

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E A CELERIDADE
PROCESSUAL FRENTE ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Roberto Apolinário de Castro Júnior

Belo Horizonte – MG
2011

Roberto Apolinário de Castro Júnior

**A RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E A CELERIDADE
PROCESSUAL FRENTE ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Área de Concentração: Direito Processual, sob orientação do Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Belo Horizonte
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C355r Castro Júnior, Roberto Apolinário de
A razoável duração dos procedimentos e a celeridade processual frente às garantias fundamentais / Roberto Apolinário de Castro Júnior. Belo Horizonte, 2011.
123f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Processo civil. 2. Direitos fundamentais. 3. Prazos (Direito). 4. Princípio da efetividade. I. Dias, Ronaldo Bretãs de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Roberto Apolinário de Castro Júnior

A razoável duração dos procedimentos e a celeridade processual frente às garantias fundamentais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nível Mestrado

Prof. Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (orientador) – PUC Minas

Prof. Doutor Fernando Horta Tavares – PUC Minas

Prof. Doutor Rosângelo Rodrigues de Miranda – UNIVALE (Universidade do Vale do Rio Doce)

Belo Horizonte, 2011.

A meu pai e minha mãe: meus melhores amigos e maiores exemplos de vida. Sem seu apoio e carinho, nada disso seria possível. Não existem palavras suficientes para explicar o amor e a gratidão por tudo que fazem por mim e pelo que já aprendi com vocês.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas infinitas bênçãos concedidas, em especial, durante minha trajetória acadêmica.

Ao meu pai, mãe e irmã, pelo amor e apoio incondicionais, sempre dispostos a me oferecer carinho e palavras amigas nos momentos difíceis.

Ao Professor Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, meu mestre, com quem tanto pude aprender e de quem sempre recebi freqüente apoio e estímulo ao aperfeiçoamento.

Ao Professor Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda, pelos constantes incentivos ao meu crescimento pessoal, profissional e acadêmico.

Aos amigos e demais professores do Mestrado, com quem tanto aprendi, e de quem sempre recordarei com muito carinho.

RESUMO

O presente trabalho tratará do direito fundamental à jurisdição tempestiva, prestada em procedimento de duração razoável, livre de dilações indevidas. Procurar-se-á firmar algumas noções tidas como mais adequadas em relação à jurisdição e ao processo, bem como em relação à efetividade processual e à eficiência jurisdicional. O objeto desse estudo será o aparente conflito existente entre as garantias processuais e a previsão de razoável duração dos procedimentos, tentando demonstrar que, para solucionar os problemas de morosidade jurisdicional, não é necessária a mitigação ou supressão das garantias processuais ou da cognição, realizando-se uma tentativa de oferta de soluções legítimas, capazes de propiciar maior eficiência à jurisdição. Para tanto, é necessário um estudo que possibilite identificar as verdadeiras causas da intempestividade da jurisdição, para, finalmente, ser possível vislumbrar que, sob a ótica de um direito processual democrático, de bases constitucionais, não existe incompatibilidade entre a efetivação da celeridade e razoável duração procedimental e o respeito às garantias fundamentais do processo.

Palavras-chave: Processo. Garantias fundamentais. Celeridade e razoável duração dos procedimentos. Efetividade.

ABSTRACT

This paper will study the fundamental right to timely jurisdiction, provided in a reasonable time procedure, free of undue delays. It's going to establish some concepts taken as more appropriate in relation to jurisdiction and procedure, as well as for the procedural effectiveness and jurisdictional efficiency. The object of this study is the apparent conflict between the procedural safeguards and the provision of a reasonable duration of proceedings, attempting to show that to solve the problems of lengthy jurisdiction is not required mitigation or removal of the procedural warranties or cognition, trying to offer legitimate solutions, able to provide greater efficiency to the jurisdiction. Therefore, it is necessary to enable a study to identify the true causes of the lateness of the jurisdiction, to finally be able to glimpse that, from the perspective of a democratic procedural right, of constitutional basis, there is no incompatibility between the enforcement of celerity and reasonable procedural duration and the respect to the fundamental guarantees of the process.

Keywords: Process. Fundamental guarantees. Celerity and reasonable procedural duration. Effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PROCESSO E FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	9
2.1 Evolução teórica das noções de processo e jurisdição	17
2.2 A morosidade jurisdicional	33
2.3 Efetividade processual e eficiência jurisdicional	38
2.4 Princípios norteadores do processo e da função jurisdicional	42
3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E A CELERIDADE DE TRAMITAÇÃO	56
3.1 Acepção de razoável duração e celeridade no ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro	56
3.2 Direito fundamental à jurisdição prestada em processo de duração razoável e sem dilações indevidas	69
3.3 O equívoco na concepção das garantias processuais como vilãs de uma jurisdição tempestiva	75
4 A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE CELERIDADE PROCESSUAL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	82
4.1 O processo constitucional e a inadmissibilidade de mitigação das garantias processuais fundamentais	82
4.2 A possibilidade de coexistência harmônica entre celeridade, razoável duração e devido processo legal	90
4.3 Técnicas alternativas à consecução legítima de uma jurisdição eficiente e menos morosa	95
5 CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

O objeto do estudo ora proposto é a análise acerca da relação entre a razoável duração dos procedimentos e a celeridade processual para com as demais garantias processuais, constitucionalmente asseguradas.

Tal assunto encontra especial relevância considerando-se que, face aos problemas da intempestividade e ineficiência jurisdicionais, as garantias processuais vêm sendo equivocadamente consideradas como as responsáveis pela morosidade jurisdicional.

Procurar-se-á contextualizar o tema por meio de uma abordagem do direito fundamental de obtenção de resultados jurídicos de modo tempestivo e eficiente, em face da estrutura do processo no ordenamento jurídico pátrio e na prática forense.

Tal enfoque deve-se à realidade processual brasileira, que reflete uma situação de demasiada morosidade no exercício da jurisdição, ocasionada pelo acúmulo e sobrecarga de procedimentos a serem analisados, insuficiência quantitativa dos profissionais respectivos (magistrados, promotores e servidores) e descumprimento dos comandos constitucionais e legais.

Nesse sentido, vêm sendo buscadas diversas soluções, no intuito de imbuir a jurisdição de maior eficiência e tempestividade.

Nada obstante, verifica-se que, por diversas vezes, o problema é encarado sob enfoques equivocados, como, por exemplo, a proposta e efetivação de reformas legislativas sem critérios e sem sustentação jurídica, à total revelia dos setores especializados da sociedade no âmbito do Direito.

Tais propostas de modificação mostram-se, em sua maioria, dissociadas da idéia de processo como instituição de bases constitucionais, sendo necessária a realização de um estudo, com vistas à consecução de uma noção adequada de celeridade processual, de modo que esta não importe em indevidas violações a direitos e garantias fundamentais de quaisquer dos interessados.

2 PROCESSO E FUNÇÃO JURISDICIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, antes de se adentrar no estudo do tema, é necessário relevar-se o porquê da expressão “função jurisdicional”, em detrimento daquela usualmente utilizada, “Poder Judiciário” ou “Poder Jurisdicional”.

O denominado poder estatal goza de um caráter de unidade, indivisibilidade, de modo a serem atécnicas as expressões que se referem às funções do Estado com base nos órgãos que as desempenham ou com base em uma suposta tripartição do poder.

Com efeito, o que se vislumbra nesse sentido é uma deturpação das idéias concebidas por Montesquieu (com amparo em Locke), em sua obra “Do Espírito das Leis”.¹

Verifica-se que, em nenhum momento, Montesquieu propôs uma teoria da separação ou tripartição de poderes, mas, ao contrário, uma teoria do equilíbrio, da balança do poder estatal, por meio da atribuição a órgãos próprios das diversas funções, a serem desenvolvidas pelo Estado.

Nesses termos tem-se a lição do respeitado publicista Paulo Bonavides:

“Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação.

Como conciliar a noção de soberania com a de poderes divididos e separados? O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sim de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque a separação absoluta ou intransponível”.²

Assim sendo, mais acertada é a noção de funções do Estado, atribuídas a órgãos estatais diversos, em um mecanismo de manutenção do equilíbrio e limitação de abusos, salvaguardando-se os direitos fundamentais dos homens.

Importantes as lições de Carré de Malberg a respeito do tema:

¹ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 727p.

² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 146-147.

“O poder do Estado é uno. Consiste, de uma maneira invariável, no poder que tem o Estado de querer por seus órgãos especiais em nome da coletividade de impor sua vontade aos indivíduos. Quaisquer que sejam o conteúdo e a forma variável dos atos por meio dos quais se exerce o poder estatal, todos esses atos se reduzem em definitivo a manifestações de vontade do Estado que é una e indivisível”.³ (tradução livre)

Outrossim, tratando-se da noção de poder estatal, o foco principal não se deve voltar a uma separação rígida com base em suas atribuições, mas em relação a uma divisão e distribuição correspondentes a um princípio de equilíbrio, formando-se uma balança que impeça, além de indevidas invasões de competência, abusos ou descaminhos de poder.⁴

Coadunando com tal pensamento, tem-se, ainda, a importante lição de Brêtas:

“O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo previsão das normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado”.⁵

Falando-se, pois, em jurisdição, enquanto função, atividade estatal que se efetiva e se legitima pelo processo, tem-se diversas noções, consagradas por variados autores, devendo-se ater àquelas aproveitáveis e adequadas no contexto de Estado Democrático de Direito.

De tal modo, tendo por base o Estado Democrático de Direito, exige-se uma acepção própria do tema, que respeite os pilares da estrutura estatal e da Constituição, consubstanciados nos direitos e garantias fundamentais assegurados.

Esse extenso rol de garantias constitucionais permite a fruição da jurisdição, por meio da observância de uma estrutura normativa metodológica, que conduz à

³ CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoria general del Estado*. Versión española de José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Económica, 1948, p. 249, nota 1. No original: “*La potestad del Estado es una. Consiste, de una manera invariable, en el poder que tiene el Estado de querer por sus órganos especiales por cuenta de la colectividad y de imponer su voluntad a los individuos. Cualesquiera que sean el contenido y la forma variable de los actos por medio de los cuales se ejerce la potestad estatal, todos estos actos se reducen em definitiva a manifestaciones de la voluntad del Estado que es una e indivisible*”.

⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 241.

⁵ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 70

emanação de um provimento estatal final, que se legitima pela existência de um processo que se paute na principiologia constitucional.

Assim, também a compreensão de processo deve-se dar sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, tendo por garantia o devido processo legal e a jurisdição como direito fundamental.

Considerando-se tal idéia de direito fundamental relativamente à jurisdição, há que se salientar que tal compreensão importa na imposição de que tal atividade-dever do estado seja prestada em tempo razoável e sem dilações indevidas.

Contudo, tal noção de fundamentalidade do acesso à jurisdição vem servindo como base para um inadequado movimento reformador da legislação processual infraconstitucional, que, tomando por base tal idéia, desrespeita completamente a idéia de devido processo constitucional.

Faz-se necessária, de tal modo, uma compreensão exata de jurisdição e de processo, que será a principal responsável por demonstrar a total inadequação de algumas das recentes reformas processuais, tendo-se por base uma perspectiva democrática e constitucionalista.

Nos séculos XVIII e XIX, especialmente em estados liberais, a filosofia básica de solução de litígios mostrava-se centrada na individualização dos direitos, de modo que o acesso à jurisdição era tão somente a oportunização formal de propositura ou defesa em relação a uma ação.

Nada obstante, o direito à tutela jurisdicional eficiente vem sendo reconhecido progressivamente como fundamental e inerente à dignidade da pessoa humana, de tal modo que não existe sentido em se deter a titularidade de direitos, ao passo em que não são disponibilizados mecanismos efetivos para sua tutela.

Com efeito, o conceito de acesso à jurisdição passa a ser encarado como algo além do simples direito de provocação ao poder de julgar do Estado, passando a ser tratado como direito à jurisdição eficiente, tempestiva, livre de dilações indevidas.

Sobretudo, tal direito engloba, ante a perspectiva de um direito processual democrático, que a resposta prestada pelo Estado seja não apenas célere, mas, acima de tudo, legítima.

Incumbe, ainda, destacar o porquê de se falar em direito fundamental à jurisdição e não direito à Justiça, podendo-se afirmar que assim se faz, tendo em

vista que a noção de justiça pode assumir significados diversos, e levar a um alto grau de subjetividade.

Oportuno ressaltar que a subjetividade é justamente o instrumento de que se valem algumas das novas alterações legislativas, para introduzir no direito processual pátrio figuras esdrúxulas, que colocam o juiz em grau de magnanimidade, em completa violação ao processo constitucional.

Tal subjetividade foge à racionalização e objetivação nos métodos de aplicação do direito, possibilitando acepções diversas por parte de cada pessoa.

Nesse sentido se mostra a lição de Rosemiro Leal:

“a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e a seriedade científica do texto expositivo. É certo que o denominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais [...] não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do processo é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito-de-ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º., XXXV, CR/88)”.⁶

No tocante à jurisdição, cabe trazer também a lição de Elpídio Donizetti Nunes, na qual o autor faz referência e pertinente crítica às clássicas concepções de jurisdição, centradas na pessoa física do juiz:

“Como vimos, todas as concepções de jurisdição que até agora apresentamos centram-se exclusivamente na pessoa física do juiz. Tal como uma divindade, o juiz é onipotente. Havendo direito legislado e julgando justo esse direito, cabe ao juiz declará-lo aplicável ao caso concreto sob julgamento. Na hipótese de lacunas da lei ou mesmo reputando inaplicável as normas existentes, o juiz cria, dita o direito. As partes, de acordo com tais concepções, não passam de meros espectadores, no aguardo de uma solução justa dada pelo juiz salvador. Além de esperarem passivamente pela decisão que sairá da cabeça de uma única pessoa, é indispensável, para que o milagre ocorra, que as partes tenham fé. Afinal, na mística visão de Calamandrei, a Justiça é como uma divindade, só se manifesta àqueles que nela crêem”.⁷

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 7. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 67-68.

⁷ DONIZETTI NUNES, Elpídio. Jurisdição, Judicação e Tutela Legal na Teoria do Processo Contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 213

Carmen Lúcia Antunes Rocha entende que jurisdição é um direito-garantia fundamental, sem o qual nenhum dos direitos reconhecidos e declarados pela Constituição ou outras leis têm exercício assegurado.⁸

Em que pese a sabedoria da eminente constitucionalista mineira, ousa-se discordar da noção apresentada, por se compreender que direito fundamental e garantia fundamental apresentam idéias que se inter-relacionam, contudo, são diversas.

Conforme assinalado por Brêtas, direitos e garantias fundamentais tratam-se de categorias dogmáticas diferentes, de modo que a jurisdição configura-se, por expressa previsão constitucional, como direito fundamental da pessoa, que se dá pela garantia fundamental do processo constitucional.⁹

De tal modo, mais acertadas são as noções propostas por Marcelo Cattoni, para o qual jurisdição é “a atividade, o poder público estatal que se realiza através de discursos jurídico-processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa”¹⁰, e por Ronaldo Brêtas, para quem

“jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente passível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico”.¹¹

Complementando, o referido autor assevera que a função jurisdicional é poder-dever do Estado, motivo pelo qual se converte em direito fundamental a qualquer um do povo e também dos próprios órgãos estatais de obtê-la de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.¹²

⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *As garantias do cidadão na Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 35 e 42.

⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 112.

¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 160.

¹¹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 83-84.

¹² BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.

Conforme Canotilho, o simples fato de se possibilitar aos cidadãos a contemplação pelo Estado não significa necessariamente que lhes está sendo conferido acesso à jurisdição, implicando, também, na garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada, em que seja possível obter em tempo útil uma sentença executória com força de coisa julgada, em um processo sem dilações indevidas.¹³

Desse modo, face à especial significância do direito à jurisdição, como garantidor da persecução de todos os demais direitos, concebeu-se sua idéia de fundamentalidade, da qual se comunga no presente estudo.

