozo fosse assegurado durante todo o tempo de duração do próprio direito, desde o seu nascimento até o seu desaparecimento. Mas, se já ocorreu a lesão, essa garantia absoluta será materialmente impossível. Ademais, a jurisdição necessita de um tempo, por menor que seja, para ser exercida. A curta demora que a tutela efetiva pode tolerar é apenas aquela que resulta da necessidade de assegurar ao adversário o pleno exercício de sua defesa, ainda assim na medida em que não se ultrapasse o limite em que seja lícito exigir o sacrifício do interesse cuja tutela se afigura urgente, e da necessidade de assegurar ao próprio juiz uma cognição adequada. O tempo perdido nas longas esperas de distribuição, julgamento, publicações, redação de acórdãos etc. é absolutamente iníquo.

Jesús González Pérez relata que o Tribunal Constitucional da Espanha, em decisão de novembro de 1988, entendeu que viola o direito a um processo sem dilações indevidas, ainda que os juízes tenham atuado com a máxima diligência, se a demora deriva de defeitos da estrutura da organização judiciária. O mesmo Autor ressalta que a desigualdade real entre as partes dá lugar a que os prazos não funcionem de maneira igual para o administrado e para a Administração pública, especialmente porque o representante do Estado muitas vezes atrasa a prática de atos, ao que se acresce a demora no início da contagem dos prazos.⁸⁵

O termo inicial desse prazo razoável deve ser, no processo civil, normalmente, a propositura da ação, salvo se esta tiver de ser obrigatoriamente antecedida de algum ato extrajudicial ou administrativo; no processo penal, desde que a investigação preliminar crie algum tipo de “repercussão importante” na situação jurídica do investigado, passa ele a ter o direito de exigir que a apuração e o conseqüente processo cheguem rapidamente ao fim.⁸⁶

Por isso, as suspensões do processo por prejudicialidade ou outras razões, como o conflito de competência, o oferecimento de exceções ou a concessão de liminar em ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868/99, art.21) devem ter limite temporal rigoroso, não podendo postergar indefinidamente a continuidade do processo.

Decorre dessa garantia a necessidade de desdobramento do processo cumulativo, hoje previsto no parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil, que por identidade de razões deve ser aplicado também à cumulação objetiva.

Não pode queixar-se da demora a parte que a ela deu causa com a provocação de incidentes dilatórios ou com a interposição de sucessivos recursos, bem como aquela que por falta de diligência não contribuiu para o seu andamento. A jurisprudência européia tem reconhecido o direito à indenização dos prejuízos sofridos com a demora do processo, desde que imputável ao mau funcionamento de algum órgão ou serviço público.⁸⁷

O termo final do prazo razoável deve abranger, nas causas cíveis, o tempo necessário para que a decisão seja efetivamente executada.⁸⁸

Entretanto, a rapidez não pode prejudicar o contraditório e esse é o grande dilema a que está hoje atirada a chamada tutela da urgência, cautelar ou antecipada.⁸⁹

José Rogério Cruz e Tucci observa que é impossível estabelecer a priori uma regra capaz de aferir se essa garantia foi respeitada ou violada, o que depende das circunstâncias de cada caso concreto. A Corte Européia de Direitos Humanos efetua essa verificação através da adoção de três critérios: a complexidade da causa, o comportamento das partes e dos seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional.⁹⁰

O excesso de causas não é justificativa para a demora. A condição aflitiva do demandante (acusado preso, portador de deficiência física ou de AIDS) impõe maior rapidez.

3.12. Duplo grau de jurisdição

Os tribunais humanitários e as Cortes Constitucionais têm considerado o direito ao recurso uma garantia fundamental do processo penal, não do processo civil⁹¹, em que o princípio do duplo grau de jurisdição constituiria preceito infraconstitucional, que o legislador ordinário poderia adotar ou não. Reconhece-se, entretanto, que, no âmbito da jurisdição civil, se a lei institui um recurso, o acesso a ele se incorpora ao direito à tutela jurisdicional efetiva, não podendo a sua utilização ficar sujeita a obstáculos irrazoáveis e formalistas.⁹² Nesse aspecto os tribunais brasileiros dão péssimo exemplo, denegando todos os dias recursos por exigências puramente formalistas, muitas delas sequer decorrentes de prescrições legais, no intuito indisfarçável de esvaziar as prateleiras abarrotadas de processos.

Se o Estado instituiu a jurisdição recursal, deve velar para que os jurisdicionados, perante ela, gozem plenamente das garantias fundamentais do processo.⁹³ Entretanto, a impessoalidade da jurisdição, especialmente em sistema de justiça monocrática de 1º grau exercida por juízes de investidura exclusivamente técnica, fica gravemente comprometida, se as decisões judiciais não ficarem sujeitas a qualquer possibilidade de reexame. Por isso, entendo que o segundo julgamento por um tribunal de hierarquia superior deva ser assegurado como garantia fundamental também do processo civil.⁹⁴

3.13. Respeito à dignidade humana

Todos os sujeitos do processo têm o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais. O juiz não pode impor a quem quer que seja tratamento humilhante, ofensivo à sua honra, à sua liberdade, à sua intimidade, à sua propriedade, a não ser nas

hipóteses e nos limites estabelecidos pela própria lei. Com esse mesmo fundamento, o processo repudia as provas ilícitas, a não ser na medida em que a sua utilização seja necessária para preservar direito cujo sacrifício não seja lícito exigir em ponderação com o direito violado pela ilicitude da prova.

Prova ilícita é aquela que foi obtida por meio da lesão a um direito constitucionalmente assegurado, mais frequentemente pela lesão da integridade física, da liberdade de locomoção, da intimidade, do direito à imagem e à inviolabilidade do domicílio, do sigilo da correspondência ou das comunicações.⁹⁵

4. Garantias do processo penal

Ao Processo Penal também se aplicam as mesmas garantias fundamentais do Processo Civil, especialmente enquanto não estão em jogo a liberdade ou outro direito da personalidade. Todavia, quando está em risco a liberdade de locomoção ou outro direito fundamental indisponível, a relevância desse direito, a presunção de inocência e a investigação preliminar através de um procedimento administrativo, o inquérito policial, impõem a observância de algumas outras regras mínimas de garantia do contraditório participativo, da imparcialidade do juiz e de respeito à dignidade humana do acusado. Em qualquer estudo sobre o direito à jurisdição é sempre necessária uma incursão, ainda que incompleta, no Processo Penal, porque nele se resolvem os mais agudos conflitos entre o Estado e o cidadão e é nele que repercutem em primeiro lugar as transformações políticas do Estado.⁹⁶