De tal forma, não é apenas o direito fundamental à jurisdição que é conferido às pessoas, mas também o direito de que tal atividade estatal seja prestada em tempo razoável, conforme expresso no art. 8º, alínea I, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao direito brasileiro a partir de sua ratificação em setembro de 1992, tendo seu cumprimento determinado pelo decreto federal nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Contudo, não se deve confundir a razoável duração com uma “jurisdição relâmpago”¹⁴, a partir de um processo que faça valer a celeridade em detrimento das garantias fundamentais.

Falando-se em duração razoável, propugna-se a idéia da inexistência de dilações indevidas no curso do procedimento e não da retirada ou mitigação de garantias como a do contraditório.

Por infortúnio, é tal tendência que se tem presenciado nas recentes reformas processuais¹⁵, como se meras alterações na legislação que regula a procedimentalização fossem suficientes a resolver os problemas apresentados pelo Estado na realização de sua atividade-dever.

Por meio de alterações legislativas que diminuam o rol de garantias (o que, por si, já se mostra inconstitucional), chega-se à construção de um provimento do qual não foram chamados a participar os interessados do ato final.

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 466-467.

¹⁴ BRÉTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 219.

¹⁵ Em se tratando de reformas do Código de Processo Civil, que trouxeram violações às garantias fundamentais, cite-se, a título exemplificativo: o artigo 285-A e seus parágrafos, introduzidos pela Lei nº 11.277/06 (julgamento de procedimentos repetitivos); o §1º do artigo 518, introduzido pela Lei nº 11.276/06 (súmula impeditiva de recursos); e o artigo 543-B e seus parágrafos, incluídos pela Lei nº 11.418/06 (julgamento por amostragem).

Nesse íterim, desconsiderando-se a principiologia constitucional que rege o exercício da jurisdição pelo Estado, tal provimento não se legitima democraticamente.

Permitindo-se tal mitigação de garantias, abre-se margem à discricionariedade do julgador, que não mais necessitará se pautar pelo debate desenvolvido.

O Estado Democrático de Direito assenta sua base especialmente no amplo rol de direitos e garantias constitucionalmente consagrados, de modo a não ser admissível, sob o pretexto de se imbuir de celeridade o trâmite processual, a violação ao devido processo constitucional.

Não é plausível acreditar-se que a ineficiência jurisdicional seja desvinculada de problemas estruturais e que sejam as garantias processuais a causa maior de tal morosidade.

Sob uma perspectiva democrática, o provimento não se legitima, enquanto ato estatal que manifesta o exercício da jurisdição, a menos que seja construído como resultado final do debate ocorrido entre os interessados no âmbito do processo, em contraditório e isonomicamente, resguardada a ampla defesa e o direito ao advogado, bem como que sejam explicitadas as razões de convencimento do julgador, após analisados todos os argumentos desenvolvidos.

Assim considerada a jurisdição, chega-se à perspectiva de que se encontra ínsita em tal noção a idéia de eficiência. Ou seja, por se tratar de função do Estado, de atividade-dever que lhe incumbe, deve pautar-se pelo princípio da eficiência, que deve reger não somente a administração pública (art. 37, *caput*, Constituição Brasileira de 1988), mas todas as funções estatais exercidas.

Portanto, enquanto função estatal, a jurisdição tem por dever jurídico a eficiência e a adequação, pressupondo que os órgãos jurisdicionais obedeçam à ordem jurídica e utilizem meios racionais e técnicas avançadas para que tal atividade seja prestada tempestivamente, por meio da garantia constitucional do devido processo legal, de modo a realizar o ordenamento jurídico e propiciar um resultado útil às partes.¹⁶

¹⁶ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 155.

Contudo, como será melhor examinado oportunamente, não se deve confundir a eficiência jurisdicional com a efetividade processual¹⁷, uma vez que esta relaciona-se com a observância dos direitos e garantias fundamentais na construção dos procedimentos, com a participação democrática e isonômica entre os destinatários do ato final.

Partindo-se, assim, da idéia de que o direito de acesso à jurisdição é fundamental, e não engloba meramente o direito à provocação do Estado-Juiz, mas também o direito de se obter uma prestação jurisdicional tempestiva e eficiente, que seja, de fato, apta a resguardar os direitos violados, passou-se a buscar formas de modificar o quadro de extrema morosidade jurisdicional que assola a realidade brasileira, especialmente a partir do momento em que é constitucionalmente garantida a razoável duração dos procedimentos.

Ressalte-se, tão somente, que, na perspectiva ora adotada, a razoável duração dos procedimentos, constitucionalmente consagrada, não é a busca desenfreada por celeridade, mas sim a garantia de que o processo transcorra sem dilações indevidas, respeitados os prazos e todas as garantias processuais fundamentais.

Nesse diapasão, surge o desafio de se encontrar uma solução para o aumento do número de conflitos de interesses e a conseqüente morosidade em sua solução.

Desse quadro, propiciou-se o advento de equivocadas idéias que vêm na atual sistemática de garantias processuais a grande vilã da morosidade jurisdicional, crendo-se que as intermináveis reformas a que se propõem reestruturarão e resolverão os problemas da jurisdição no Brasil.

Dessarte, verificando-se no atual sistema processual brasileiro uma busca desenfreada e por muitas vezes sem limites pelas chamadas “celeridade processual” e “razoável duração do procedimento”, questiona-se se, para alcançar tais fins, seria realmente necessário mitigar ou suprimir quaisquer das outras garantias processuais fundamentais, asseguradas pela Constituição da República de 1988.

A indagação que se revela é, desse modo, se não existiria possibilidade de coexistência harmônica entre ambos, perquirindo-se também quais outros meios possíveis para se alcançar celeridade e razoável duração, respeitando-se,

¹⁷ RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. Teoria Geral da Efetividade do Processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 1, n. 1, p. 90-107. Belo Horizonte, 1º. Sem. 1998.

concomitantemente, o devido processo legal, constitucionalmente previsto, e, por conseguinte, resguardando a legitimidade dos provimentos estatais.

O primeiro passo que se mostra necessário para promover essa compatibilização é verificar qual a noção de processo e de jurisdição que deve ser tomada como adequada ante a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, fazendo-se necessário, para tanto, uma análise da evolução das teorias acerca do tema.

2.1 Evolução teórica das noções de processo e jurisdição

Tratando-se de examinar a compatibilidade entre as garantias fundamentais e a razoável duração dos procedimentos e celeridade de tramitação, imprescindível que se aponte, anteriormente, as compreensões de processo e jurisdição a serem adotadas, cabendo, neste particular, uma análise da evolução teórica dessas noções.

Tal estudo se mostra indispensável, de modo a situar as noções de processo e jurisdição dentro de uma perspectiva adequada ao Estado Democrático de Direito que, embora constitucionalmente instituído em 1988, não se mostra, ainda, devidamente efetivado, especialmente pela adoção de acepções desvinculadas da idéia de um direito processual democrático.

Partindo de uma evolução teórica de tais noções, tem-se que o processo foi visto primeiramente como um contrato entre os litigantes, estabelecido a partir do momento em que os interessados compareciam espontaneamente em juízo para resolução do conflito, sendo que a jurisdição e o Estado, em si, restringir-se-iam a uma função homologatória dos pactos decorrentes.

Contudo, a proposição de Pothier revelou-se inadequada, considerando-se que o monopólio estatal pela jurisdição não faculta aos indivíduos alternativa para a composição da lide, sendo que o imperativo estatal emanado pela sentença prescinde de consentimento das partes.¹⁸

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 77-78.

Essa mesma crítica prospera em relação à teoria posterior, que encarava o processo como quase-contrato, também desconsiderando a natureza obrigatória da jurisdição e a prescindibilidade de consentimento do autor para o provimento estatal.

Os expoentes desse pensamento, Savigny e Guényvau, mantiveram-se ainda vinculados à dicotomia da dogmática jurídica entre direito público e privado e insistindo em alocar o processo nesta esfera, propugnando que este não decorreria da vontade livre, como um contrato, mas que tão somente produziria efeitos semelhantes ao de um contrato em razão da *litiscontestatio*, de modo a ter, portanto, natureza de quase-contrato.¹⁹

Após o advento de tais teorias, que, pelas críticas incidentes, não chegaram a perdurar em aplicação até a contemporaneidade, exsurtem as primeiras noções mais rebuscadas, embora não democraticamente adequadas, de processo e jurisdição.

A teoria que atribui ao processo a natureza de relação jurídica tem por expoente Oskar Bülow, a partir de sua obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, de 1868, na qual o autor situa o processo como matéria de direito público, definindo-o da seguinte forma:

“O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas provadas que constituem a matéria do debate judicial, apresentam-se totalmente como concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Esta se prepara por meio de atos particulares. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum. Esta atividade ulterior decorre também de uma série de atos separados, independentes e resultantes uns dos outros. A relação jurídica processual está em constante movimento e transformação”.²⁰

Em que pese o momento histórico de suas formulações, as proposições de Bülow ainda hoje orientam, de maneira predominante, a doutrina brasileira e, via de consequência, até mesmo as atividades legiferantes e jurisdicionais pátrias, apesar

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

²⁰ BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Campinas-SP: LZN, 2003, p. 6-7.

da inadequação destas ao Estado Democrático de Direito, como será oportunamente demonstrado.

Nada obstante, como marco evolutivo nas acepções de processo e jurisdição até então, é inegável a contribuição da teoria de Bülow, a partir do momento em que preconiza a autonomia do direito processual ante o direito material, delimitando pressupostos próprios de existência e validade do processo, sendo tal fato lembrado por Pontes de Miranda, que afirma que “com o livro de Oskar Bülow, sobre a teoria dos pressupostos processuais, começou, em 1868, a época construtiva da ciência do direito processual”.²¹

Relativamente ao tema, precisa a lição de André Leal:

“É que Bülow, assumindo esse posicionamento teórico, deixou, por um lado, de entender o processo como conseqüência direta da relação litigiosa de Direito Privado debatida pelas partes perante os tribunais, como entendiam seus antecessores. Ao mesmo tempo, por outro lado, demonstrou que o processo possuía regras especiais e princípios próprios que nenhuma vinculação guardavam com o Direito Material”.²²

Com efeito, verifica-se que, para Bülow, o processo seria uma relação jurídica pública e, até mesmo por isto, dinâmica, em contraposição ao caráter estático das relações de direito material. Tal relação desenvolver-se-ia entre os sujeitos do processo, juiz, autor e réu, que ocupariam posições jurídicas ativas e passivas, relacionadas ao exercício de poderes e faculdades pelas partes, bem como por um estado de sujeição em relação à jurisdição, poder do Estado-juiz.

Nesse particular já se torna perceptível uma das primeiras razões da inadequação da referida teoria ao Estado Democrático de Direito, haja vista a concepção de que o juiz seria a figura central da relação jurídica, personificador do exercício da jurisdição, em clara violação ao princípio constitucional da isonomia.

A respeito do tema, Wagner Bosque acentua:

“O vínculo de subordinação das partes ao magistrado e a própria idéia de ‘exigência de conduta’ de uma parte face à outra não se conciliam com a moderna concepção de Processo na vertente do vigente Estado Democrático de Direito. Neste paradigma, o Processo é validador, disciplinador e legitimador da atividade jurisdicional, verdadeira garantia de liberdade do cidadão. Todos os sujeitos do processo, aqui, estão em nível

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. XXIV.

²² LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 82

de igualdade e apenas a norma pode impor obrigações ou exigir condutas”.²³

Essa violação à isonomia restou ainda mais evidente com as reflexões propostas por defensores da teoria de Büllow, que propuseram modelos geométricos para discussão do modo pelo qual se manifestaria a relação jurídica entre autor, réu e juiz: angular, linear ou triangular.

De modo bastante sintético, tem-se que Wach defendia a triangularidade dessa relação, na qual o juiz representaria o vértice superior, com autor e réu nas extremidades da base do triângulo. De seu turno, Konrad Hellwig e Julius Planck propugnavam tratar-se de uma relação angular, onde autor e réu somente comunicar-se-iam por intermédio do juiz. Finalmente, Köhler asseverava que a relação estabelecia-se de modo linear, sendo o juiz o ponto médio de uma reta imaginária, exercendo uma função quase mediadora entre autor e réu.²⁴

De toda forma, a própria noção de relação jurídica mostra-se inadequada a uma acepção de processo e de jurisdição que tenham por base um direito democrático, haja vista que aquela importa em um vínculo entre as partes (aí considerados autor e réu), de modo que uma teria poder sobre a conduta da outra, podendo impor-lhe a prática de ato processual, como bem ressalta Aroldo Plínio Gonçalves:

“A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então seriam os sujeitos passivos da prestação”.²⁵

²³ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009, 122 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 19-20.

²⁴ AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de. et. al. *Processo, ação e jurisdição em Oskar von Büllow*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI, p. 26, notas 27, 28 e 29.

²⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 97.

Dessarte, verifica-se que, de per si, as noções de processo e jurisdição segundo a teoria da relação jurídica já se mostram inadequadas a uma perspectiva democrática, especialmente se considerando a submissão do processo como mero instrumento da jurisdição, sendo que tal problema agrava-se ante a introdução, por parte de teóricos adeptos à doutrina bulöwiana, de uma busca pela satisfação de escopos metajurídicos por meio do processo, em uma denominada visão instrumentalista do processo.²⁶

Para a consecução dessa teoria e sua aceitação dentre a maioria dos estudiosos ainda hodiernamente, há que se remontar historicamente às influências que fizeram com que a teoria bülowiana da relação jurídica ganhasse força no cenário nacional.

Dentre os discípulos de Bülow, Adolf Wach destacou-se e, no exercício da atividade acadêmica, lecionou ao italiano Giuseppe Chiovenda. De seu turno, este teve por alunos Francesco Carnelutti e Enrico Túlio Liebman, que vieram também a assumir papel de grande relevância no estudo do direito processual. Este último, inclusive, radicou-se no Brasil em 1939, após fugir da Itália em razão do regime nazi-fascista.

No Brasil, Liebman encontrou em doutrinadores destacados suporte às suas idéias, tendo por alunos, por exemplo, José Frederico Marques e Alfredo Buzaid, responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, sendo que nosso diploma normativo é permeado pela influência dos pensamentos de Liebman (e, via de consequência, de Carnelutti, Chiovenda, Wach e Bülow) e dos autores da chamada escola paulista de direito processual.

Relativamente ao tema, oportuno o comentário do próprio Cândido Rangel Dinamarco:

“A reforma de 1.973 não se caracterizou como repúdio a uma velha estrutura, ou aos seus pressupostos, com opção por uma nova, inspirada em novas e substanciais conquistas. Mesmo tendo sido elaborado com o declarado intuito de se constituir efetivamente em um novo estatuto e não em meros retoques à velha, o *Código Buzaid* foi ainda o retrato do pensamento jurídico-processual tradicional e, nesse plano, não havia tanto a modificar então como em 1.939. Urgia, sim, corrigir os defeitos evidenciados pela experiência trintenária e urgia também aperfeiçoar os institutos à luz dos maiores conhecimentos do direito processual, já incorporados à cultura brasileira na década dos anos setenta – graças,

²⁶ A respeito da instrumentalidade do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

particularmente, ao fecundo labor do Mestre Enrico Tullio Liebman e da brilhante plêiade por ele modelada na chamada *Escola processual de São Paulo*.²⁷

A visão instrumentalista do processo tem por principal expoente o respeitado processualista Cândido Rangel Dinamarco, representando também o principal marco da escola paulista de direito processual.

Contudo, as críticas apostas à teoria do processo como relação jurídica acentuam-se ainda mais quando analisada junto à visão instrumentalista do processo, que alia à natureza de relação jurídica uma instrumentalidade do processo à jurisdição e à satisfação de interesses de ordem extralegal.

Tal concepção forma o que a própria exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 denomina de “processo moderno”.

Dentro dessa concepção, a efetividade processual é assim entendida:

“Precisamos de juízes compenetrados da relevância social de sua tarefa e das repercussões que o respectivo desempenho produz no tecido da sociedade. Em época de crises reiteradas e de transformações profundas, como esta em que vivemos, o juiz vê-se convocado a dar mais que o mero cumprimento pontual de uma rotina burocrática. [...] sem a sua colaboração, por melhores leis que tenhamos, jamais lograremos construir um processo socialmente efetivo”.²⁸

Contudo, conforme será analisado adiante, em uma perspectiva democrática, efetividade processual não se mostra como sinônimo de celeridade, mas sim como um ganho de legitimidade pela obediência ao devido processo legal, sendo este o ponto de partida para a consecução de noções democraticamente adequadas de jurisdição e processo.

Posteriormente a tais noções de processo e jurisdição, outras teorias procuraram uma nova compreensão, como a que teve por expoente James Paul Goldschmidt, que por volta de 1925, apresentou o processo não mais como uma

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21-22.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 2, n. 11, mai/jun, 2001, p. 8.

relação estática de direitos e deveres entre sujeitos, mas como um fenômeno dinâmico, uma situação jurídica.²⁹

Outrossim, o processo seria um conjunto de situações jurídicas articuladas, que não guardavam relação direta com a sentença, que seria apenas um modo de resolução dos conflitos, sem necessário nexos causal em relação às situações criadas pelas partes no curso do procedimento.³⁰

Tal circunstância torna as partes reféns do arbítrio do julgador, revelando uma noção ainda inadequada de jurisdição, importando em total insegurança e incerteza processual, haja vista a caracterização do processo como um mero jogo de estratégia entre as partes, em que o juiz declararia, ao final, o vencedor, de acordo com sua consciência.

Nesse sentido, em acertada crítica à teoria de Goldschmidt, assevera Rosemiro Pereira Leal:

“Percebe-se que Goldschmidt, embora rompendo com a escola privatística e ortodoxa da relação jurídica, onde, como vimos, se põem as partes em vínculos subjetivos de subordinação, em que o juiz tem poderes e faculdades carismáticas na condução do processo, concebeu a sua teoria do Processo, como situação jurídica, em moldes de realização do processo pela atividade jurisdicional em que o provimento final (sentença) definia simplesmente um **duelo** entre as partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, segundo Goldschmidt, a sentença é uma resolução do conflito que não guardava “relação causal” com o processo, não passando os “direitos processuais” de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores”.³¹

As críticas a essa teoria não se resumem à desvinculação da sentença ao processo, incidindo também sobre a idéia de jurisdição para Goldschmidt, cuja acepção traz, intimamente ligados em seu bojo, as noções de justiça e direito, haja vista que para o autor o direito se inspiraria na idéia da justiça e a justiça seria a idéia do direito.³²

²⁹ MADEIRA, Dheniz Cruz. VELLOSO, Flávio Dolabella. MAIA JÚNIOR, Helvécio Franco. NEVES, Isabela Dias. Processo, Jurisdição e Ação em James Goldschmidt. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI, p. 58.

³⁰ MADEIRA, Dheniz Cruz. VELLOSO, Flávio Dolabella. MAIA JÚNIOR, Helvécio Franco. NEVES, Isabela Dias. Processo, Jurisdição e Ação em James Goldschmidt. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI, p. 64.

³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80.

³² GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 22.

Desse modo, em que pese a louvável tentativa de desvinculação da idéia de relação jurídica, também a teoria do processo como situação jurídica não se mostra suficientemente adequada e resistente às críticas a ponto de se caracterizar como marco adequado ao estudo de um processo e de uma jurisdição democráticos.

Nesse sentido, mostra-se também inadequada a construção do espanhol Jaime Guasp Delgado, para quem processo seria uma instituição condutora de resolução de conflitos no âmbito judicial, a partir dos valores consuetudinários e éticos e do direito praticado pelos tribunais. Instituição seria, deste modo, “não somente o resultado de uma combinação de atos tendentes a um fim, como também um complexo de atividades relacionadas entre si pelo vínculo de uma idéia comum objetiva”.³³

Verifica-se, desse modo, na construção de Guasp, a existência no corpo do processo de uma forte carga axiológica na construção da idéia de justiça, de modo a representar uma instituição responsável pela transposição dos valores sociais para decisão dos conflitos pelos juízes.

As críticas se fazem necessárias sem, contudo, deixar-se de reconhecer a contribuição do eminente jurista espanhol ao direito processual de sua época, rompendo com as idéias de processo como relação jurídica e construindo um aparato conceitual inovador, tendo por base o conceito sociológico de instituição e o processo como um instrumento dirigido à satisfação de pretensões diversas.

No entanto, para a efetivação de um Estado de Direito que se queira democrático, resta clara a inadequação da proposta de Guasp, não podendo o processo e a jurisdição serem considerados segundo realidade e premissas histórico-sociais.

Após todas essas concepções de difícil aproveitamento democrático, ganham destaque as proposições de Elio Fazzalari a respeito do processo e jurisdição, ofertadas no ano de 1978, podendo-se dizer que, no marco evolutivo dessas noções, inaugurou uma visão mais próxima a um direito processual democrático, com a oferta de construção do provimento de uma maneira compartilhada.

³³ CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. ROCHA, Libero Cristiano Leal da. PIMENTA, Luciana Pereira. A Teoria Processual de Jaime Guasp Delgado. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI, p. 145.

Para Fazzalari, o procedimento seria uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais previstos e valorados pelas normas, em que o ato antecedente é pressuposto de validade do ato subsequente, de modo sucessivo.³⁴

De seu turno, em atenção a um método taxionômico aristotélico, o processo seria uma espécie do gênero procedimento, que teria por especial qualidade o seu desenvolvimento em contraditório. Nas palavras de Fazzalari,

“O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros”.³⁵

Verifica-se, outrossim, que o autor italiano fora, verdadeiramente, o primeiro a realizar uma diferenciação verdadeira e satisfatória de processo e procedimento, escapando à confusa e tão disseminada idéia desde a teoria bülowiana (e ainda hoje pelos adeptos de uma visão instrumentalista do processo), de que o procedimento seria a manifestação extrínseca, fenomênica do processo.

Tratando da teoria fazzalariana, adequada a análise realizada por Aroldo Plínio Gonçalves:

“A contribuição definitiva para a renovação do conceito de procedimento, no Direito Processual, orgânica, sistematizada, coerente e lógica, vem de ELIO FAZZALARI, que partiu de uma bem estruturada visão do ordenamento jurídico e de um quadro conceitual muito bem definido para investigar as formas possíveis de “enucleação”, ou de conexões de normas, ou seja, de agrupamentos normativos vistos quanto à especial forma do entrelaçamento dessas normas; dos atos por elas regidos, não só na qualificação de sua juridicidade, mas na sua predicação quando tais atos são correlacionados com tais normas, para a caracterização do procedimento e do processo”.³⁶

³⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 93 e 114.

³⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 105.

Desse modo, rompendo com ideário da relação jurídica, o autor propugna que o conflito de interesses pode até constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas que só se poderá verdadeiramente falar em processo se constatadas a estrutura e o desenvolvimento dialético.³⁷

Portanto, sendo o contraditório o marco caracterizador do processo, exige-se, pela teoria estruturalista³⁸, que a participação das partes seja constante e em simétrica paridade.

Aroldo Plínio Gonçalves ensina:

“O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles”.³⁹

Também nesse sentido, assevera Cattoni:

“O processo caracteriza-se como uma espécie de procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos interessados, juntamente com o autor do próprio provimento, como no caso do processo jurisdicional, ou dos seus representantes, como no caso do processo legislativo. Os interessados são aqueles em cuja esfera jurídica o provimento está destinado a produzir efeitos. Mas essa participação se dá de uma forma específica, da-se em contraditório. Contraditório, mais do que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizado-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos

³⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8ª ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 120-121.

³⁸ Tal expressão refere-se à teoria fazzalariana e é de autoria de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, sendo citada pela primeira vez em: “BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. *In*: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana Diniz (coordenadores). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 248”. Como explica o referido autor em outra obra, a denominação “teoria estruturalista do processo” deve-se ao fato de que a teoria fazzalariana partiu da reconstrução da noção de procedimento, passando a encará-lo como um atividade preparatória do provimento, regulada por uma *estrutura normativa* de atos seqüenciais, sendo que “esta idéia de *estrutura normativa*, expressão utilizada oito vezes por Aroldo Plínio, no texto em que explana dita teoria, também adotada pelo próprio Fazzalari, ver-se-á em seguida, é que nos leva a chamá-la de *teoria estruturalista do processo*”. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. *In*: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana Diniz (coordenadores). *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 434)

³⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 113.

atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”.⁴⁰

Desse modo, o contraditório representaria o marco que possibilita a existência do processo e que o liga direta e verdadeiramente, pela primeira vez, a uma jurisdição democrática.

Nesse sentido é que se ousa apropriar dos ensinamentos de Fazzalari, cuja teoria serve como um dos marcos teóricos do presente estudo, para se afirmar que, se o contraditório é a especial qualidade que confere a um procedimento a natureza de processo, a sua supressão, sob quaisquer argumentos que sejam, desnatura a própria essência do instituto.

A teoria fazzalariana é de grande valia no estudo do direito processual democrático, extraindo-se suas principais contribuições, especialmente em sede de técnica procedimental, e aliando-as aos preceitos constitucionais e teorias posteriores desenvolvidas sob este prisma.

A partir do momento em que as garantias processuais passaram a ser progressivamente consagradas constitucionalmente em ordenamentos jurídicos de diversos países, iniciou-se uma releitura dos conteúdos do direito processual, visando à sua adequação aos ditames constitucionais e, especificamente no Brasil, ao Estado Democrático de Direito, instituído a partir da Constituição de 1988.

Esse movimento de constitucionalização do direito processual teve por precursor o jurista uruguaio Eduardo Couture⁴¹, seguido pelo mexicano Hector Fix-Zamúdio⁴² e por José Alfredo de Oliveira Baracho⁴³, vindo a culminar na construção teórica de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, em que propugnaram a existência de um modelo constitucional de processo.⁴⁴

⁴⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 449-450.

⁴¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

⁴² Brêtas, valendo-se de texto escrito por Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea em homenagem a Hector Fix-Zamúdio, afirma que já “no ano de 1956 surgem os primeiros textos deste autor, tratando do processo constitucional: *Derecho procesal constitucional, La garantía jurisdiccional de La Constitución mexicana, El proceso constitucional, Estructura procesal del amparo e La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional*”. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 92, nota 34.

⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

⁴⁴ *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionali del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1997.

A respeito da contribuição de Couture à criação de um direito processual constitucionalizado, adequada a análise feita por Bernardo Câmara, Gabriel Maciel, José Assis Júnior e Marcu Antônio da Silva Filho:

“Nas idéias de Couture, foram abertos em âmbito constitucional os caminhos para conceber a isonomia como igualdade estrutural do processo, ponto de igualdade discursiva entre as partes, princípio institutivo do devido processo constitucional.

Ademais, percebe-se que a teoria da ação de Couture, não obstante ainda veja o processo como um mero instrumento da jurisdição, levou-o a conceber o processo como instrumento de garantia de direitos assegurados constitucionalmente.

Com isso, Couture também oferece o embrião de um novo ramo da ciência jurídica: o Direito Constitucional Processual.

Enfim, é preciso reconhecer a Couture o mérito pelo surgimento dessa nova disciplina, que tanto se desenvolveu e contribuiu para o pensamento jurídico hodierno no tocante à teoria do processo e ao aperfeiçoamento da democracia”.⁴⁵

Também prestando relevante contribuição a uma noção constitucionalizada de processo e jurisdição, Baracho afirma:

“O Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista.

(...)

O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas.

(...)

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação”.⁴⁶

Considerando a necessidade de adequação da sistemática processual aos preceitos constitucionais, Andolina e Vignera propuseram a adoção de um modelo constitucional de processo:

“As normas e princípios constitucionais referentes ao exercício da função jurisdicional, se considerados na sua complexidade, permitem ao intérprete

⁴⁵ CÂMARA, Bernardo Ribeiro. et. al. Ação, jurisdição e processo em Couture. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI, p. 234-235.

⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. *Revista Forense*, vol. 337, Rio de Janeiro, jan/mar. 1997, p. 119-120.

desenhar um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária”.⁴⁷ (tradução livre)

Considerando, ademais, que, para se falar em um modelo constitucional de processo, antes de delinear características específicas, objetivas e subjetivas, era necessária a definição de características gerais, propôs-se um modelo constitucional do processo que poderia individualizar-se com base nos traços da expansividade, variabilidade e perfectibilidade.⁴⁸

A expansividade consistiria na idoneidade (tendo por base a posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) a condicionar de modo compatível ao modelo constitucional do processo a fisionomia dos procedimentos singulares jurisdicionais introduzidos pelo legislador ordinário.

A variabilidade, de seu turno, indicaria a possibilidade de assunção de formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional das figuras processuais pudesse vir segundo várias modalidades, em vista da persecução de escopos particulares, específicos.

Por fim, a perfectibilidade designaria sua idoneidade de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual pode construir procedimentos jurisdicionais caracterizados das garantias e institutos desconhecidos ao modelo constitucional.

Segundo Andolina e Vignera, portanto, tudo isso permitiria dizer que, no ordenamento jurídico italiano, depois da Constituição de 1948, o processo se tornou uma entidade, um modelo único e uma tipologia plúrima, sendo esta uma expressão que exprimiria eficazmente a idéia que se existe um só modelo constitucional do processo, existem também uma pluralidade de procedimentos jurisdicionais.⁴⁹

Andolina ainda enumera alguns pontos essenciais, em nível de garantias constitucionais processuais, inerentes aos modelo de processo e jurisdição traçados pela Constituição:

“- independência do juiz;

⁴⁷ ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionali del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1997, p. 7. No original: “*Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscetibile di formare l’oggetto di una esposizione unitária*”.

⁴⁸ ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionali del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1997, p. 9-11.

⁴⁹ ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionali del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1997, p. 11

- a estrutura participativa do iter de formação do produto judicial (centrada, portanto, no direito de defesa e de ação, no contraditório, na paridade de armas etc.);
- a transparência e a legalidade do produto judicial (o qual se realiza, sobretudo, seja pela obrigatoriedade de motivação dos provimentos jurisdicionais, seja através do controle de constitucionalidade da Suprema Corte de Cassação, sobre as decisões com conteúdo decisório e não recorríveis de outra forma);
- a efetividade da tutela jurisdicional (que impõe, e justifica, o recurso às medidas cautelares, sejam assecurativas, sejam antecipatórias, todas as vezes em que a duração do processo e a espera, portanto, de uma sentença de mérito, ponha em risco o bem da vida sobre o qual versa o conflito).⁵⁰

Tratando desse modelo constitucional de processo, André Cordeiro Leal ensina que

“Andolina e Vignera buscaram demonstrar, em análise objetiva e subjetiva, que é forçoso entender o processo como *modelo constitucionalizado* a ser obedecido na construção dos procedimentos na infra-constitucionalidade. O contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais. E a teoria constitucionalista do processo encampa o ensino, como se verá, desses insignes juristas pelas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho”.⁵¹

Outrossim, verifica-se que a teoria constitucionalista, aliada às noções até então trazidas pela teoria estruturalista de Fazzalari, permite iniciar uma compreensão mais adequada e democrática de processo e jurisdição, passando pelas noções de devido processo, contraditório, ampla defesa e isonomia como garantias fundamentais.

Nesse sentido, aduz Baracho:

“o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exeqüíveis”.⁵²

⁵⁰ ANDOLINA, Italo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul/set. 1997, p. 64-65.

⁵¹ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Mandamentos: Belo Horizonte, 2002, p. 88.

⁵² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º 1999, p. 90.

Contudo, há que se ressaltar que a teoria constitucionalista do processo ainda é vista com ressalvas por alguns estudiosos, afirmando ser esta insuficiente à construção de um direito processual que, de fato, efetive o Estado Democrático de Direito instituído a partir de 1988, ao principal argumento de que foi construída a partir da dogmática jurídica, tendo realizado tão somente um traslado da teoria bülowiana para o nível constitucional.⁵³

Nesse íterim, exsurtem as proposições oferecidas à crítica por Rosemiro Pereira Leal, no sentido de uma teoria do processo como instituição juridificante da norma, instituidora do direito, que se firma pelo estudo dos princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A teoria neo-institucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, apresenta-se como uma teoria que propõe a adequação da noção de processo ao constitucionalismo democrático na pós-modernidade.