Essas garantias especiais do Processo Penal acabam por refletir sobre o próprio Processo Civil, na medida em que este é também instrumento de solução de litígios decorrentes do exercício de atividades punitivas da Administração, como o chamado Direito Administrativo Sancionador ou o Direito Tributário, em que o particular que contende com o Poder Público deve dispor dessas mesmas garantias.⁹⁷

As garantias do Processo Penal visam sobretudo a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, desenvolvendo assim a confiança do cidadão no Estado de Direito.⁹⁸

4.1. Direito de ser informado do curso de investigação e do conteúdo da imputação

O direito de ser informado do curso da investigação e do conteúdo da imputação visa a propiciar ao acusado todos os meios de preparar uma defesa eficaz. Se a investigação se desenvolve em total sigilo, como muitas vezes a apuração dos fatos pode exigir, e o acusado não teve oportunidade de acompanhar e influir na colheita de provas, pode ser que o seu conhecimento ulterior já não lhe permita reconstituir os fatos e recolher as provas necessárias à sua defesa. Enquanto a autoridade policial está colhendo informações e provas que poderão ser reproduzidas em juízo, é possível a manutenção do sigilo. Mas a colheita de provas que não poderão ser reproduzidas em juízo, como a perícia de exame cadavérico, não pode ocorrer sem que o imputado tenha sido notificado da acusação, para que nela possa intervir e assim exercer com amplitude o seu direito de defesa. Se a imputação somente for feita depois de produzida tal prova, evidentemente não poderá ela ser usada contra o acusado, pois foi ele impedido de influir na sua produção. Nessa primeira notificação, a infração deve estar definida com clareza e razoável precisão, para evitar o arbítrio e permitir que o suspeito prepare eficazmente a sua defesa.⁹⁹

O Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos de 1966, que é lei no Brasil desde 1992, assegura a qualquer pessoa acusada de um delito o direito de “ser informada, sem demora, em uma língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação” (art.14.3.a). A cláusula sem demora não se satisfaz com a citação no início do processo judicial, pois a sua finalidade não é apenas a de assegurar a defesa em juízo, mas garantir a participação do acusado na colheita de provas que, mais tarde, se tornará impossível. Luiz Flávio Gomes vê nesta garantia a necessidade de imputar a denúncia a cada acusado uma conduta individualizada, mesmo nos crimes de autoria coletiva, como os crimes societários, criticando nesse aspecto a recente lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/98).¹⁰⁰

Já ao acusado preso em flagrante deve ser notificada incontinenti a acusação.¹⁰¹

4.2. Direito à autodefesa

A autodefesa no processo penal abrange não apenas o direito de estar presente a todos os atos da instrução, de oferecer alegações e provas pessoalmente, mas também de participar pessoalmente do contraditório e dos debates. A participação obrigatória do advogado, prevista em muitos ordenamentos e procedimentos, não pode restringir a autodefesa, que é direito do qual somente o próprio acusado pode dispor.¹⁰² O interrogatório do réu é um dos meios mais eficazes de autodefesa, desde que o réu não seja posto pelo juiz na posição absolutamente passiva de ter de limitar-se a responder ao que lhe for perguntado.

Ao imputado, não ao seu advogado, cabe o direito de escolher entre a admissão da sua responsabilidade ou a sustentação da sua inocência.

A autodefesa é voluntária, não podendo o acusado ser forçado a exercê-la. Já a defesa técnica é obrigatória, devendo ser exercida do modo mais eficiente possível.

Mas a autodefesa não se resume ao interrogatório ou aos debates orais, abrangendo ainda a possibilidade de conhecer as opiniões dos outros sujeitos do processo, de alegar circunstâncias de fato e de direito como fundamentos das suas alegações, de fazer uso de um intérprete, de estar presente a todos os atos do processo, neles intervindo pessoalmente através de perguntas e alegações, o direito de postular pessoalmente através de requerimentos, defesas e recursos e o direito de impulsionar o processo.¹⁰³

É injustificável que ainda existam no processo penal brasileiro procedimentos que não prevêem sequer o interrogatório do réu, como o dos crimes eleitorais (Código Eleitoral, art. 359), com a complacência da jurisprudência.¹⁰⁴

À luz dessa garantia parece insatisfatória a proibição vigente entre nós de que o acusado formule pessoalmente perguntas às testemunhas, dependendo, sempre, da intermediação do seu defensor.¹⁰⁵

4.3. Direito a um defensor

Desde a primeira incriminação, ainda na fase investigatória, o indiciado ou suspeito tem o direito à assistência de um advogado, livremente escolhido, não somente para orientá-lo no acompanhamento da investigação, mas também para representá-lo e defendê-lo tecnicamente, na medida do necessário. A defesa por um advogado é considerada necessária, devendo ser designado advogado dativo, caso o próprio acusado não o constitua. O advogado deve utilizar todos os meios e argumentos permitidos pelas regras deontológicas da sua profissão para a defesa do acusado. Para que o advogado exerça a defesa com eficácia, este e o acusado têm o direito de comunicar-se um com o outro reservadamente, quando desejarem. Essa comunicação pode ser pessoal, por carta ou telefônica, assegurada em qualquer caso a inviolabilidade.

4.4. Contraditório na investigação preliminar

O indiciado ou suspeito, durante a investigação preliminar, tem o direito de participar e de influir na colheita de todas as provas que não possam ser repetidas no processo judicial, como as perícias.¹⁰⁶

O contraditório participativo, que é característico do Estado Democrático Contemporâneo, assegura ao acusado o direito de intervir em todos os atos probatórios para influir na produção das provas e assim influir eficazmente na decisão que vai apreciá-las.

4.5. Proibição de auto-incriminação

Ninguém pode ser obrigado a prestar declarações ou informações de que possam ser extraídas conclusões desfavoráveis quanto à sua responsabilidade criminal. Ninguém pode ser condenado criminalmente com fundamento apenas na sua confissão. O acusado tem o

direito de permanecer em silêncio, o que não pode ser interpretado em seu prejuízo.¹⁰⁷

Luiz Flávio Gomes comenta três orientações da Corte Constitucional espanhola, por esta excluídas da garantia da proibição de auto-incriminação: a submissão a exames periciais sobre o próprio corpo; a exibição de documentos contábeis ao fisco; a exibição dos documentos de um veículo.¹⁰⁸

Estou de acordo com a Corte espanhola quanto à 2ª e à 3ª hipóteses. É um dos deveres do contribuinte que exerce atividade econômica o de pôr à disposição das autoridades fiscais todos os seus arquivos e documentos contábeis para se submeter à fiscalização do correto recolhimento dos tributos a que está sujeito. A circulação de veículos em ruas e logradouros públicos é atividade regulamentada pela lei, sujeita a permanente fiscalização das autoridades de trânsito quanto à regularidade da situação do veículo, sua licença para circular em locais públicos, o exato recolhimento dos tributos incidentes sobre esses bens e atividades etc.

Quanto à 1ª, deve a questão ser vista por dois ângulos: o primeiro é o de saber se aquele, que exerce uma atividade regulamentada e sujeita a fiscalização do Poder Público pelo risco que essa atividade pode gerar a bens jurídicos valiosos de outras pessoas, pode recusar-se a submeter-se a essa fiscalização, invocando o direito de não se auto-incriminar. É o caso da condução de veículo automotor, atividade perigosa, sujeita a rígida disciplina legal e a permanente fiscalização do Poder Público, em razão do risco que pode gerar à vida e à saúde de outras pessoas. Pode o condutor de veículo deixar de submeter-se à adequada vigilância do Poder Público quanto à regularidade do seu exercício em condições de segurança, simplesmente em respeito ao direito do motorista de não se auto-incriminar? Parece-me que os bens jurídicos ameaçados por esse limite à atuação da fiscalização são muito mais valiosos do que os direitos do acusado que se pretende proteger. A admitir-se, como quer Gomes, que em homenagem ao direito de não se auto-incriminar do acusado, possa este negar-se ao exame do bafômetro, deve entender-se esta recusa como uma renúncia ao direito de exercer a atividade regulamentada que é a direção de veículo automotor, devendo o agente da fiscalização reter a sua carteira de habilitação

e o próprio veículo, para salvaguardar a proteção da vida, da saúde e da integridade física do público em geral. Será que o comandante de avião que entrar cambaleante na aeronave para pilotá-la num vôo transcontinental pode recusar-se a um teste das suas condições de saúde? Até admito que possa recusar-se para não se auto-incriminar, mas que com a recusa fique ele impedido de assumir o comando do avião, ficando sujeito às sanções disciplinares decorrentes do descumprimento das normas que regulam o exercício da sua profissão e o seu contrato de trabalho.

Por outro lado, a recusa do acusado de submeter o seu corpo a exames periciais poderá dificultar a apuração de crimes graves. Por exemplo, o exame de sangue ou de células do acusado pode ser comparado com vestígios encontrados no corpo da vítima de estupro e comprovar a autoria do crime. Será que a liberdade do réu, posta em risco pela auto-incriminação, pode ser sacrificada para coibir a violação da honra, do pudor e da integridade física e moral da vítima?

A questão é complexa e merece uma investigação mais profunda em outra sede e por outros mais capazes, pois, se a dignidade humana e o respeito à intimidade do acusado são valores humanitários fundamentais, a eles nada ficam a dever a honra, a integridade física e moral da vítima.

4.6. Identificação e inquirição das testemunhas ●●●●●●●●●●●●●●●●

Ninguém pode ser condenado criminalmente com base em depoimentos de pessoas cuja identidade desconhece e que não pôde inquirir ou de pessoas cujas identidades ou cujos depoimentos, por razões de segurança, foram mantidos ou tomados em sigilo.¹⁰⁹ O acusado tem o direito de inquirir todas as testemunhas da acusação, bem como todas as necessárias à sua defesa. Na impossibilidade de realizar-se essa inquirição, os depoimentos dessas testemunhas não poderão influir na decisão. A lei não pode limitar numericamente o direito à inquirição de testemunhas, se essa limitação puder comprometer a plenitude de defesa.

4.7. Princípio acusatório

O julgamento criminal deve ser proferido por órgão absolutamente imparcial e independente do que promoveu a investigação preliminar e a acusação¹¹⁰, resultando de processo em que prevaleçam a oralidade, a publicidade, o contraditório com paridade de armas¹¹¹, a estrita correlação entre a acusação e a sentença quanto aos fatos e à identidade do acusado¹¹² e a livre convicção.¹¹³

4.8. Condições para o pleno exercício da defesa

Ao acusado, mesmo preso, devem ser asseguradas todas as condições necessárias para preparar a sua defesa e exercê-la plenamente. A primeira dessas condições necessárias é o tempo suficiente que deve mediar entre a acusação e o julgamento, para que o acusado possa recolher todas as provas, escolher e instruir o seu advogado e atuar de modo eficaz na prática dos atos de defesa. A busca de provas de interesse do acusado deve ser procedida de ofício pelo juiz.

Com razão, Luiz Flávio Gomes condena a praxe de citar o acusado em juízo no mesmo momento do seu interrogatório, pois este, como ato de defesa, estará irremediavelmente comprometido pela surpresa dos termos da acusação.¹¹⁴

O mesmo Autor, invocando o artigo 14.2 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, que exige que a culpa do acusado seja “judicialmente comprovada”, sustenta que a condenação somente pode basear-se em provas produzidas perante o órgão jurisdicional, sendo imprestáveis, salvo para a formação da opinião delicti da acusação, as provas colhidas no inquérito policial.¹¹⁵

Ocorre que há provas que somente podem ser produzidas na investigação preliminar, como certas perícias (exame de local, exame de corpo de delito de lesão corporal). O essencial para a plenitude de defesa do réu é que, mesmo na fase policial, este tenha sido previamente informado da realização dessas provas, e que nessa produção tenha sido assegurada a sua participação eficaz, pessoalmente, através do seu defensor e de eventual assistente técnico.

Outra condição essencial é uma oralidade mais intensa do que no processo civil, ou seja, imediatidade, concentração e identidade física do juiz, a propiciarem a intensa e eficaz participação do acusado, pessoalmente e por seu defensor, na instrução e nos debates. Dessa característica se afasta o processo penal brasileiro, não só pela ausência de identidade física do juiz, mas também pela fragmentação da colheita das provas orais em audiências sucessivas e na prevalência, em quase todos os casos, de alegações também escritas.

4.9. Controle judicial de medidas restritivas

Todas as medidas preventivas, repressivas ou instrutórias que invadam a esfera privada ou impliquem em restrições ao exercício de direitos de quaisquer pessoas devem ser adotadas sob estrito controle judicial da sua legalidade, necessidade, proporcionalidade com a gravidade da infração e adequação. Sempre que possível esse controle deve ser prévio. Para garantir esse controle, a pessoa presa deve ser imediatamente informada das razões da prisão e de qualquer acusação que lhe seja imputada, através de uma informação rápida e inteligível. Deve, para esse fim, ser também levada à presença do magistrado.¹¹⁶

Ao preso é assegurado o direito de ser julgado em um prazo razoável, sob pena de relaxamento da sua prisão.¹¹⁷

4.10. Ônus probatório da acusação

A presunção de inocência do acusado impõe à acusação o ônus da prova de todos os elementos do crime e da inexistência de circunstâncias que ilidam a responsabilidade criminal¹¹⁸, como a inocorrência de legítima defesa, de estado de necessidade etc.. Essas provas, ademais de colhidas licitamente, devem oferecer consistência objetiva capaz de desmentir aquela presunção. Ao acusado é assegurado o direito ao silêncio, do qual não pode ser extraída qualquer ilação a ele desfavorável.