Para tanto, o autor retoma o conceito de instituição, definindo-a, contudo, não mais como Guasp ou Hauriou:

“A palavra instituição em nossa teoria não tem o significado que lhe deram Hauriou, Guasp, ou que lhe possam dar os cientistas sociais e econômicos antigos ou modernos. É que **instituição** não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de **conjunto** de princípios e institutos **jurídicos** reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de **procedimentos** estabelecidos em modelos legais (**devido processo legal**) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”.⁵⁴

Verifica-se, com efeito, que na oferta da referida teoria à crítica, o autor, após analisar e aproveitar-se de alguns dos avanços conduzidos por Fazzalari e na teoria constitucionalista, apresenta o processo como um conjunto principiológico de direitos fundamentais constitucionalizados.

Conforme preconiza Rosemiro Pereira Leal,

⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91

⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 86.

“O **processo**, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado (povo icônico). A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama condutora de uma Sociedade Jurídico-Política sob denominação de **Estado Democrático de Direito**, como se lê no art. 1º da CR/88 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no ordenamento constitucional e não mais das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano nacional”.⁵⁵

Com efeito, a teoria neo-institucionalista do processo busca oferecer uma adequada compreensão da jurisdição e das bases legitimantes do Direito, rompendo com a idéia de que o poder exercido por agentes estatais seria a base de todo provimento.

Segundo a teoria neo-institucionalista, a partir do momento em que a Constituição proclama a opção por um Estado Democrático de Direito, já se coloca sob a regência do processo, enquanto instituição constitucionalizada, para realização, recriação e aplicação dos direitos previstos pelo discurso constitucional.⁵⁶

Para o expoente da teoria neo-institucionalista, Rosemiro Pereira Leal, esta teria, portanto, como um dos principais marcos diferenciadores em relação à teoria constitucionalista, a participação do povo, entendido como comunidade jurídica, de modo a transcender as meras propostas de instrumentalização de soluções de conflitos em uma sociedade pressuposta:

“Na teoria neo-institucionalista, o **processo devido** (direito-a-advir) é institucionalizante do sistema jurídico por meio de uma principiologia autodiscursiva (contraditório, isonomia, ampla defesa) fundante de uma procedimentalidade a ser adotada como hermenêutica de legitimação auto-includente dos destinatários normativos nos direitos líquidos, certos e exigíveis já assegurados no discurso constituinte da constitucionalidade. Entretanto, os operadores processuais da Teoria Constitucionalista são apenas garantidores de uma ordem jurídica constitucional a ser concretizada pelo *médium* lingüístico estratégico de uma jurisprudência das altas cortes de justiça (Cortes Constitucionais) que decidem em juízos de conveniência, equidade, proporcionalidade e adequabilidade, à resolução dos litígios e não na redução dos conflitos estruturais”.⁵⁷

⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 87.

⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89.

⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 91.

Finalmente, mas sem quaisquer pretensões de esgotar o estudo do tema, posto que o próprio autor da teoria não a vê como uma ordem de pensamento acabado, tem-se que a teoria neo-institucionalista considera o processo instituição instrumentadora e legitimadora da jurisdição, que funda suas bases sob princípios considerados institutivos, a saber, especialmente, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, que oportunamente serão mais bem estudados.

Portanto, estudadas as principais teorias que se ocuparam de apresentar noções acerca da jurisdição e do processo, tem-se que, após o exercício de uma crítica epistemológica e refutação científica, emergem como adequadas as proposições oferecidas pelas teorias estruturalista, constitucionalista e neo-institucionalista.

Conciliando as noções de processo e jurisdição a partir desses estudos, pode-se vislumbrar uma compreensão democraticamente adequada dos institutos, da qual sobressai que a jurisdição é um direito fundamental, que consiste em uma atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos constitucionalmente indicados, mediante provocação e a imprescindível garantia do processo constitucional, sendo este o responsável pela legitimação democrática das decisões.

2.2 A morosidade jurisdicional

A realidade processual brasileira reflete uma situação de demasiada morosidade jurisdicional, ocasionada tanto pelo acúmulo e sobrecarga de processos a serem analisados quanto pela insuficiência quantitativa dos profissionais respectivos.

Contudo, trata-se de um problema que, a princípio, não é exclusividade brasileira, sendo que as preocupações e os estudos em diversos países mostram-se voltados à consecução de soluções legítimas, no intuito de imbuir a jurisdição de maior eficiência e tempestividade.

Para que se vislumbre a universalidade do problema, pode-se citar exemplo trazido por Brêtas, de um caso noticiado pela imprensa italiana no ano de 2006 (jornal *La Nazione* – suplemento *Toscana & Ligúria*, nº 187, edição *domenica*, de 9/7/2006, p. 1), dando conta de um processo que tramitou durante oito anos, de

1998 a 2006, envolvendo uma pretensão indenizatória em favor da irmã de uma vítima fatal, que veio a óbito em razão da inércia de médicos do Hospital *di Lucca*, por não terem realizado uma necessária cirurgia no paciente, portador de distúrbios mentais, que havia ingerido um palito de dente.⁵⁸

Ademais, considerando a garantia de razoável duração dos procedimentos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem determinado a alguns Estados o pagamento de indenização aos jurisdicionados prejudicados nos procedimentos que não tenham se desenvolvido em lapso temporal razoável.

Nesse sentido, vale colacionar os dados de pesquisa feita por Brêtas, referente ao período de 1º de janeiro a 31 de maio de 2001, ocasião em que se verificou que a Corte Européia dos Direitos do Homem julgou cerca de 359 casos de violação dos direitos humanos ocorridos em diversos Estados membros da Comunidade Européia. Desses casos, 147 decisões se referiam à morosidade jurisdicional, sendo que os Estados foram condenados ao pagamento de indenização aos jurisdicionados por denegação de justiça. Relativamente a estes 147 casos, constatou-se que: 132 condenações eram da Itália; 4 condenações da França; 3 condenações de Portugal; 2 condenações da Polônia; 1 condenação da Hungria; 1 condenação da Turquia; 1 condenação da Grécia; 1 condenação da Eslováquia; 1 condenação de Luxemburgo e 1 condenação da Alemanha.⁵⁹

A título ilustrativo, pode-se citar caso específico, em que a Corte Européia de Direitos do Homem condenou o Estado italiano a indenizar uma litigante em 8.000.000 (oito milhões) de liras, por dano moral pela morosidade jurisdicional, ao argumento de que fora submetida a incerteza e ansiedade prolongadas quanto ao resultado e às repercussões do processo, em afronta ao art. 6º, inc. I, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que prevê o direito a que as causas sejam examinadas em prazo razoável.⁶⁰

Contudo, verifica-se que, por diversas vezes, o problema é encarado sob enfoques equivocados, como, por exemplo, a proposta e efetivação de reformas

⁵⁸ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 458-459, nota 2.

⁵⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 202.

⁶⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional). In: FIUZA, Cesar Augusto de Castro. SÁ, Maria de Fátima Freire de. BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Temas atuais de direito processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 175-182.

legislativas em desobediência ao devido processo constitucional, sem uma real perquirição das causas da morosidade jurisdicional.

Esse movimento que aponta para a necessidade de re-sistematização do direito processual brasileiro tem hoje como um de seus principais fundamentos o inciso LXXVIII do art. 5º. da Constituição Brasileira de 1988, inserido pela Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, que incluiu entre o rol de direitos e garantias fundamentais a previsão de que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tendo por base tal disposição, passou-se, de modo prioritário e inadequado, a apontar o modelo ordinário do procedimento jurisdicional como o maior responsável pela demora na consecução do provimento estatal.

Nesse diapasão, em uma tentativa inconseqüente de implementação e operacionalização do referido princípio a qualquer custo, vêm sendo apresentadas muitas propostas de sumarização da cognição, de modo totalmente aviltante às garantias constitucionais, especialmente as do contraditório e ampla defesa.

O Conselho Nacional de Justiça elaborou, por meio de seu departamento de pesquisa judiciária, um levantamento denominado “A Justiça em números”⁶¹, valendo colacionar, a título exemplificativo, as conclusões relativas às taxas de congestionamento de procedimentos junto à justiça estadual de Minas Gerais, onde, no ano de 2008, foram julgados, em primeira instância, 943.134 processos, com um número de 985.361 casos novos em primeira instância e de 2.114.892 de casos pendentes na primeira instância, com uma taxa de congestionamento de 69,6%, segundo os índices do Conselho Nacional de Justiça.⁶²

Alie-se a todos esses fatores uma média aproximada, no Estado de Minas Gerais, de cinco magistrados e sessenta e oito servidores públicos efetivos a cada cem mil habitantes.⁶³

⁶¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *A justiça em números – 2008*. Brasília, junho de 2009. disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf. Acesso em 16 de abril de 2010, p. 257

⁶² O indicador da taxa de congestionamento se calcula pela quantidade de processos pendentes de sentença que extinguem o processo na primeira instância em relação aos em tramitação no período (casos pendentes de julgamento somados aos casos novos).

⁶³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *A justiça em números – 2008*. Brasília, junho de 2009. disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf. Acesso em 16 de abril de 2010, p. 209-210 e 213-214.

Tendo por base esse mesmo índice, a Justiça Estadual apresentou, em âmbito nacional, uma média de 79,6% de congestionamento, sendo que o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça apresenta um volume de 9.258.589 de procedimentos julgados, enquanto houve 12.250.758 novos casos e 33.145.844 pendentes de apreciação.⁶⁴

Todavia, faz-se oportuna a ressalva de que a apresentação de tais dados estatísticos não reflete uma conferência de inquestionável credibilidade científica a estes, mas tão somente um relance a índices aproximados e exemplificativos do quadro de morosidade jurisdicional (que pode ser ainda mais tormentoso do que o ora apresentado), que devem ser recebidos com as reservas de praxe, como esclarece Brêtas, em referência a trabalho de Moniz de Aragão, acerca de alguns índices estatísticos exibidos por setores do judiciário.⁶⁵

Com supedâneo em tais considerações, faz-se necessária uma análise preliminar das efetivas causas da morosidade jurisdicional, para a consecução de formas legítimas para melhoria de tal quadro.

Primeiramente, tem-se que, a partir da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, com a busca pela redemocratização do país, procurou-se facilitar o acesso à jurisdição, tendo em vista o caráter de fundamentalidade de que esta goza.

Contudo, não se aliou as previsões dos discursos normativos constitucional e infraconstitucional a ações estruturais, não tendo o Estado aparelhado devidamente os órgãos jurisdicionais, em nível material e funcional, para atender de modo eficiente à referida demanda.

Nesse sentido, tem-se as lições de Adhemar Maciel, para quem

“O governado passou, com a redemocratização do País, a reclamar e a clamar por seus direitos em todas as áreas. Como aumentou demasiadamente a demanda dos serviços judiciais, e o número de juízes não cresceu na mesma proporção, há fatal estrangulamento dos serviços”.⁶⁶

⁶⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *A justiça em números – 2008*. Brasília, junho de 2009. disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf. Acesso em 16 de abril de 2010, p. 257.

⁶⁵ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 461, nota 6.

⁶⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, n. 97, jan/mar. 2000, p. 21-22.

Com efeito, a estagnação dos órgãos incumbidos pelo exercício da função jurisdicional contrasta com o aumento da busca por soluções de conflitos em juízo, consideradas especialmente as deficiências materiais de aparelhamento, além do notório desequilíbrio entre o número de juízes e servidores relativamente ao de cidadãos.

Ademais, outro fator comumente olvidado em relação à morosidade jurisdicional são os chamados tempos mortos do processo, em que o feito permanece aguardando despachos ou outros atos de mero expediente, sem quaisquer conseqüências, dentro dos chamados prazos impróprios.

A respeito do tema, discorre Brêtas:

“Quando os órgãos jurisdicionais descumprem essas normas do ordenamento jurídico, relativas aos prazos, o que é prática ilícita corriqueira no Estado brasileiro, a jurisdição se apresenta morosa, intempestiva e ineficiente, ao contrário do que comumente se fala – “processo moroso” – de forma tecnicamente inadequada. Na realidade, não é o processo que se mostra moroso, mas morosa é a atividade essencial e monopolizado pelo Estado denominada jurisdição, até porque, normalmente, as partes cumprem os prazos que lhes são impostos, a fim de lhes afastar a inexorável preclusão temporal, que é a perda do direito à prática do ato processual pelo decurso do prazo. Os órgãos jurisdicionais do Estado brasileiro é que, sistemática e ilicitamente, não cumprem os prazos que o ordenamento jurídico lhes determina para a prática dos atos jurisdicionais nos processos, sem que nada aconteça aos agentes públicos julgadores infratores”.⁶⁷

Tais prazos impróprios, fixados apenas como referencial para a prática do ato, sendo que seu descumprimento não acarreta preclusão ou situação desfavorável àquele que o descumpriu, afiguram-se como uma das principais manifestações das violações impingidas pela legislação infraconstitucional ao princípio da isonomia, pela via de injustificadas diferenciações de natureza material e processual entre o Estado e seus agentes e os jurisdicionados.

Desse modo, o que se vislumbra como a principal causa para a morosidade jurisdicional é o descumprimento dos comandos legais, especialmente pela inobservância de prazos e não efetivação de uma adequada estruturação dos órgãos jurisdicionais.

⁶⁷ BRÊTAS DE. C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 144.

Contudo, também esse descumprimento tem causas que devem ser consideradas como antecedentes da morosidade jurisdicional, a saber: a falta de estrutura física dos órgãos jurisdicionais; a compreensível inaptidão dos juízes em gerenciamento do pessoal de seus quadros técnicos e dos recursos físicos disponíveis; a falta quantitativa de servidores e qualitativa dos que lá se encontram; desproporcionalidade entre o número de juízes e servidores e o número de feitos a serem analisados.

Alie-se a tudo isso e ressalte-se a mentalidade dos chamados operadores do direito, aí incluídos estagiários, servidores, membros do Ministério Público, advogados e magistrados, que, em sua grande maioria, continuam a enxergar o processo como mero instrumento e as garantias processuais como meras formalidades que atrasam o curso do procedimento, sendo dever do juiz, enquanto protagonista de uma relação processual, usar de sensibilidade para decidir conforme um critério subjetivo de justiça.

A modificação de mentalidade também interfere na morosidade jurisdicional, devendo também ser repensada, a partir do momento em que, ainda hoje, acredita-se que o juiz seja um sujeito superior às partes e tenha o poder de perseguir a justiça ou a paz sociais, a qualquer custo, com total despreendimento ao devido processo legal.

Tal protagonismo judicial por muitas vezes é esquecido, mas é também um fator que possibilita o surgimento de decisões esdrúxulas, ilegítimas, que afrontam às leis e à Constituição, e que dão ensejo ao exercício do direito de recurso, enquanto prolongamento do processo.

Com efeito, verifica-se que muitas causas podem ser apontadas como responsáveis diretas ou indiretas pela morosidade jurisdicional. Contudo, partindo de uma análise constitucional e democrática como a que ora se pretende fazer, em momento algum as garantias fundamentais do processo afiguram-se como vilãs da eficiência jurisdicional e da efetividade processual.

2.3 Efetividade processual e eficiência jurisdicional

As noções de efetividade do processo, bem como a de eficiência jurisdicional apresentam-se intrinsecamente relacionadas à razoável duração dos procedimentos e à celeridade de tramitação, de modo a haver, por algumas vezes, equiparações de significados ou mesmo acepções equívocas dos termos.

Não é apenas o direito fundamental à jurisdição que é conferido às pessoas, mas também o direito de que tal atividade estatal seja prestada em tempo razoável, conforme expresso no art. 8º, alínea I, do Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao direito brasileiro, e positivado constitucionalmente no inciso LXXVIII da Constituição Brasileira de 1988, mais recentemente.