4.11. Duplo grau de jurisdição

No Processo Penal o duplo grau de jurisdição é uma garantia universalmente reconhecida ao acusado que tenha sido condenado em julgamento de 1º grau, não em favor da acusação.¹¹⁹ Nos julgamentos em instância superior única, é polêmica a questão da imposição dessa garantia.¹²⁰ Na instância recursal é proibida a reformatio in pejus.¹²¹ A admissibilidade do recurso não pode ficar condicionada à prisão do acusado.¹²²

4.12. Proibição de provas ilícitas

A dimensão dessa proibição é muito mais ampla no Processo Penal do que no Processo Civil. A presunção de inocência e a indisponibilidade do direito fundamental ameaçado, a liberdade pessoal, acarretam uma proibição absoluta de utilização de provas ilícitas em favor da acusação.¹²³ Quanto às provas derivadas das ilícitas (os frutos da árvore venenosa), a matéria é polêmica¹²⁴, entretanto na doutrina e na jurisprudência européias parece firme a tendência do seu repúdio, “pela necessidade de proporcionar o máximo de proteção aos direitos fundamentais”.¹²⁵ Somente essa extensão assegura que a prova ilícita não produza efeito algum. Ademais, sem ela, perpetuar-se-iam práticas investigatórias desumanas, o que tornaria inócua a proibição constitucional (deterrent effect). A jurisprudência e a doutrina norte-americanas, menos preocupadas com as garantias de um processo justo e mais influenciadas pela intenção de evitar abusos na investigação policial, têm admitido exceções à proibição da prova derivada, com fundamento na independência da fonte de prova, nonexo causal atenuado e no descobrimento inevitável¹²⁶, situações em que se considera que a ilicitude do meio é uma causa muito remota da obtenção da prova ou que a prova de qualquer modo seria obtida, mesmo sem o uso do meio ilícito.

A produção de provas, objetivamente ilícitas pela violação da privacidade, como a interceptação telefônica, pode tornar-se admissível

mediante a prévia autorização judicial, na qual o juiz exerça uma rigorosa ponderação da necessidade da prova para apurar crime ofensivo de bem jurídico tão valioso ou mais do que o direito fundamental violado ou do que a liberdade do acusado posta em risco. Também em favor do acusado, poderá o juiz admitir a produção de provas ilícitas, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.¹²⁷ Em nenhum caso admitir-se-á a prova ilícita obtida mediante ofensa à integridade física ou psicológica (tortura, soro da verdade) do acusado.

4.13. Direitos da vítima

A vítima tem o direito de ser informada do curso da investigação preliminar, bem como de participar e de influir na instrução e no julgamento do processo contra o autor do crime. Em muitos países, a reparação do dano no próprio processo criminal é também considerada um direito fundamental da vítima.

Ao contrário do que estabelece o artigo 1525 do nosso Código Civil de 1916, a vítima não pode perder o direito à indenização em decorrência de uma sentença criminal absolutória proferida em processo no qual não foi parte.¹²⁸

5. Conclusão

Esta apertada síntese não dá a dimensão do alcance de todas as garantias fundamentais do processo, mas é uma tentativa de contribuir para definir as características básicas do processo moderno, especialmente do Processo Civil, em busca de uma nova Teoria Geral, que o desprenda do racionalismo científico e do procedimentalismo codificado para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela de todos os demais direitos.

Notas Bibliográficas

- 1 Mauro Cappelletti e Denis Tallon, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661-774; Luigi Paolo Comoglio, "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)", in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 23, abril-junho de 1998, n° 90, págs.95-150; Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo *Lezioni sul Processo Civile*, 2ª ed., il Mulino, Bologna, 1998, cap.3, "Le garanzie costituzionali", págs.55-95; Fernão Borba Franco, "A fórmula do devido processo legal", in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 24, n° 94, abril-junho de 1999, págs.81-108; Serge Guinchard et alii, *Droit Processuel - Droit commun du procès*, ed. Dalloz, Paris, 1ª ed., 2001; Augusto M.Morello, *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998.
- 2 Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo *Lezioni sul Processo Civile* cits., pág.57.
- 3 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.312.
- 4 "La tutela judicial efectiva en la Constitucion Alemana", in *La proteccion juridica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantia jurisdiccional) - estudios en homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez*, ed. Civitas, Madrid, tomo I, 1993, pág.437.
- 5 Javier Barnés, Encarnacion Montoya e Nicolas González-Deleito, "El recurso de casación", in *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dir. Jesús Leguina Villa e Miguel Sánchez Morón, editorial Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2001, pág.438.
- 6 Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, ed. G.Giappichelli, Torino, 1988, pág.51.
- 7 Segundo Andolina e Vignera (ob.cit., pág.87), contrariaria essa garantia a imposição de um juízo de admissibilidade fundado na não manifesta improcedência da demanda, ou um *non liquet*, consistente na recusa do julgamento do mérito pelo juiz em face da ausência de provas suficientes. No Direito italiano a investigação de paternidade proposta pelo filho natural fica sujeita a esse juízo mínimo inicial de probabilidade de êxito. No Brasil, tivemos juízo de admissibilidade até 1994 na ação de usucapião, através da então abolida audiência preliminar de justificação da posse. De algum modo essa mesma técnica existe nas ações possessórias, mas aí com o objetivo precípua de deferir ou não a liminar. Quanto ao *non liquet* por insuficiência de provas, caberia examinar a denegação do mandado de segurança por falta de direito