Consagrando-se a jurisdição como direito fundamental, chega-se à perspectiva de que se encontra ínsita em tal noção a idéia de eficiência. Ou seja, por se tratar de função do Estado, de atividade-dever que lhe incumbe, deve pautar-se pelo princípio da eficiência, que deve reger não somente a administração pública (art. 37, *caput*, Constituição Brasileira de 1988), mas todas as funções por ele exercidas.

Ronaldo Brêtas, responsável pelo desenvolvimento da idéia de eficiência jurisdicional, leciona a respeito:

“Primeiramente, observamos que não se pode compreender o princípio da eficiência somente recomendado aos órgãos administrativos, como estaria a indicar uma interpretação meramente literal do texto da Constituição, admitindo-se, a partir daí, de forma absurda, que pudessem ser ineficientes os demais órgãos do Estado, ou seja, os órgãos legislativos e jurisdicionais. Na realidade, se bem interpretado, o que o texto constitucional está preconizando – de forma abrangente – é a *eficiência do Estado*, princípio ao qual estão condicionados, em razão disso, além dos órgãos administrativos, também os órgãos legislativos e os órgãos jurisdicionais”.⁶⁸

A jurisdição, segundo Brêtas, é função estatal e, por força de recomendação constitucional, tem por dever jurídico a eficiência e a adequação, de modo a afastar a idéia de serviço público jurisdicional defeituoso, que não funcione ou que o faça de modo não diligente e satisfatório.⁶⁹

Tal eficiência jurisdicional não precisa, para sua consecução, do desrespeito a quaisquer garantias fundamentais, bastando o cumprimento das

⁶⁸ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 154.

⁶⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 155.

regras constitucionais, podendo-se citar: I - número de juízes proporcional à demanda e à população (art. 93, inciso XIII); II - atividade jurisdicional ininterrupta (art. 93, XII), com realização de audiências no período de 06:00 às 20:00 horas; III - distribuição imediata dos autos em todos os graus de competência (art. 93, XV); IV – gerenciamento da máquina judiciária por profissionais habilitados, sem acúmulo das atribuições jurisdicionais com funções de diretor do foro; V - delegação de competência para a prática de atos de administração e de atos jurisdicionais sem caráter decisório (art. 93, XIV).⁷⁰

De seu turno, a efetividade encontra-se ligada à legitimidade que decorre do atendimento ao devido processo, como se extrai dos ensinamentos de Andréa Alves de Almeida:

“A efetividade processual, no paradigma democrático, aproxima-se assim do conceito de legitimidade, ou seja, somente é possível quando os destinatários das normas se considerarem seus autores. São os destinatários da normatividade legislada que efetivam o ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal, mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis. Não há como operacionalizar a democracia pelos órgãos jurisdicional, legislativo e executivo por si mesmos, pois a democracia é um sistema aberto e nenhuma das esferas do Estado pode pressupô-la e/ou absolutizar valores como corretos e universais. Na razão (concepção) discursiva, a efetividade processual se dá e se preserva pela regência do devido processo constitucional na atividade legiferante e jurisdicional”.⁷¹

Dessa forma, fala-se em efetividade do direito, do processo e pelo processo quando há observância dos direitos e garantias fundamentais processuais no desenvolver dos procedimentos e na construção dos provimentos, com participação democrática e isonômica entre os destinatários do ato final.

O processo é efetivo, pois, quando desenvolvido de acordo com o devido processo constitucional, assegurando às partes participarem isonomicamente na construção do provimento, e não quando se fizer valer uma celeridade desmedida e violadora das garantias constitucionais.

⁷⁰ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: *Constituição e Processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*: Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 117.

⁷¹ ALMEIDA, Andréa Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, vol. IV, p. 89.

Contrapõe-se, assim, à visão instrumentalista do processo, para a qual a efetividade do processo se dá pelo cumprimento adequado das sentenças judiciais, com o processo concedendo à atividade jurisdicional o papel de idealizador e realizador prático da Justiça.⁷²

Esta equivocada compreensão coloca a efetividade em um plano no qual os afetados pela decisão são meros espectadores dentro do processo, ampliando-se os poderes do magistrado ao argumento de desformalizarem o direito para a consecução da justiça social⁷³, sendo esta uma perspectiva que não se coaduna com a idéia de Estado de Direito Democrático.

Tratando dessa perspectiva desvirtuada e antidemocrática de efetividade processual, Elpídio Donizetti Nunes realiza acertadas e pertinentes críticas ao por ele chamado “mito do quanto mais ágil melhor”:

“O desvirtuamento do processo teve início quando o Estado, assumindo o monopólio da jurisdição, reservou para si uma posição de comando na relação processual. Essa nova concepção do processo – a da relação jurídica – possibilitou sua manipulação ideológica. Com sua atuação hipertrofiada, pôde o Estado transformar o processo no instrumento da jurisdição, ou seja, colocá-lo a serviço dos desígnios do príncipe, inclusive para atingir desideratos políticos e sociais. Assimilada essa extraordinária carga ideológica, o instrumento estava pronto para ser manejado não só para construir a decantada “ordem jurídica justa”, mas, inclusive, para mostrar aos súditos que o Estado não está em mora no quesito “pacificação da sociedade”, tanto que a máquina judiciária funciona a todo vapor. Para atingir esse escopo político-demagógico, dois ingredientes mágicos passaram a adornar o instrumento: a celeridade e a efetividade”.⁷⁴

Assim, segundo preconiza Elpídio Donizetti Nunes, é necessário alcançar o verdadeiro sentido de efetividade, que contemple mais do que a mera velocidade com que são proferidas as decisões, abarcando também as garantias processuais, responsáveis por legitimá-las.⁷⁵

Nesse mesmo sentido é a pertinente crítica de Rosemiro Pereira Leal:

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷³ ALMEIDA, Andréa Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, vol. IV, p. 81-103, p. 83.

⁷⁴ DONIZETTI NUNES, Elpídio. Jurisdição, Judicção e Tutela Legal na Teoria do Processo Contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 234-235.

⁷⁵ DONIZETTI NUNES, Elpídio. Jurisdição, Judicção e Tutela Legal na Teoria do Processo Contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 237.

“Compreende-se equivocadamente a *efetividade do processo* como um bem de consumo a ser oferecido numa decisão judicial (prestação jurisdicional?!) apoiada em essências de valores colhidos num mundo político e social fora do processo pelo afastamento judicativo de abomináveis ‘*mazelas do direito positivo*’ e dos ‘*casuímos legislativos*’. Põe-se, erroneamente, o processo como instrumento de uma jurisdição judicial portadora e garantista de um sentimento de Constituição e de Justiça que seria o ‘*único sentimento capaz de adequadamente assegurar solidez à ordem jurídica de um Estado democrático de direito*’.”⁷⁶

Desse modo, resta claro que a efetividade processual não guarda exclusiva relação com celeridade, de modo que a violação às garantias do devido processo constitucional, sob o pretexto de maior agilidade procedimental (em referência estratégica ao disposto no art. 5º., inciso LXXVIII da Constituição) é estimular ainda mais os tão propagados discursos de interditalidade, destoantes de um direito processual democrático.

De tal forma, mostra-se inadequada a confusão que por vezes se verifica, no sentido de enunciar que a previsão contida no inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988 refletiria o princípio da efetividade do processo.

Tal princípio não se revela segundo a boa ou má qualidade da jurisdição, ou de acordo com a celeridade e a duração do procedimento, mas pelo respeito às garantias fundamentais na construção dos provimentos.

Em que pese serem noções próximas e interligadas, efetividade, celeridade e razoável duração não são sinônimos. O princípio da efetividade aponta para o ganho de legitimidade para o sistema jurídico por meio do atendimento ao devido processo legal.

2.4 Princípios norteadores do processo e da função jurisdicional

O estudo preliminar acerca de uma teoria dos princípios mostra-se fundamental à compreensão de sua importância e da função que desempenham frente a uma noção democrática de processo e jurisdição.

⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 127.

Nesse sentido, vale remontar às lições de Brêtas, que, passando pela evolução do tema e pelas doutrinas e ensinamentos de Flórez-Valdez, Delgado e Canotilho, assinala que os princípios poderiam assumir funções interpretativas, enquanto proposições ideais que contribuiriam para a compreensão de regras incorporadas ao ordenamento jurídico; funções supletivas, à medida que atuam como fontes normativas subsidiárias, em casos de lacuna ou omissão normativa; e funções normativas próprias ou normogénéticas, no sentido de estarem os princípios na base do sistema jurídico, e por tal razão, proporcionarem fundamentação de direito, na condição de normas jurídicas efetivas, com força vinculante e não somente como enunciados programáticos.⁷⁷

Canotilho, tratando da perspectiva teórico-jurídica de um sistema notadamente principialista, acentua que:

“O sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de Direito; são exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Em virtude da sua referência a valores ou da sua proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios têm uma função normogénética e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional. Compreende-se, assim, que as regras e os princípios, para serem activamente operantes, necessitem de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática: o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma 'law in the books' para uma law in action para uma 'living constitution'”.⁷⁸

Tratando-se do Estado Liberal, no que tange aos princípios, é válido destacar a adoção das diretrizes básicas da igualdade, liberdade e fraternidade, próprias da Revolução Francesa, na qual o magistrado era a “boca da lei”, e extraia do direito positivo toda a base para a resolução dos casos conflituosos.

Sob as bases do liberalismo, destacou-se o desenvolvimento do Positivismo Jurídico de Hans Kelsen, que propugnava uma Teoria Pura do Direito, na qual fossem apartados todos os aspectos metajurídicos, de tal arte que, concebendo-se o

⁷⁷ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121-123.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1089.

Direito como sistema fechado de regras, não seria admissível se recorrer aos princípios.⁷⁹

Nesse diapasão, os princípios, durante o período do positivismo, limitavam-se à posição de fontes normativas subsidiárias, sem qualquer poder de vinculação, com conteúdo definido pelo ordenamento jurídico positivo.

Atribuía-se, nessa época, pouca importância aos princípios, conforme ensina André Cordeiro Leal:

“Se a sistematização era dada pela hierarquia legal, pouca importância se atribuía aos princípios. Nessa concepção, somente serviriam ao suprimento de eventuais lacunas legais, e, por consequência, à reafirmação da quase absoluta suficiência das regras jurídicas e de seu alto grau de previsibilidade quanto aos fatos sociais. A tese se afirmava pela vedação legal ao juízo do *non liquet* (negativa de pronunciamento jurisdicional apoiada no argumento da inexistência de normas). O dogma da completude do ordenamento jurídico era necessário ao movimento de contínua concentração da produção do Direito pelo Estado e, portanto, ao enfraquecimento de fontes normativas não-estatais. No entanto, ele acabava por ressaltar, em face de problemas de decidibilidade em casos concretos, as aporias que os positivistas afirmavam inexistentes em um ordenamento perfeito”.⁸⁰

No modelo Social, o Estado assumiria uma função paternalista, sendo válida a lição de Cattoni, que assevera que, neste período, o Direito é entendido “como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas fins, realizados no limite do possível”.⁸¹

Sob tal perspectiva, verificou-se a tentativa de materialização dos direitos que, anteriormente, eram meramente formais, com o Estado prestando serviços e concedendo aos cidadãos direitos sociais.

De forma diversa do modelo liberal, no Estado social os juízes, enquanto agentes estatais, não se limitavam a agir como a “boca da lei”, aplicando mecanicamente a lei subsumida ao fato.

Nessa compreensão, o juiz seria a “boca do direito”, sendo digno de nota o estabelecimento, nesse período, de novos métodos hermenêuticos de análise, como

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.

⁸⁰ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 36.

⁸¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, 2002, p. 56.

o teleológico, o histórico e o sistêmico, que, segundo lição de Menelick de Carvalho Netto, são “capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais”.⁸²

Dessarte, os princípios, no Estado Social, tinham caráter programático, migrando de uma perspectiva eminentemente civilista para uma constitucional.

Os princípios, em que pese terem sido transpostos para o plano constitucional, não tinham eficácia plena, ao passo em que o Estado mostrava-se incapaz de implementar os referidos direitos sociais e atender à demanda dessa sociedade civil pressuposta.⁸³

A partir da segunda metade do século XX, incorpora-se a idéia de que os princípios não mais poderiam ser admitidos em caráter de supletividade em relação às regras jurídicas, sendo tratados, a partir de então, em regime de igualdade, marcando-se assim o pensamento da escola pós-positivista.

Tratando do pós-positivismo, Luis Roberto Barroso assevera:

“O pós-positivismo identifica um conjunto de idéias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro”.⁸⁴

Os princípios conquistaram, a partir de então, o *status* de norma jurídica, ficando, ao menos em tese, superada a convicção de que estes situar-se-iam em um

⁸² CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). *Direito Civil e Processo - Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 1, p. 1136-1141.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47

plano meramente axiológico ou ético, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.⁸⁵

Tendo se tratado, pois, da etapa de constitucionalização dos princípios jurídicos, verifica-se a coincidência desse período com o de atribuição de normatividade jurídica a estes.

Nesse período específico, destacam-se as teorias de Robert Alexy⁸⁶ e Ronald Dworkin⁸⁷, que contribuíram à idéia de princípios como normas de caráter vinculativo, definindo, cada qual, critérios para a diferenciação entre princípios e regras.

Segundo Alexy:

“regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.⁸⁸

Passando pela evolução dos conceitos e pelas próprias teorias de Alexy e Dworkin, Humberto Ávila propõe que:

“As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.⁸⁹

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78-79.

Segundo os ensinamentos de Alexy, tanto os princípios quanto as regras seriam normas jurídicas, residindo a distinção principal entre estas no fato de que os princípios seriam aplicados na medida mais elevada possível:

“Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.⁹⁰

Havendo, pois, conflito ou tensão entre princípios, buscar-se-ia uma aplicação harmonizada, onde todos atuassem em termos ótimos, na maior medida possível. Enquanto os princípios seriam, pois, mandados de otimização, as regras se situariam no campo do fático e do juridicamente possível, e que conforme relata Brêtas, tratando da teoria de Alexy,

“os princípios seriam preceitos à *primeira vista (prima facie)* enquanto as regras seriam *preceitos definitivos*, não sendo os princípios aplicáveis integral e plenamente em qualquer situação. A diferença entre regras e princípios, segundo referido doutrinador, seria qualitativa e não de grau, porque, afinal de contas, conclui, toda norma é bem uma regra ou um princípio”.⁹¹

Essa identificação de princípios com valores faz com que tanto a doutrina de Alexy quanto a de Dworkin incidam no equívoco de concentrar nas mãos do julgador o destino dos demais afetados pela decisão.

Não havendo padrões objetivos para tal escolha e ponderação de valores e princípios, culmina-se por retirar completamente dos destinatários normativos a possibilidade argumentativa.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

⁹¹ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 121.

Embora sejam relevantes as contribuições dos autores até então citados, especialmente para se traçar uma diferenciação entre princípios e regras, verifica-se que as mesmas não podem ser consideradas totalmente adequadas, se considerada uma perspectiva democrática, pois excluem a participação dos destinatários da normatividade.

Nesse sentido, adequada a lição de Rosemiro Pereira Leal:

“No mundo de hoje, em que as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, as decisões *secundum conscientiam* não têm substrato legal, porque adotam juízos de convicção íntima, sem que esta convicção esteja balizada em critérios legais. Atualmente, os princípios jurídicos se mostram fecundos em todas as legislações dos povos civilizados, não sendo mais acolhível apoiar-se em juízos de sensibilidade, clarividência e magnanimidade como fundamento dos provimentos jurisdicionais”.⁹²

Traçado esse quadro evolutivo, o que se vislumbra é que só se mostra possível o debate da principiologia, sob bases democráticas, a partir de uma análise da teoria do processo, considerada a evolução teórica já delineada, de modo a se possibilitar, a partir dos ensinamentos de Fazzalari e das teorias constitucionalista e neo-institucionalista, a compreensão do processo como instituição constitucionalizada que disciplina a jurisdição, os procedimentos e o devido processo legal e viabiliza a implementação de direitos fundamentais.⁹³

A respeito da principiologia sob a perspectiva democrática, válidas as lições de Rosemiro Pereira Leal:

“principiologia do processo na *teoria neo-institucionalista* exige o pressuposto jurídico-discursivo-autocrítico de exercício continuado de auto-ilustração e de fiscalidade incessante pelos sujeitos de direito (legitimados ao processo – POVO) sobre os fundamentos do sistema jurídico adotado como destinatários, autores e co-autores, da construção (efetivação) de uma **sociedade política** a partir do recinto (âmbito teórico-conjectural) de uma linguisticidade (texto) processualmente constitucionalizada. Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante da normatividade expressa em possibilidades juridificantes de uma **existência jurídica** não posta por **realidades sociais** autopoieticas nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos legislados”.⁹⁴

⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.

⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 124.

⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 507.

Apenas com base em uma noção de processo como uma instituição constitucionalizada, fundada sobre os princípios institutivos do contraditório, isonomia e ampla defesa, é que se pode chegar ao real conteúdo do processo, estudado sob uma ótica democrática. Isso porque, segundo Dheniz Cruz Madeira, nessa perspectiva, tais princípios:

“possibilitam um discurso incessante, garantindo uma fiscalidade irrestrita e a não petrificação do direito. A discussão isonômica, ampla e em contraditório acerca da aplicação ou não, de uma norma (bem como em torno da extensão de sua aplicação), fazem com que o *Direito não se dogmatize, não se petrifique*, à medida que sempre haverá reflexão em torno do caso concreto”.⁹⁵

Portanto, sob a ótica democrática, a principiologia do processo servirá como balizadora hermenêutica, e não como um estoque de valores passível de utilização solipsista pelo julgador. Deste modo, tendo por base a acepção proposta pela teoria neo-institucionalista, viabilizará ao povo, enquanto legitimados ao processo, a implementação e efetivação dos direitos fundamentais (vida, dignidade e igualdade), por meio de uma linguagem processualizada auto-inclusiva, que permite o compartilhamento da produção de sentido da normatividade.

A partir das lições extraídas das teorias processuais que contribuem à compreensão de um direito processual democrático, tem-se que os princípios auxiliam na passagem de um direito meramente homologatório e validador de uma realidade excludente e que legitima as desigualdades, para um direito juridificante, emancipatório, que trabalha o processo constitucional como legitimador da jurisdição.

A partir da Constituição de 1988, que elevou o processo a um novo patamar, este não mais pode ser encarado como relação jurídica entre autor, réu e juiz⁹⁶, seja angular, linear ou triangular.

⁹⁵ MADEIRA, Dheniz Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.) *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 135.

⁹⁶ BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

De igual modo, não mais se pode aderir à idéia que põe a jurisdição no centro do estudo do direito processual, apontando o processo como um instrumento da jurisdição, que visa à satisfação de escopos metajurídicos.⁹⁷

O processo, ao contrário, é que serve de baliza à jurisdição. É o processo quem faz atuar a jurisdição, devendo a teorização incidir seu foco sobre a garantia constitucional, e não sobre a jurisdição, como atividade do juiz.

A interpretação comumente dada à principiologia do Código de Processo Civil de 1973 coloca a jurisdição como atividade do juiz e este no centro do processo, como um ser mítico, dotado de uma prodigiosidade solipsista, que o transforma em um herói, um Hércules⁹⁸, que será o responsável pela busca e consecução de uma justiça ideal.

O discurso normativo do Código de Processo Civil de 1973, inclusive com suas posteriores alterações, propugna um princípio de autoridade, arbitrário, que afasta a possibilidade de qualquer compreensão democrática ou recepção pelo posterior texto constitucional, vez que, em se tratando de Estado de Direito Democrático, inadmissível se mostra a idéia contínua do protagonismo judicial.

Sob o marco de um Estado Democrático de Direito, mostra-se impossível visualizar o processo sob outra ótica que não a constitucional, como uma garantia fundamental, que assegura ao povo, por meio de seus princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia), a fruição de uma linguagem jurídica auto-includente.⁹⁹

Nesse diapasão, segundo Rosemiro Pereira Leal:

“cabe indagar o que significaria na Teoria do Direito a categoria do princípio que, para muitos, é grosseira e dogmaticamente entendido com a fonte dogmática de um texto, discurso ou exposição sobre determinado assunto. Entretanto, em direito, princípio é marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes”.¹⁰⁰

⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 165. O juiz-hércules é uma figura exemplificativa construída por Dworkin nesta obra, sendo definido como “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”.

⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords). *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

¹⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 96-97.

Os princípios não devem ser entendidos como valores, a serem apreciados e ponderados livremente pelos juízos de magnanimidade dos julgadores, mas, ao contrário, devem ser vistos decorrentes do discurso da lei, em conformidade com o devido processo constitucional, de modo que, em atenção ao próprio princípio democrático, o direito seja concretizado por ato interpretativo-argumentativo de seus destinatários.

Remonta-se, dessa forma, às lições de Brêtas, ao expor que “é pela observância do princípio da supremacia normativa da Constituição que o primado do Estado Democrático de Direito encontra sua primeira e maior expressão”.¹⁰¹

Nessa perspectiva, verifica-se que uma visão adequada de processo não pode buscar a principiologia que o funda em outras bases senão a constitucional, interligando os princípios processuais constitucionais aos próprios direitos e garantias fundamentais, de modo a se extrair os princípios informativos e os institutivos do processo.

Sob tal prisma, vale lembrar a lição de Lutiana Lorentz:

“A cada dia, a sociedade reclama mais celeridade da jurisdição. Entretanto, não se pode, a pretexto de aumentar a celeridade dos processos, de nenhuma forma, admitir-se que sejam sacrificados nem os institutos da isonomia, nem da ampla defesa, nem do contraditório.

Isso porque há processos mais e menos demorados, mas não é sacrificando nenhum dos institutos basilares, já citados, do processo, que irá ser resolvida uma questão que é muito mais estrutural da sociedade do que propriamente jurídica”.¹⁰²

Nesse sentido, Marcelo Cattoni assevera que:

“A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles podem compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidade a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper”.¹⁰³

¹⁰¹ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 132.

¹⁰² LORENTZ, Lutiana Nacur. *Ampla Defesa e Celeridade Processual: Compossibilidade Teórica*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 34 e 36.

¹⁰³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 75.

Portanto, não se mostra adequado acatar, em um ambiente democrático, a idéia de concentração de poderes nas mãos de um julgador, privilegiando as diretrizes de uma legislação infraconstitucional e anterior, em detrimento da principiologia inaugurada no novo modelo constitucional, a partir de 1988.

Com isso, não se quer desmerecer a figura do magistrado, ou reduzi-lo a um grau de inferioridade em relação a quaisquer dos outros participantes do procedimento, ou mesmo propugnar que os juízes devam ser omissos em relação às partes ou à realidade social.

Os juízes, ao contrário, devem assumir a função decisória a eles conferida pelo texto constitucional, fazendo-o, em um sistema de regras e princípios, com base não em juízos axiológicos, de equidade, de maior adequação ou justiça, mas tendo por base o debate endoprocessual, considerando todos os sujeitos e os argumentos por eles invocados, em total respeito ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia.

Essa principiologia acima referida é a que, de fato, deve ser o norte para a teorização e os estudos do processo, conquanto se adequa ao princípio constitucional de um Estado de Direito Democrático, não havendo sentido em discussões pragmáticas acerca dos princípios, se as bases fundantes da aplicação do sistema se dão sob valores autoritários.

Atentando à proposta do presente estudo, mostra-se de especial relevância, pois, uma exposição da qual se extraia uma acepção adequada da principiologia institutiva do processo, sob as bases do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Relativamente a uma noção adequada de contraditório, convém ter por ponto de partida a contribuição de Fazzalari, que retirou a relação jurídica do foco do processo, apontando este como sendo um procedimento no qual se destaca a estrutura dialética, com a participação dos destinatários dos efeitos do ato final, ainda em sua fase preparatória.¹⁰⁴

Aroldo Plínio Gonçalves, valendo-se dos ensinamentos de Fazzalari acerca do contraditório, assevera:

¹⁰⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-120.

“O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo”.¹⁰⁵

Avançando e transpassando a idéia de que o contraditório seria tão somente o dizer e o contradizer promovido pelas partes no decorrer do procedimento (entendimento que ainda hoje é difundido), já se tem um avanço em termos de teoria do processo. Tal concepção, por si só, não basta para uma compreensão adequada de contraditório no direito processual democrático.

Alia-se, assim, à ampliação do conceito de contraditório, a lição de Dierle Nunes, que trata o princípio também como uma garantia de influência e não surpresa, impondo ao magistrado o dever de suscitar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, “impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes”.¹⁰⁶

Chega-se, com efeito, à idéia de contraditório como referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, sua base democrático-jurídico-principiológica, traduzindo, em seu conteúdo, a garantia da dialogicidade entre os interlocutores, com fundamento na liberdade jurídica tecnicamente exaurida de contradizer, nos limites temporais da lei.

Compreendida, pois, a noção de contraditório, pode-se dizer que este se encontra em intrínseca relação com a ampla defesa, de modo que a construção de um processo jurisdicional legítimo e democrático passa, necessariamente, pelo crivo da oportunização às partes de ampla produção de provas, em espaço argumentativo dialógico democrático, e não apenas à possibilidade restritiva de acompanhamento do interessado por um advogado.

¹⁰⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

¹⁰⁶ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. 1ª. ed. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

A ampla defesa, pois, ao contrário do que se possa imaginar, não implica na oportunização infinita na produção das provas, tendo por balizamento o espaço/tempo processual oportunizado na lei, haja vista o crivo procedimental preclusivo. Nesta quadra, a ampla defesa deve se exercida nos limites temporais e do espaço processualizado:

“O livre exercício de direitos fundamentais deve ocorrer no espaço processualizado, nos termos dispostos pela Constituição de 1988, sendo que a participação democrática na criação, aplicação, reconhecimento e alteração de normas do ordenamento jurídico deve ocorrer sob a regência da principiologia constitucional institutiva do processo”.¹⁰⁷

O direito à ampla defesa faculta e garante, desse modo, o esgotamento do tempo processual em módulo juridicamente irrestrito, com vistas ao desenvolvimento e realização de todos os meios e elementos de prova.¹⁰⁸

Portanto, sob a ótica de um direito processual democrático, a compreensão da ampla defesa deve partir de uma oportunização de ampla argumentação, e não apenas de participação na construção da decisão (através do contraditório), mas por meio da formulação de quaisquer argumentos possíveis para a formação da decisão (de fato ou de direito), com a possibilidade de ampla produção probatória para a reconstrução do fato e circunstâncias relevantes para o processo.

Tal noção deve ser permeada também pela análise dos princípios correlatos à ampla defesa, podendo-se citar o princípio do direito ao advogado (que é forma de se garantir até mesmo a efetividade do princípio da ampla defesa), o princípio da oralidade (conquanto esta seja atributo fundamental do direito de defesa) e o princípio da publicidade (que importa na efetivação da ampla defesa *per omnes*)

Como um dos princípios institutivos do processo, a ampla defesa mostra-se, dessarte, como coextensão dos princípios do contraditório e da isonomia. Contudo, cada qual tem suas particularidades e acepções próprias, sendo complementares

¹⁰⁷ TOLENTINO, Fernando Lage. Princípio Constitucional da Ampla Defesa, direito fundamental ao advogado e Estado Direito Democrático: Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado exercício da defesa de direitos. 2007. 112 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_TolentinoFL_1.pdf>. Acesso em 10/05/2009.

¹⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 112-113.

umas as outras na formação da idéia de processo, e não sinônimos, como já foi sustentado em doutrina:

“contraditório e ampla argumentação não são garantias iguais, mas se distinguem, sendo visível a aplicação a um processo jurisdicional. Pois, pode haver processo com garantia de participação na construção da decisão, mas que tenha reduzida a garantia da ampla argumentação. Exemplificando, em processo nos quais em nome de uma pretensa celeridade para garantia de uma ordem jurídica justa como acesso à justiça, foi estabelecida a sumarização do procedimento, política adotada primeiramente no processo civil, mas que também gerou ‘filhotes’ no processo penal (Lei 9.099/95, 10.409/ 02)”.¹⁰⁹

Com efeito, entende-se por ampla defesa não apenas a faculdade, o direito de se defender, mas, especialmente, o direito de argumentação e produção irrestrita de provas (de maneira correlata ao direito ao advogado) que, pelo próprio regime de coextensão pela principiologia institutiva do processo, garanta a isonomia e o próprio contraditório.

Finalmente, quanto à isonomia, tal qual os demais princípios institutivos, mostra-se como referente lógico-jurídico do processo, uma vez que a liberdade de contradizer, decorrente direta do processo democrático, é também equivalente à igualdade temporal nesse dizer e contradizer para a construção participada da estrutura procedimental.

Segundo Rosemiro Leal, “a conjectura de dessubstanciação e dessubjetivação do direito torna possível ao homem lidar com um direito na acepção de *médium* lingüístico-autocrítico co-participativo de produção, aplicação e extinção da normatividade”.¹¹⁰

Sobressai, pois, a adequação de uma proposta democrática, instituindo o processo sob as bases constitucionais e inclusivas dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, demonstrando que o mesmo, enquanto legitimador da jurisdição, reveste-se em garantia fundamental e não pode comportar supressões em sua essência, a qualquer título.

¹⁰⁹ BARROS, Flaviane. M.; CARVALHO, Marius F. C; GUIMARÃES, Natália C. O princípio da ampla defesa - uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Provocações*, Sete Lagoas, v. 02, n. jul/dez 20, p. 20-36, 2005.

¹¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 99.

3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E A CELERIDADE DE TRAMITAÇÃO

3.1 Acepção de razoável duração e celeridade no ordenamento jurídico brasileiro e estrangeiro

Antes de se adentrar, em especial, no estudo ora proposto, revela-se necessário o esclarecimento acerca da terminologia ora empregada, que se revela indicativa do estudo da razoável duração dos procedimentos, conquanto o texto constitucional se refira expressamente à razoável duração do processo.

A distinção entre procedimento e processo tomou forma e verdadeiros contornos científicos a partir de Fazzalari, que asseverava ser o processo uma espécie do gênero procedimento, no qual era observado o contraditório e cuja essência residia na simétrica paridade de armas entre as partes na construção do provimento estatal:

“o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”.¹¹¹

Segundo o ensinamento de Fazzalari, o procedimento seria, assim, uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais previstos pela lei e praticados pelos sujeitos do processo, em que a validade da prática do ato consequente pressupõe a existência válida do ato antecedente.¹¹²

De tal modo, sendo certo que *processo* e *procedimento* não são expressões sinônimas, faz-se necessário o emprego da melhor técnica quanto à expressão prevista no texto constitucional.

¹¹¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118.

¹¹² FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 113-114.

Tendo por base que a noção de duração razoável implica na prática de atos com “marcos temporais com começo e fim”, verifica-se que esta só pode se referir ao procedimento e não ao processo.¹¹³

Só é possível se falar em duração quando se refere à prática dos atos jurídicos que compõem a estrutura do procedimento.

O processo não comporta mensuração de tempo, conquanto seja entendido (segundo a proposta neo-institucionalista) como “instituição constitucionalizada, conjugação de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental) que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade, instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação, e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”.¹¹⁴

A mensuração temporal só pode recair sobre a estrutura procedimental e as fases deste, valendo, nesse sentido, transcrever a seguinte lição do criador da teoria neo-institucionalista:

“O PROCESSO, como instituição constitucionalizante e constitucionalizada e fundadora do status democrático não-paideico, não se desenvolve por relações métrico-temporais e espaciais (duração fatal), uma vez que, em sendo paradigma ligüístico-discursivo por princípios autocríticos (teoria neo-institucionalista), é interpretante que atua ao longo da validade e legitimidade do sistema jurídico sempre aberto a um devir di-alógico (crítico) procedimental construtivo, reconstrutivo, desconstrutivo, afirmativo ou extintivo dos conteúdos de legalidade que possam ameaçá-lo ou lesá-lo (contrapor-se ao PROCESSO). Portanto, mensurável é o procedimento que, sendo a estrutura técnica regida ou regida-atuada pelo PROCESSO, comporta uma ratio interlocutória de durabilidade (relação jurídica espaço-temporal)”.¹¹⁵

Dessa forma, a razoável duração só pode se referir ao procedimento, devendo ser entendida em relação à adequação temporal da atividade judicial,

¹¹³ TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

¹¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 88

¹¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord). *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 288

à tempestividade da função jurisdicional e à atividade judicacional sem dilações indevidas resultantes das denominadas “etapas mortas do processo”.¹¹⁶

Todavia, apesar da imprecisão terminológica, a previsão expressa no texto constitucional, a respeito da razoável duração dos procedimentos e dos meios que garantam a celeridade de tramitação representou, de certo, um ganho em termos de direitos e garantias fundamentais.