líquido e certo e as sentenças de improcedência que não geram coisa julgada, na ação popular e nas ações coletivas. Quanto ao mandado de segurança, acredito que a doutrina deveria discutir a hipótese de conversão ao rito ordinário, como no procedimento sumário, ao invés da simples denegação por falta de direito líquido e certo. Já as ações coletivas estão a merecer um estudo mais aprofundado do ponto de vista das garantias processuais do adversário do interesse coletivo, o que aqui não pode ser feito (V.sobre o assunto Maria Rosynete Oliveira Lima, *Devido processo legal*, ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1999, pág.272). Quanto ao juízo de admissibilidade, fundado numa avaliação preliminar da probabilidade de êxito da demanda, é preciso lembrar que no nosso processo penal existe a *justa causa*, indispensável para não sujeitar o réu a um processo manifestamente injusto. Será que não se deve reconhecer também ao réu no processo civil o direito de não ser molestado e de não ter de sofrer o ônus de defender-se de uma demanda manifestamente infundada? As condições da ação, dentro de certos limites, exercem essa função. Poder-se-ia tentar alcançar esse objetivo através de uma compreensão extensiva das condições da ação. Ocorre que isso levaria sempre a decisões sem julgamento do mérito, que não vão impedir a reproposição da demanda. Para o réu, que no Brasil nem pode recorrer da extinção do processo sem julgamento de mérito, esse tipo de decisão o priva da tutela do seu direito material, representando um *non liquet*. Outra via seria admitir que o juiz rejeitasse de plano demandas infundadas com sentença de mérito, mas nesse caso o autor estaria sendo privado do procedimento regular e do direito de, através dele, vir a demonstrar a procedência do seu pedido. A perda do direito de ação pelo abuso do direito de demandar poderia representar uma redução drástica na eficácia de muitos direitos. Todas essas conjecturas servem para mostrar como ainda estamos engatinhando na compreensão de toda a extensão do direito de acesso à Justiça e que a sua concessão sem limitações a todos pressupõe um Judiciário eficiente - afinal, o problema da imposição ao réu do ônus de se defender não teria nada de insuportável, se não se prolongasse por anos e anos, em consequência da morosidade da justiça -, sob pena de os mais fortes freqüentemente fazerem uso das prerrogativas que esse direito lhes confere para oprimir os mais fracos, sujeitando-os à exaustão a demandas infundadas.

- 8 Juan Montero Aroca, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág.187.
- 9 Montero Aroca, ob.cit., pág.189.
- 10 Montero Aroca (ob.cit., pág.182), referindo-se à doutrina italiana, usa a palavra *alienità*.
- 11 Italo Andolina e Giuseppe Vignera, ob.cit., pág.43.

- 12 A Constituição de 1988 tentou remediar o problema, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.
- 13 V. *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, comentada e anotada por J.L. Charrier, ed. Litec, 2000, pág.108. V. também a sentença da Corte Européia no caso *Castillo Algar v. Espanha*, julgado em 28/10/98 (in Ricardo Rodríguez Fernández, *La contaminación procesal - el derecho al juez imparcial - causas de abstención y recusación*, ed. Comares, Granada, 2000, págs. 39 e ss. e 143 e ss.
- 14 *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, ed. Saraiva, São Paulo, 32ª ed. em CD-ROM, nota 2 ao art. 36 da LOMAN.
- 15 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.391.
- 16 Modesto J.Fabra Valls, *La suspensión de los actos impugnados en materia tributaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág.63.
- 17 Roberto Romboli, *Il giudice naturale*, ed. Giuffrè, Milano, 1981, pág.114.
- 18 Luis-Alfredo de Diego Díez, *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, ed. Tecnos, Madrid, 1998, págs. 27, 29 e 45.
- 19 Ob.cit., págs. 398.
- 20 Nelson Nery Junior, "O juiz natural no Direito Processual Civil Comunitário Europeu", in *Revista de Processo* nº 101, ano 26, janeiro-março de 2001, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pág.104. Nós temos no Brasil uma hipótese de escolha pelo autor nas causas que podem ser propostas nos Juizados Especiais Cíveis. A escolha se justifica porque os Juizados são modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, com estrutura e garantias reduzidas. Entretanto, para não violar a garantia do juiz natural, a escolha deveria ser feita de comum acordo por ambas as partes e não ser imposta unilateralmente pelo autor ao réu.
- 21 Diego Díez, ob.cit., pág. 69; Karl Heinz Schwab, "Divisão de funções e o juiz natural", in *Revista de Processo*, nº 48, ano 12, 1987, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pág.125.
- 22 Diego Díez, ob.cit., pág. 131.
- 23 Casimiro A.Varela (*Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal*, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág.89) sustenta, com arrimo em Chiovenda, que a nova lei atributiva da competência se refere apenas aos processos futuros e que apenas por exceção pode o juiz ser despojado da competência já adquirida. Tal exceção somente poderia configurar-se quando resultasse material ou juridicamente impossível a continuação do juiz com competência adquirida, como no caso de supressão do tribunal. Roberto Romboli (ob.cit., págs.220 e ss.) e Luiz Flávio Gomes ("As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório", in O

Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pág.195), entre outros, defendem essa mesma tese para as causas criminais. Italo Andolina e Giuseppe Vignera (*Il modello costituzionale del processo civile italiano*, ed. G. Giappichelli, Torino, 1988, págs.27/28), afirmam que o ponto de referência temporal pode bem ser fixado no processo civil e administrativo no momento da propositura da ação, enquanto no processo penal, que é mais sensível a exigências garantísticas, esse momento deve coincidir com o momento consumativo do crime.

- 24 A chamada garantia do *promotor natural* é, no máximo, uma peculiaridade do Direito brasileiro, e não uma garantia fundamental do processo imposta pela dignidade humana do réu. Não existe o direito fundamental do acusado a um determinado acusador. A impessoalidade do Estado impõe paridade de tratamento, mas não vinculação do exercício da função pública a um determinado órgão ou a um determinado agente. A paridade de tratamento é que pode ficar comprometida pelo *promotor natural*, sem falar no interesse público que pode vir a ser sacrificado pela conduta pessoal deste ou daquele representante do Ministério Público. Trata-se de um extremismo autoritário que, a pretexto de subtrair o interesse público do arbítrio do Procurador-Geral, submete-o ao arbítrio do promotor natural. Vem Firly Nascimento Filho, "Princípios Constitucionais do Direito Processual Civil", in *Os Princípios da Constituição de 1988*, obra coletiva comemorativa dos 60 anos da PUC-Rio, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001, pág.320, várias decisões do Superior Tribunal de Justiça, que repudiaram o princípio (HC 1.669/GO, HC 12.616/MG, ROMS 745/RJ, RESP 11.722/SP, RESP 2.123/ES e RESP 9.132/AC); em Nelson Nery Junior, ob.cit., págs. 122/126, a defesa do princípio como inerente ao Estado de Direito, citando acórdão do Supremo Tribunal Federal que o acolheu (HC 67.759).
- 25 Diego Díez, ob.cit., pág. 51.
- 26 V.Roberto Romboli, ob.cit., pág.180.
- 27 Roberto Rosas, *Direito Processual Constitucional*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs.31/33.
- 28 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.314: Reconhecendo o valor fundamental do direito de agir em juízo, o Conselho Constitucional da França revelou um novo princípio constitucional, decidindo que uma ação individual não poderia ser proposta contra a vontade da pessoa interessada.
- 29 Andolina e Vignera, ob.cit., págs.109/110.
- 30 Giuseppe Tarzia, "L'art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile", in *Revista de Processo* nº 103, ano 26, julho-setembro de 2001, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pág.167. Andolina e Vignera (ob.cit., págs.111/113), citando Proto Pisani criticam a regra que dispensa intimação do réu revel dos demais atos do processo, quanto àqueles em que o autor apresente novas alegações ou novas provas, argumentando que o contumaz deixou de defender-se numa avaliação de inutilidade ou superfluidade da defesa em face dos fatos constitutivos e dos meios de prova inicialmente apresentados pelo autor.

- 31 *Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, pág.77.
- 32 V. Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.377.
- 33 Andolina e Vignera (ob.cit., pág.99) citam estudo de Michele Taruffo publicado na Rivista di Diritto Processuale (CEDAM, Padova, 1973, págs. 270 e ss.), que sustenta a manutenção da eficácia de provas legais apenas de alguns documentos particularmente qualificados. Seriam documentos relativos a determinados atos/fatos que exigem prova específica por motivo de segurança jurídica, como as certidões do Registro Civil ou do Registro de Imóveis para a prova do estado das pessoas ou da propriedade imóvel.
- 34 V.Javier Barnes Vazquez, ob.cit., págs.456/457.
- 35 Andolina e Vignera (ob.cit., pág.109).
- 36 A respeito desta última questão é ilustrativa a citação de Luiso, feita por Andolina e Vignera (ob.cit., págs.109/110), segundo o qual “toda hipótese de extensão a terceiros dos efeitos de um provimento jurisdicional, emitido em confronto de uma parte, *como regra (in linea di maxima)* deve considerar-se contrário ao princípio do contraditório, a menos que seja justificável com base em outros e prevalentes interesses protegidos, ou que isso derive do modo de ser da situação substancial do terceiro. Dito sinteticamente, o princípio do contraditório não amplia as hipóteses de litisconsórcio necessário, mas antes restringe as hipóteses de eficácia *ultra partes* àquelas, exclusivamente, justificáveis constitucionalmente”.
- 37 A oralidade está erigida a garantia constitucional na Espanha, na Áustria e na Dinamarca.
- 38 Há várias decisões recentes da Corte Européia de Direitos Humanos, reconhecendo que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim, nos casos *Brumarescu v.Romênia*, julgado em 28/10/99; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10/6/96; *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou v. Grécia*, julgado em 14/12/99; e *Antonetto v.Itália*, julgado em 20/7/2000 (v. Mario Chiavario, “Diritto ad un processo equo”, in Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pág.171).
- 39 V. José Augusto Delgado, “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, in *Revista de Direito Renovar*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, nº 19, 2001, págs.11/40.
- 40 Na Sentença Estrangeira 5206, originária da Espanha, o Supremo Tribunal Federal, por sete votos contra quatro, considerou constitucionais dispositivos da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) que determinavam a instituição compulsória do juízo arbitral, acolhendo, portanto, a tese da renunciabilidade prévia da via jurisdicional antes do surgimento do litígio concreto (Julgado pelo Plenário em 12/12/2001, conforme notícia divulgada no Informativo 254 do STF).
- 41 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.693.
- 42 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.321.

- 43 Jesús González Pérez (*El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs.159 e ss.) denomina a essa situação de *inibição ante a injustiça*.
- 44 Andolina e Vignera, ob.cit., pág.44.
- 45 A leitura de crônicas de atualidades sobre a Justiça americana, como por exemplo os livros de Richard Posner (*Federal Courts: Challenge and Reform*, 1999) e Edward Lazarus (*Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of Modern Supreme Court*, 1999), revela que o mesmo sistema político de escolha (indicação do Executivo e aprovação pelo Senado) naquele país não exclui a verificação objetiva da qualificação e da idoneidade dos magistrados, sendo de ressaltar-se que os únicos casos de *impeachment* até hoje decretados pelo Congresso norte-americano foram aplicados a juízes federais.
- 46 Juan Montero Aroca, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 116.
- 47 Serge Guinchard et alii, ob.cit., págs. 444/447.
- 48 V. Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, ed. Civitas, Madrid, 1980, págs. 44/45; Karl-Peter Sommermann, *La Justicia Administrativa Alemana*, in “La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado”, coord. Javier Barnes Vazquez, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 33 e ss.; Juan Montero Aroca, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, pág.99.
- 49 Italo Andolina e Giuseppe Vignera, ob.cit., pág.40.
- 50 Leonardo Greco, “A Revisão Constitucional e o Processo Civil”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 17, nº 67, julho-setembro de 1992, págs. 103/117.
- 51 Em contrário, Luiz Flávio Gomes (ob.cit., pág.198) entende que a súmula vinculante constituirá uma violência contra a independência do juiz.
- 52 Pablo García Manzano, “La terminación del proceso administrativo”, in *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dir. Jesús Leguina Villa e Miguel Sánchez Morón, editorial Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2001, pág.326.
- 53 Mario Chiavario, ob.cit., pág.198.
- 54 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.548.
- 55 V.Djanira Maria Radamés de Sá, *Duplo Grau de Jurisdição*, ed. Saraiva, São Paulo, 1999, pág.59.
- 56 J.L.Charrier, ob.cit., pág.119, citando decisões de 1997 e 1998 da Corte Européia de Direitos Humanos. V. também Giuseppe Tarzia, “L’art.111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, in *Revista de Processo* nº 103, ano 26, julho-setembro de 2001, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pág.165, referindo-se ao artigo 394, parágrafos 3º e 4º do Código italiano e invocando a sentença *Vermeulen v. Bélgica*, de 20/2/1996, da Corte Européia, sobre a impossibilidade de responder às conclusões do Ministério Público ou do advogado geral no julgamento do recurso de cassação.