No entanto, deve-se ressaltar que tais garantias já decorriam do sistema jurídico brasileiro, podendo-se afirmar que tal princípio já poderia ser considerado, anteriormente, implicitamente abarcado pelos princípios da inafastabilidade da função jurisdicional (art. 5º, XXXV), legalidade e eficiência (art. 37, *caput*) e mesmo pelo devido processo legal (art. 5º, LVI).

Ademais, o Brasil já era signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que contém, em seu art. 8º, I, previsão semelhante à da Constituição (o texto da Convenção foi aprovado pelo Congresso Nacional via decreto legislativo em 1992 e determinado seu cumprimento por decreto federal n. 678/92).

Contudo, indubitavelmente, o inciso acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04 retira qualquer dúvida e eleva, definitivamente, à categoria jurídica de garantia fundamental, a razoável duração dos procedimentos, de modo a se tratar de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Relativamente ao estudo do tema no direito comparado, este se faz necessário, especialmente considerando que é bastante comum pressupor-se que a demora na tramitação procedimental é peculiar à jurisdição brasileira. Todavia, a existência de um número grande de processos com dilações indevidas é um problema universal e multissecular, que atrai a atenção de estudos em vários países.¹¹⁷

Nesse sentido, a garantia da duração razoável dos procedimentos foi contemplada pela Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das

¹¹⁶ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. Direito à Jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º. Sem. 2005, p. 232-233. Brêtas, em outra oportunidade, ainda esclarece a origem e significado da expressão “etapas mortas do processo”, fazendo alusão à doutrina de Humberto Theodoro Júnior, que, passando pelos ensinamentos de Giuseppe Tarzia e Niceto Alcalá Zamora Y Castillo, apresenta a noção de “inatividade processual durante a qual os autos ou expedientes forenses permanecem paralisados nos escaninhos forenses”. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 154, nota 9.)

¹¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A duração dos processos: alguns dados comparativos. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 50, nº 591, p. 59-72, junho de 2004.

Liberdades Fundamentais – Convenção Européia, de 1950, que previu na alínea I de seu artigo 6º que “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada eqüitativa e publicamente *em prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei...”.

Ademais, como já mencionado, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, prevê em seu artigo 8º, inciso I, que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um *prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial ...”.

O artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia também contempla a previsão de razoável duração dos procedimentos, dispondo que: “Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, eqüitativa e *num prazo razoável*”.

Relativamente ao estudo do tema na Itália, Giuseppe Tarzia, analisando o artigo 111 da Constituição Italiana e as garantias européias do processo civil, traça um quadro comparativo do mencionado dispositivo constitucional para com o art. 6º, da Convenção Européia, articulando, basicamente, uma proposta de recepção do dispositivo da Convenção Européia como elemento interpretativo na fixação da relação entre normas constitucionais, normas internas e também no âmbito da Corte Constitucional.¹¹⁸

Propõe, assim, não considerar o “giusto processo” italiano apenas com os conteúdos expressamente trazidos na nova fórmula legislativa, mas, além disso, com as especificações e pontuações que a jurisprudência da Corte Européia indicar.

Trata, com efeito, da existência dessa proposta de circularidade de enunciados entre Corte Européia, Corte Constitucional Nacional e os Parlamentos de cada um dos países membros, na fixação das noções acerca das garantias fundamentais.

Extrai-se da análise da obra de Tarzia a valorização das garantias fundamentais, e não apenas da razoável duração dos procedimentos (prevista pela Constituição Italiana no §2º de seu artigo 111), ante uma análise da jurisprudência da Corte Européia, que contempla o “acesso ao Tribunal” (acesso ao Direito),

¹¹⁸ TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 160-161.

paridade entre as partes, contraditório, direito de defesa e de prova, delimitação dos poderes do juiz, sua independência e imparcialidade e a publicidade do debate judiciário.

Ainda dos estudos do referido autor, extraem-se os critérios definidos pela corte para verificação da razoabilidade de duração de um procedimento, podendo-se citar: a complexidade do assunto e o comportamento dos litigantes, seus procuradores e do órgão jurisdicional.¹¹⁹

Ressalta Tarzia, especialmente quanto à duração razoável dos procedimentos, que “*a efetividade da tutela jurisdicional pode restar comprometida tanto pela duração excessiva do processo, quanto pela brevidade excessiva do término peremptório*”, e que a garantia da razoável duração importa, antes de tudo, na organização judiciária (na sua ampla acepção), impondo ao legislador e ao governo uma equitativa repartição de homens (magistrados, outros componentes do ofício judiciário, auxiliares), de recursos e de meios para a funcionalidade da justiça, bem como exigindo um adequado aparato sancionatório contra aqueles que culposamente violem o dever de tempestividade da tutela jurisdicional.¹²⁰

Nesse sentido, manifesta-se também Paolo Biavati, indicando que a Europa não necessita apenas de processos sumários, mas de um processo civil completo, eficiente, que respeite os direitos de defesa e de busca da verdade e seja livre, caso a caso, de dilações indevidas, desenvolvendo-se em razoável duração temporal.¹²¹

Tal preocupação veio também consagrada pela Constituição Espanhola de 1978, que prevê em seu artigo 24.2: “Todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado em lei, à defesa e a assistência de advogado, a ser informado das acusações contra si formuladas, a um *processo público sem dilações indevidas* e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova relevantes para sua defesa, a não se auto-incriminar, a não confessar culpa, e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razões de parentesco ou segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos supostamente delitivos”.

¹¹⁹ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 170.

¹²⁰ TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 103, p. 173-174. No original: “*l'effettività della tutela giurisdizionale può risultare tanto dall'eccessiva durata del processo, Che dall'eccessiva brevità dei termini perentori*”.

¹²¹ BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, 2002, p. 774.

O ordenamento jurídico lusitano também contemplou expressamente o tema, enquadrando-o como um dos requisitos à tutela jurisdicional efetiva, de modo a prever, no artigo 20, itens 4 e 5 da Constituição, que: “4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de *decisão em prazo razoável* e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos *procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade* e prioridade, de modo a obter *tutela efectiva e em tempo útil* contra ameaças ou violações desses direitos”.

Semelhante previsão encontra-se consignada no Código de Processo Civil Português, que disciplina em seu art. 2º: “*A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar*”.

Os estudos do tema na doutrina estrangeira revelam que os países europeus têm manifestado e positivado sua preocupação em lidar com os problemas da intempestividade na solução dos litígios.

Contudo, demonstra-se o intento de que a razoável duração não se garanta a qualquer custo, relevando-se a importância das demais garantias fundamentais do processo.

No Brasil, pode-se atribuir à opção por uma teoria processual democraticamente inadequada (teoria do processo como relação jurídica e como instrumento da jurisdição), boa parte da dificuldade em se encarar a incorreção na supressão das garantias fundamentais, para consecução de uma jurisdição menos morosa.

Sob as bases da modernidade, o direito processual atual, ainda alicerçado sob o diploma normativo de 1973, desenvolve-se em termos eminentemente dogmáticos, como uma vertente da lógica geral clássica.

Nesse particular, sobressai a figura do Estado-Juiz que possibilita aos cidadãos o acesso a uma *justiça* salvadora, enquanto no exercício de sua função jurisdicional, por meio do processo.

Entende-se, pois, na perspectiva da teoria da relação jurídica e segundo uma visão instrumentalista do processo, a jurisdição como o centro do estudo do

direito processual e o processo como mero instrumento¹²² da jurisdição, que visa à satisfação de escopos metajurídicos¹²³ que, por sua vez, referem-se a uma ordem de valores éticos, morais e culturais sem qualquer compromisso com a teoria do discurso processual.

Todo o discurso normativo do Código de Processo Civil de 1973 é claro em colocar a jurisdição como atividade do juiz, e este no centro do processo, como um ser mítico, dotado de uma prodigiosidade solipsista, que o transforma em um herói que, enquanto personificação do "Poder Judiciário estatal"¹²⁴, será o responsável pela busca e consecução de uma justiça ideal, em total consonância com os ideários da apregoada modernidade.

A modernidade traz ínsita em sua acepção a idéia de poder e sua vinculação ao Estado, valendo rememorar as lições de Brêtas relativas ao estudo das obras de Kelsen, que considerou o poder como a medula substancial do Estado, e de Bobbio, para quem *"o alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele"*.¹²⁵

Esse poder, representado pela jurisdição, fundamentaria e legitimaria o Estado moderno, tornando-o diferente e superior aos cidadãos.

Tal posição central ocupada pelo Estado (seu "poder" e seus agentes) na Modernidade transparece claramente nas palavras de diversos autores renomados (tendo por finalidade, diversas vezes, argumentos de fundo louváveis, mas por meios inconcebíveis), podendo-se citar, exemplificativamente, a posição de José Carlos Barbosa Moreira, para quem o "Poder Judiciário" teria por missão a aproximação do povo para com a Justiça, com ações voltadas aos mais carentes, de modo a ser uma missão do juiz a redução das desigualdades sociais surgidas no processo, vez que a justiça não poderia se contentar com a igualdade formal, senão

¹²² A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil explicita em seu Capítulo III – Do Método da Reforma, que "O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça".

¹²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹²⁴ É sempre necessário atentar à correção terminológica sobre a expressão "Poder Judiciário", haja vista que a palavra poder expressa um atributo uno e indivisível que decorre do povo e que não pode ser utilizado para designar as atividades ou funções estatais.

¹²⁵ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 61, nota 1 e p. 63.

com a igualdade material, tratando os iguais com igualdade e os desiguais com desigualdade.¹²⁶

A discricionariedade e a responsabilidade pelo preenchimento de lacunas normativas como incumbência dos agentes estatais reforça ainda mais o caráter arbitrário e antidemocrático desse sistema, que homologa uma realidade desigual.

Retratando tal marco de onipotência do julgador, pode-se citar a lição de Cássio Scarpinella Bueno, que aduz:

“O conseqüente incremento dos poderes do juiz a partir de um novo padrão de norma jurídica ou diante de uma nova forma de sua enunciação é inegável. Deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz, mero aplicador *automático* da lei, e passa-se a lidar com o juiz que se sabe necessariamente influenciado pelos valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado. O juiz, antes mero *aplicador* da lei, dada como pronta e acabada pelo legislador, passa a ser, hoje, compreendido como elo fundamental da cadeia de *produção* normativa. É ele, isto não tem porque ser negado, *criador* da norma jurídica”.¹²⁷

O que se verifica, com efeito, é que o Código de Processo Civil foi construído e entrou em vigor sob a égide da etapa histórica modernista. Contudo, as modificações ocorridas a partir de 1988, com a assunção de um Estado de Direito Democrático não se mostraram, ainda, suficientes a fazer com que boa parte dos processualistas adote uma perspectiva democrática de processo e jurisdição.

Insta ressaltar, pois, que o chamado direito processual da modernidade revela-se como nada mais do que uma vertente da Ciência Dogmática do Direito, vinculado à lógica clássica, carente de problematizações, eis que se funda em um pleito de verdade absoluta, não sujeito à fiscalidade discursiva e argumentativa.

Outrossim, reverte-se em um instrumento de dominação, por ser homologador de uma realidade pronta e insuscetível de fazer ofertas que propiciem tentativas de refutação.

Rosemiro Pereira Leal, invocando os ensinamentos de Popper, sustenta que esse processo moderno não se desenvolve sob o crivo do método crítico, que

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese do direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 2, n. 11, mai./jun., 2001)

¹²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I, p. 78.

propugna justamente a supressão da crença como princípio da demarcação do conhecimento.¹²⁸

A inexistência de uma crítica epistemológica incidente sobre as bases desse direito processual moderno o torna frágil e, como já dito, propenso exclusivamente a ser utilizado como um discurso estratégico-retórico, ou seja, uma forma de dominação, tendo em vista que o preenchimento das lacunas se torna incumbência exclusiva do magistrado, unilateralmente.

A impossibilidade de perquirição de validade e legitimidade dos fundamentos de um discurso pode ser vista, por exemplo, nas palavras de Dinamarco, para quem

"Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma Justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida e às angústias dos sujeitos em conflito".¹²⁹

Prossegue o referido autor, justificando, por meio de argumentos ideológicos, a necessidade de um processo que propicie soluções válidas e úteis:

"É preciso, no entanto, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver na obcecada imposição de todos e cada um a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de um modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis. A adoção dessa premissa metodológica manda, em primeiro lugar, que todos os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos, sem receber um culto fetichista que desfigura o sistema".¹³⁰

Tal busca pela justiça, por um processo justo, por resultados justos e por outros ideais de natureza ideológico-axiológica impede o esclarecimento dos fundamentos do sistema jurídico e a regulação dos sentidos normativos.

Esclarecendo a questão acima, incumbe recorrer às lições de Rosemiro Pereira Leal, que ensina que a ideologia preconiza um discurso de saber radical ou absoluto, não passível de rivalização por outras teorias, e preso ao dualismo do tudo

¹²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 174-175.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 11-12.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

ou nada, sem cogitar do terceiro excluído, em face do princípio da não-contradição. A teoria, por sua vez, traduz um postulado que só tem vigência em face de sua qualidade de melhor perquirir o saber humano e não de esgotá-lo peremptoriamente.¹³¹

Dessarte, tal distinção se mostra esclarecedora e se configura como um dos marcos diferenciadores entre a Modernidade e a Pós-Modernidade.

Valendo-se, pois, do processo enquanto instrumento, o Código de Processo Civil de 1973 apresenta-nos uma série de outras incompatibilidades democráticas (exemplificativamente, os prazos impróprios e diferenciados para o Estado), que serão, ao que tudo indica, mantidas e/ou renovadas no novo Código de Processo Civil que está por vir.

Exemplo maior dentre as inadequações inerentes à teoria do processo como relação jurídica e à perspectiva instrumentalista do processo, pode-se citar o apontamento das garantias processuais como as vilãs de uma dita efetividade processual, que, na perspectiva dessa modernidade, confunde-se com a idéia de celeridade.

Ao argumento de que o respeito às garantias processuais faz com que “o processo seja lento”, diversos autores têm proposto uma flexibilização ou mitigação destas.

A busca por um processo justo e rápido vem motivando diversas interpretações, reformas e até mesmo a elaboração de um novo Código de Processo Civil, sob um prisma altamente compatível com os ideários metajurídicos de que trata a visão instrumentalista do processo.

Nesse diapasão, cite-se, por exemplo, a previsão constante do art. 6º do Projeto de Lei de Iniciativa do Senado nº 166/2010, de onde se extrai que: “Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”.

A existência de objetivos superiores, metajurídicos, a serem realizados pela jurisdição e pelo processo, fundados no poder do Estado, dão ensejo e servem de

¹³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 170-171.

solo propício ao florescer de ideologias irrefutáveis, justificadoras de violações às garantias processuais.