- 57 *Van de Hurk v. Países Baixos*, julgado em 19/4/94 (citado por Mario Chiavario, ob.cit., pág.195).
- 58 Andolina e Vignera noticiam (ob.cit., pág.83) que, por esse fundamento, na Itália em 1977 a lei eliminou no processo civil todos os depósitos decorrentes da sucumbência.
- 59 Javier Barnes Vazquez, ob.cit., pág.454; Mario Chiavario, "Diritto ad un processo equo", in Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pág.171.
- 60 V. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs.142/147. Sobre julgados da Corte Européia de Direitos Humanos no mesmo sentido, v. também Mario Chiavario, ob.cit., pág.172.
- 61 Augusto M. Morello, *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, ed. Abeledo-Perrot, La Plata-Buenos Aires, 1998, pág.173.
- 62 V. sobre as custas o meu estudo - *O valor da causa e as custas iniciais no mandado de segurança*, publicado na obra coletiva "Grandes questões do Direito Tributário - 5º volume", ed. Dialética, São Paulo, 2001, págs. 235/252, no qual afirmei:

"Na verdade, é preciso distinguir dois tipos de custas: as *custas stricto sensu*, receita tributária do Estado, incidentes sobre a causa como um todo ou sobre determinados atos, que constituem a contribuição das partes para o custeio das despesas fixas do Poder Judiciário; e os *emolumentos*, incidentes sobre determinados atos para ressarcimento dos gastos efetivamente ocorridos em decorrência da sua prática, que somente são exigidos quando tais atos tiverem de ser praticados e que se destinam à cobertura da despesa variável daí decorrente. Se a parte interessada na prática do ato não recolhe os *emolumentos*, o ato não pode ser praticado e essa parte arcará com todas as consequências a ela desfavoráveis: contumácia, com presunção de veracidade do fato que através do ato omitido se pretendia desmentir, no caso de ato probatório; paralisação do processo, no caso de ato de comunicação, com a sua consequente extinção, após determinado prazo. Nesses casos, o recolhimento prévio das custas é um ônus, cujo descumprimento prejudicará a parte a quem interessa a prática de determinado ato.

Mas quanto à primeira espécie de custas, a ausência do seu recolhimento ou a insuficiência, não pode determinar a paralisação do processo ou a sua extinção, porque a sua arrecadação não pode sobrepor-se ao acesso à Justiça constitucionalmente assegurado".

- 63 "Art.280º-1- Não obsta ao recebimento ou prosseguimento das acções, incidentes ou procedimentos cautelares que pendam perante os tribunais judiciais a falta de demonstração pelo interessado do cumprimento de quaisquer obrigações de natureza tributária que lhe incumbam, salvo nos casos em que se trate de transmissão de direitos operada no próprio processo e dependente do pagamento do imposto de transmissão."
- 64 Andolina e Vignera, ob.cit., pág.74.
- 65 *Principi costituzionali e processo di esecuzione*, in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, 1994, págs.454/455.
- 66 Ob.cit., pág.457.
- 67 *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, ano LII, 1998, pág.922.
- 68 *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, págs.337 e ss..
- 69 V. o meu *O Processo de Execução*, vol.II, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, págs.582 e ss.
- 70 Essas são palavras da sentença 61/84 do Tribunal Constitucional da Espanha, transcritas por Jesús González Pérez (ob.cit., pág.232).
- 71 Manuel Moron Palomino, ob.cit., pág.78.
- 72 V.Modesto J.Fabra Valls, *La suspensión de los actos impugnados en materia tributaria*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág.48.
- 73 Ob.cit., pág.60.
- 74 Andolina e Vignera, ob.cit., pág.65.
- 75 Carmen Chinchilla Marín, "La tutela cautelar", in *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dir. Jesús Leguina Villa e Miguel Sánchez Morón, editorial Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2001, pág.596.
- 76 Nicolò Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, pág.495.
- 77 J.L.Charrier, ob.cit., pág.115.
- 78 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.527.
- 79 Luiz Flávio Gomes, ob.cit., pág.240.
- 80 Em 1997, a Corte Européia de Direitos Humanos decidiu que uma condenação criminal fundamentada em declarações de policiais anónimos, colhidas por um juiz, sem que os seus depoimentos tenham sido produzidos publicamente e na presença dos acusados, é contrária ao princípio do processo justo (Caso *Van Mechelen v. Países Baixos*, in J.L.Charrier, ob.cit., págs.120/121).

- 81 Ob.cit., pág.248.
- 82 V. o meu O *Processo de Execução*, vol.II, págs.496/499.
- 83 O motivo mais comum de arguição de violação da garantia da tutela jurisdicional efetiva perante a Corte Européia de Direitos Humanos é a demora das decisões judiciais. A Itália sofreu 65 condenações entre 1997 e 2000 por parte daquela Corte, o que confere ao reclamante o direito a uma indenização (V. Serge Guinchard et alii, ob.cit., págs. 530 e ss.).
- 84 J.L.Charrier, *Code de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, ed. Litec, Paris, 2000, pág.111.
- 85 Ob.cit., págs.320 e 335.
- 86 Mario Chiavario, ob.cit., pág.210.
- 87 Mario Chiavario, ob.cit., pág.214.
- 88 J.L.Charrier, ob.cit., pág.112; Giuseppe Tarzia, ob.cit., pág.172, citando a decisão *Hornsby v. Grécia*, de 13/3/97, da Corte Européia.
- 89 V.acima item 1.7.
- 90 José Rogério Cruz e Tucci, "Garantia do processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional)", in *Temas atuais de Direito Processual Civil*, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001, pág.173.
- 91 Jesús González Pérez, ob.cit., pág.206.
- 92 V. Javier Barnés, Encarnacion Montoya e Nicolas González-Deleito, "El recurso de casación", in *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa*, dir. Jesús Leguina Villa e Miguel Sánchez Morón, editorial Lex Nova, 2ª ed., Valladolid, 2001, pág.435. V.também item 2.6.acima. A jurisprudência constitucional espanhola, citada na obra por primeiro referida, considera desproporcional, por exemplo, a inadmissão de um recurso de *queixa* porque o tribunal considera que o recurso cabível era o de *súplica* e assim o recorrente teve denegado o julgamento do mérito por um erro no *nomen juris* do recurso interposto. Veja-se que, ao contrário do que acontece entre nós, essa jurisprudência não se interessa em apurar se o erro de interposição foi grosseiro ou escusável. Em outro capítulo dessa mesma obra coletiva, Javier Barnés, Encarnacion Montoya e Nicolas González-Deleito ("El recurso de casación", in *Comentarios...*,pág.440) relatam que a Corte Européia de Direitos Humanos condenou a Espanha em 28/10/98 por causa de um recurso interposto no prazo legal perante os Correios, quando deveria ter sido apresentado em juízo. A lei somente permitiria a entrega em repartição administrativa se o recorrente não tivesse advogado, o que não era o caso. O recurso chegou em juízo dois dias depois de esgotado o prazo. A Corte Européia considerou que a Justiça espanhola havia dado uma interpretação excessivamente rigorosa e formalista da lei, que havia privado a autora do direito ao recurso, violando a garantia da tutela jurisdicional efetiva.
- 93 Nesse sentido, decisões da Corte Européia citadas por Mario Chiavario (ob.cit., pág.173).

- 94 Djanira Maria Radamés de Sá (*Duplo Grau de Jurisdição*, ed. Saraiva, São Paulo, 1999, pág.99) vincula o duplo grau à garantia do devido processo legal.
- 95 José Antonio Díaz Cabiale e Ricardo Martin Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pág.25.
- 96 Claus Roxin denomina o Direito Processual Penal o sismógrafo da Constituição do Estado. Cada mudança essencial na estrutura política (em especial a do Estado) também leva a transformações do procedimento penal (*Derecho Procesal Penal*, ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág.10).
- 97 José Antonio Díaz Cabiale e Ricardo Martin Morales, ob.cit., pág.31.
- 98 Claus Roxin, ob.cit., pág.80.
- 99 Mario Chiavario, ob.cit., pág.222.
- 100 Ob.cit., págs.212/213.
- 101 Mario Pisani, ob.cit., pág.130.
- 102 J.L.Charrier, ob.cit., pág.129.
- 103 Andrea Verger, *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*, CEDAM, Padova, 2001, págs.48/49, citando Lozzi, Siracusano e Fortuna; Luiz Flávio Gomes, ob.cit., pág.213.
- 104 Habeas corpus 286-C, julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral em 16/4/96, relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, in Revista de Jurisprudência do TSE, vol.8, tomo 1, pág.38.
- 105 V.Luiz Flávio Gomes (ob.cit., pág.216), que também considera imperiosa a implantação da *cross examination*, com a inquirição direta da testemunha pelo advogado, sem a intermediação do juiz. A meu ver a intermediação do juiz na colheita das provas orais não viola a garantia da autodefesa, sendo um instrumento necessário de proteção da credibilidade do depoimento da testemunha, que poderia ficar comprometida por uma inquirição habilidosa e envolvente do advogado. A autodefesa não pode transformar a prova testemunhal num joguete manipulado pelo advogado, talvez menos preocupado com a busca da verdade e mais interessado em absolver o seu cliente a qualquer preço.
- 106 Serge Guinchard et alii, ob.cit., pág.573: a Corte Européia de Direitos Humanos vê no perito uma testemunha, independentemente da qualificação que lhe dê o direito interno de cada país, o que lhe permite exigir que a produção da prova pericial respeite o princípio da paridade de armas.
- 107 No Direito Tributário, hoje o contribuinte está sujeito a uma série de declarações, que de boa fé deve prestar a respeito de fatos dos quais pode resultar a exigência de tributos. Nem para efeitos fiscais, nem para efeitos criminais, essas declarações podem ser tomadas como provas plenas de responsabilidade ou de culpa do declarante, como consequência da proibição de auto-incriminação.
- 108 Ob.cit., pág.222.

- 109 Recentemente emendado (1999), o artigo 111 da Constituição italiana agora dispõe que o réu tem a faculdade de interrogar ou de fazer interrogar, na presença do juiz, as pessoas que o incriminam e que a sua culpabilidade não pode ser definida com base em declarações de pessoas que, por livre escolha, sempre se esquivaram a serem interrogadas pelo próprio acusado ou pelo seu defensor. O combate ao crime organizado não justifica a redução dessas garantias.
- 110 Atualmente na Europa, muitos sustentam, com suporte em julgados da Corte Européia de Direitos Humanos (v. Serge Guinchard et alii, ob.cit., págs.470 e ss.) a necessária separação funcional entre as atividades de acusação, instrução e julgamento, o que me parece característico dos sistemas que possuem juizados de instrução, isto é, sistemas em que a investigação criminal é dirigida pessoalmente por um magistrado que, nessa atividade, fica com a sua imparcialidade comprometida. Nesse sentido, a decisão de 1988 do Tribunal Constitucional da Espanha, citada por Luiz Flávio Gomes (ob.cit., pág.199).
- 111 Rogério Lauria Tucci, "Considerações acerca da Inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo", in *Direito Criminal*, ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2001, pág.104.
- 112 Romeu Pires de Campos Barros, "Da correlação entre acusação e sentença no processo penal", in *Revista de Direito Processual Civil*, 2º vol., Saraiva, São Paulo, 1960, págs. 136 e ss.; Faustino Cordon Moreno, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, ed. Aranzadi, Navarra, 1999, pág.113. Este último Autor informa (pág.115) que na Espanha a retirada da acusação ou o pedido de absolvição do acusador impedem que o tribunal profira sentença condenatória, pois isso implicaria em converter o juiz em acusador, pois a acusação não se concretiza em único ato, mas vai se concretizando escalonadamente no curso do processo.
- 113 Geraldo Prado (*Sistema acusatório - A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2ª ed., 2001, págs.223 e ss.) sustenta a inconstitucionalidade das Leis 9.034/95 (Lei de Controle do Crime Organizado) e 9.296/96 (Lei de Interceptações Telefônicas) pelos poderes de investigação atribuídos ao juiz, pela disparidade de tratamento e pelas violações à garantia da publicidade do processo.
- 114 Ob.cit., pág.219.
- 115 Ob.cit., pág.231.
- 116 Serge Guinchard et alii, ob.cit., págs.640/642.
- 117 Mario Pisani, "Diritto alla libertà e alla sicurezza", in Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi, *Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, pág.134.
- 118 Ricardo Rodríguez Fernández, *Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal*, ed. Comares, Granada, 2000, págs.50 e 56.

- 119 Nos Estados Unidos, como consequência da garantia da *double jeopardy*, o *prosecutor* não pode apelar da sentença absolutória (Ángel Tinoco Pastrana, *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*, ed. Universidad de Sevilla, 2001, pág.139).
- 120 Luís Roberto Barroso, "Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e julgamento em instância ordinária única", in *Temas de Direito Constitucional*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, págs.582 e ss.
- 121 Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág.287.
- 122 Mario Chiavario, ob.cit., pág.177.
- 123 V. Ricardo Rodríguez Fernández, ob.cit., pág.48.
- 124 V. Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, págs.563 e ss.; e José Carlos Barbosa Moreira, "A Constituição e as provas ilicitamente obtidas", in *Temas de Direito Processual*, 6ª Série, São Paulo, 1997.
- 125 Decisão de 4/7/97 do Tribunal Supremo da Espanha, ratificando repetidos pronunciamentos do Tribunal Constitucional (in José Antonio Díaz Cabiale e Ricardo Martin Morales, ob.cit., págs.71/73).
- 126 José Antonio Díaz Cabiale e Ricardo Martin Morales, ob.cit., págs. 82/91.
- 127 Luiz Flávio Gomes, ob.cit., pág.231.
- 128 A Corte Constitucional italiana, em 1971, declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 do Código de Processo Penal vigente à época, equivalente ao artigo 1525 do nosso Código Civil. V. a respeito Nicolò Trocker, ob.cit., pág.442; Enrico Tullio Liebman, "A eficácia da sentença penal no processo civil", ensaio em apêndice ao livro *Eficácia e Autoridade da Sentença*, Forense, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1981, págs.256 e ss..