Nas palavras de Dinamarco,

“há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados”.¹³²

O renomado processualista parece, de fato, ainda situar sua produção acadêmica e sua linha de pesquisa tendo por base um Estado Hegeliano, tratando as garantias processuais (especialmente o contraditório) como uma espécie de dogma cujo afastamento e mitigação são completamente possíveis e aceitáveis, para satisfazer fins maiores, ideológicos, axiológicos, que deverão ser produzidos de acordo com a mente privilegiada de cada um dos míticos julgadores.¹³³

Tal linha de pensamento assemelha-se, por sinal, muito à segunda fase do pensamento schmittiano, em que o autor alemão discorre acerca das *ordens concretas*, que para ele, seriam uma espécie de valores inerentes ao espírito do povo alemão, e que deveriam nortear a aplicação das normas e do próprio Direito.¹³⁴

Carl Schmitt propugna, assim, que a maioria dos costumes, regulamentos e cálculos dentro de uma ordem podem e devem servir, mas não criar e esgotar a essência dessa ordem. A ordem interna concreta, que seria a disciplina e glória de toda instituição, repugnaria qualquer intenção de normatização e regulamentação total, colocando a todo legislador e a todo aquele que aplica a lei ante o dilema de o bem aceitar e utilizar os conceitos jurídicos concretos que já venham com a instituição, ou, pelo contrário, destruir a própria instituição.¹³⁵

Schmitt assevera ainda, em algo que analogamente poderia ser definido como os atuais conceitos jurídicos indeterminados ou abertos, que todo direito estatal pressupõe figuras típicas concretas nascidas da ordem da situação concreta

¹³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 16.

¹³³ Dinamarco, ainda em sua obra *Nova era do processo civil*, afirma, à fl. 21, que a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva deve ser “superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos”.

¹³⁴ SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

¹³⁵ SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 21.

e somente perceptíveis dela, como por exemplo, a figura do soldado valente, do funcionário trabalhador, do camarada decente.¹³⁶

Destaca o autor alemão, finalmente e de modo que muito se aproxima à realidade refletida pelo direito processual aplicável no Brasil, que a aplicação de tais conceitos jurídicos indeterminados a uma sociedade civil de tráfego individualista possibilitam o atendimento ao *interesse da totalidade do povo* (e a quaisquer outros escopos metajurídicos), sendo possível mudar todo o direito sem que se mude uma só lei.¹³⁷

Não se refuta que exista, de fato, o direito de obtenção de uma decisão jurisdicional em prazo razoável. A crítica que é feita a tal questão se situa, contudo, sob outra perspectiva, no sentido de se querer impingir uma sumarização da cognição, ao pretexto de se satisfazer escopos metajurídicos (muito assemelhados às ordens concretas de que trata Schmitt).

Prosseguindo nas incorreções e incompatibilidades democráticas do chamado processo moderno, verifica-se que, ainda sob o espeque de um Poder estatal e de mitos e escopos a serem perseguidos, a noção de efetividade processual vem sendo bastante distorcida.

Zamira de Assis expõe bem a problematização:

“Domina nas exposições doutrinárias atuais a idéia de que ‘o processo não é efetivo’ porque é demorado, porque a previsão das várias etapas de seu desenvolvimento causa a inoperância da decisão ao final obtida. Encontra-se também disseminada a idéia de que a não efetividade ‘do processo’ se deve à necessidade de ‘segurança das decisões’, no caso a segurança de uma decisão após o debate em contraditório pleno”.¹³⁸

Desse modo, o que se afigura é que, inadvertidamente, a efetividade processual se tornou uma espécie de slogan para a consecução de alguns fins ideais míticos, um categorema que, por si só, diz tudo o que seria necessário.

Falar-se em efetividade processual atualmente tornou-se uma praxe, um argumento de autoridade que não é passível de ser submetido a qualquer tentativa

¹³⁶ SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia juridica*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 21-22.

¹³⁷ SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia juridica*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 68.

¹³⁸ ASSIS, Zamira de. A idéia da efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187.

de refutação, eis que ligado aos mais íntimos anseios de uma *sociedade civil*, por um *processo ágil*.

Contudo, destoando de tal linha de pensamento, há que se firmar, também no ordenamento jurídico brasileiro (tal qual já vem ocorrendo em diversos países), a acepção de que razoabilidade de duração não indica um processo célere a qualquer custo, mas, conforme ensina Brêtas:

“o direito a um processo cujos atos sejam praticados nos prazos previstos nas normas do direito processual, evitando-se as chamadas etapas mortas do processo, períodos prolongados de total inatividade procedimental, causados pela inércia dos órgãos julgadores, displicentes quanto ao dever que lhes toca do impulso oficial”.¹³⁹

Finalmente, há que se ressaltar, também, que uma adequada acepção da razoável duração dos procedimentos não comporta, sob pena de se incorrer no erro do protagonismo judicial ou na formação de um direito dos juízes, que esta garantia seja situada sob o plano de um conceito jurídico indeterminado ou aberto.

Nesse íterim, vale coligir a oportuna conclusão de Wagner Bosque sobre o assunto:

“a expressão constitucional ‘duração razoável’ não é vaga, tampouco indeterminada, nem pode ser entendida como sinônima de procedimento célere. A equação destinada a definir o que é duração razoável apóia-se no princípio da legalidade para que o conteúdo do direito fundamental seja traçado critérios objetivos. Duração razoável do procedimento verifica-se por meio do atendimento dos prazos normativos concebidos em vista do exercício pleno da defesa e do contraditório, e dos prazos construídos pelas próprias partes (em contraditório) diante da omissão normativa, vale dizer, quando os prazos previstos nas normas dos códigos de procedimento são observados por todos os sujeitos do processo, em atenção aos princípios constitucionais da isonomia e da legalidade. Extrapolado o somatório desses prazos, tem-se dilação antijurídica do procedimento e conseqüente violação do direito-garantia fundamental inscrito no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição de 1988”.¹⁴⁰

Desse modo, a noção democraticamente adequada de razoável duração dos procedimentos impõe a inexistência de dilatações indevidas, mas não autoriza a

¹³⁹ BRÊTAS DE. C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 172.

¹⁴⁰ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009, 122 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 108.

exclusão das demais garantias, também de ordem fundamental, componentes do devido processo legal.

3.2 Direito fundamental à jurisdição prestada em processo de duração razoável e sem dilações indevidas

A morosidade vem sendo apontada, já há muito tempo, como o principal problema da jurisdição no Brasil.

Não são raras as vezes em que se percebe a preocupação de juristas e teóricos acerca do tempo cronológico compreendido entre a instauração de um procedimento e sua definitiva solução por parte do Estado-juiz.

Nesse sentido, o tempo do procedimento é apontado prioritariamente como a razão pela morosidade na solução de um litígio, de modo a ter se formado uma espécie de senso comum que insiste em apregoar que o procedimento não se alongue demais no tempo em termos cronológicos, pouco importando a legitimidade do provimento final, ou o respeito ao devido processo legal.

Com efeito, o tempo vem sendo encarado como um “inimigo do processo”, a ser combatido, haja vista que teria uma natureza de “fator de corrosão de direitos”, nos moldes da clássica afirmação de Carnelutti, ainda hoje reproduzida e propagada pela escola paulista de direito processual.¹⁴¹

Contudo, conforme defende Fernando Horta Tavares, responsabilizar o tempo pela ineficiência da jurisdição não passa de uma evasiva mítica (eis que este simplesmente passa, sem cessar, independente da vontade ou da atuação de qualquer pessoa), que se apóia em uma idéia de jurisdição enquanto mera atividade judicial.¹⁴²

Segundo o referido autor:

¹⁴¹ TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 112.

¹⁴² TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 113.

“não é o tempo que corrói, por que o tempo apenas passa; em si, o tempo nada pode corroer; já que flui em marcha: não tem força ou ação para corroer. O Tempo, por si, não causa malefício algum: alguém é quem pode causar danos a outrem, isto é, um sujeito prejudicar a outro, propositadamente ou não. Logo, o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural”¹⁴³.

O tempo, como algo natural, é inerente ao próprio procedimento, de modo que a duração entre a instauração do procedimento e o provimento jurisdicional não sofre ingerências cronológicas do tempo, e nem são fatores adstritos ao Processo Democrático.

Relativamente ao tempo e sua natural incidência sobre as coisas e os fatos, Bidart ensina que o processo, conquanto seja obra ou instituição humana, não escapa da lei da temporalidade. Como toda obra humana, o processo se desenvolve no tempo, sendo esta uma modalidade intrínseca à sua própria existência. Deste modo, a principal preocupação dos sujeitos processuais não deve se referir ao tempo processual, mas que este se reduza ao mínimo indispensável e não transcorra em vão.¹⁴⁴

Considerando o processo como instituição constitucionalizada que assegura a efetivação dos direitos fundamentais (aí englobada a garantia de duração razoável e celeridade), pelos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, não se sustenta a tentativa de imputar ao tempo a responsabilidade por quaisquer danos.

O que se diz afeto ao processo é tão somente o tempo lógico procedimental, necessário ao exercício dos direitos e garantias processuais, conforme a lição de Rosemiro Pereira Leal:

“A renúncia ao tempo cronológico-procedimental não afeta a teoria do direito democrático, porquanto mesmo as transações e desistência de direitos pressupõem o estar permanente no *thema* lingüístico discursivo (tempo teórico) do devir processualizado. A ausência de defesa ou do falar não torna ausente o Processo como direito-garantia constitucionalizado ou torna a revelia ou a confissão passíveis de sanções ou de presunções punitivas, mas suscita o direito fundamental à substituibilidade ou

¹⁴³ TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 113.

¹⁴⁴ BIDART, Adolfo Gelsi. El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, p. 101 e 121.

representação processual de parte à produção efetiva (em contraditório) do discurso defensivo ou articulativo como exercício de cidadania”.¹⁴⁵

Essa inadequada noção de tempo cronológico como inimigo traz reflexos claros ao estudo do presente tema, uma vez que sustenta uma acepção do princípio da razoável duração dos procedimentos, segundo a qual são necessárias alternativas que representem a simplificação e a supressão da cognição e das fases procedimentais, independentemente de aviltamento às garantias processuais.

Outrossim, demonstrada a incorreção em se encarar o tempo como um inimigo do processo, verifica-se que o que existe, de fato, é um direito fundamental à jurisdição eficiente, prestada segundo o devido processo legal, em procedimento de duração razoável, livre de dilações indevidas.

A análise dos conteúdos normativos da Constituição e das leis infraconstitucionais que modificaram recentemente o Código de Processo Civil, bem como das propostas para elaboração de um novo código, sinaliza claramente o sentimento de insatisfação popular e até mesmo estatal pela má qualidade da jurisdição, enquanto atividade-dever do Estado.

Desse modo, cabe ressaltar que a busca por um jurisdição eficiente, conquanto seja direito fundamental, deve importar no direito dos jurisdicionados a um processo sem dilações indevidas, haja vista que a Constituição ampliou o conceito normativo de devido processo legal, incluindo neste a garantia de razoável duração dos procedimentos.

Conforme muito bem assevera Brêtas:

“O povo tem não só o direito fundamental à jurisdição, como também, o direito a que este serviço público essencial do Estado lhe seja prestado “dentro de um prazo razoável”[...] Isto significa dever de prestação do serviço público jurisdicional pelo Estado mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, processos cujos atos sejam realizados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas do direito processual. Em outras palavras, o direito fundamental do povo de acesso à jurisdição envolve o direito de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável”.¹⁴⁶

¹⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord). *Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 281-290.

¹⁴⁶ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 116-117

Segundo uma interpretação lógico-sistemática da Constituição, “o devido processo legal desponta como um bloco aglutinante e compacto de várias garantias fundamentais, a saber: o amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; do juízo natural; do contraditório; da plenitude de defesa e os meios a ela inerentes; da fundamentação racional das decisões jurisdicionais; e de um processo sem dilações indevidas”.¹⁴⁷

Portanto, o que se vislumbra como inconcebível é que se submetam as previsões constitucionais (garantias processuais) ao texto de lei infraconstitucional (seja pelas reformas do atual Código de Processo Civil ou pela elaboração de um novo código), propondo-se a mitigação de quaisquer destas garantias, ao pretexto de implementar outra, agilizando o procedimento, conforme adverte Brêtas:

“Advirta-se, porém, que a exigência normativa de se obter a decisão jurisdicional em tempo útil ou prazo razoável, o que significa adequação temporal da jurisdição, mediante processo sem dilações indevidas, não permite impingir o Estado ao povo a aceleração dos procedimentos pela diminuição das garantias processuais constitucionais (por exemplo, suprimir o contraditório, proibir a presença de advogado no processo, eliminar o duplo grau de jurisdição, abolir a instrumentalidade das formas, restringir o direito das partes à produção de provas, dispensar o órgão jurisdicional do dever de fundamental. A restrição de quaisquer das garantias processuais, sob a canhestra e antidemocrática justificativa de agilizar ou tornar célere o procedimento, com o objetivo de proferir decisão jurisdicional em tempo razoável, é estimular o arbítrio, fomentar a insegurança jurídica e escarnecer da garantia fundamental do povo ao devido processo legal, em suma, deslavada agressão ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito”.¹⁴⁸

Em outras palavras, por força do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, os jurisdicionados passaram a ter não apenas o direito à jurisdição, como também de que esta seja exercida dentro de um lapso temporal razoável. Por se tratar de norma de caráter fundamental e aplicabilidade imediata, ela impõe ao Estado o dever de garantir um processo sem dilações indevidas, de modo especial, para que os prazos normativamente fixados sejam respeitados.

¹⁴⁷ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. Direito à Jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º. Sem. 2005, p. 232.

¹⁴⁸ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004 p. 117.

Assim, o consagrado acesso à jurisdição, de reconhecida fundamentalidade, engloba o direito de obtenção de uma decisão legítima em prazo razoável.

Tudo isso se justifica, especialmente, pela conexão existente entre o princípio da eficiência e o da legalidade, “este sendo a garantia daquele, em medida tal que nem sempre a violação de uma norma jurídica (regra ou princípio) provoca ineficiência, mas sendo certo que a ineficiência sempre constitui violação de uma norma de direito”.¹⁴⁹

A eficiência que se exige da função jurisdicional do Estado, por força da interpretação do art. 37 da Constituição Brasileira, importa, sobretudo, na boa estruturação física e técnica dos órgãos incumbidos do exercício da jurisdição, propiciando o cumprimento dos comandos legais atinentes a prazos e formas de prática dos atos procedimentais.¹⁵⁰

A efetivação dos comandos constitucionais e legais tende a propiciar a efetivação dessa jurisdição mais eficiente, podendo-se citar, exemplificativamente, a recomendação de que o número de juízes seja proporcional à demanda jurisdicional e à população, consignada no inciso XIII do art. 93 da Constituição Brasileira de 1988.

Outrossim, passa a ser um dever dos órgãos incumbidos do exercício das funções administrativas, executivas e legislativas do Estado, atentarem que simples previsões legais, referentes a prazos exíguos ou razoáveis, não serão suficientes a conferirem a razoabilidade de duração exigida aos procedimentos que se desenvolvem sob o pálio de uma jurisdição eficiente.

Sem o devido aparelhamento funcional e estrutural, não apenas os prazos, mas os próprios comandos constitucionais serão descumpridos, não havendo concretização dessa almejada eficiência jurisdicional.

O estreitamento dos laços entre as funções estatais deve propiciar a estruturação técnica dos órgãos jurisdicionais, com número de servidores e juízes proporcionais à quantidade de feitos, bem como o gerenciamento adequado desses recursos.

¹⁴⁹ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. Direito à Jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º. Sem. 2005, p. 233.

¹⁵⁰ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. Direito à Jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 230-240, 1º. Sem. 2005, p. 234.

Por força de determinação constitucional, a eficiência e adequação da atividade jurisdicional pressupõem, por todos os agentes estatais, a obediência ao ordenamento jurídico e a utilização de todos os meios disponíveis para possibilitar que o processo, enquanto balizador da jurisdição, se desenvolva a tempo e modo, realizando o ordenamento jurídico.

Com efeito, todas as situações, cotidianamente vivenciadas no meio forense, de inércia dos órgãos jurisdicionais, em violação ao princípio do impulso oficial, com descumprimento escancarado dos prazos legalmente previstos, representam as chamadas dilações indevidas.

Portanto, ao se falar em dilações indevidas, não se pretende tratar do direito de manejar recurso ou de se manifestar previamente às decisões sobre questões levantadas pela parte contrária, como decorrência dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. O lapso temporal exigido para o exercício das demais garantias fundamentais não possui qualquer natureza “indevida”, sendo, ao contrário, um imperativo legal.

Dilações indevidas configuram-se, por exemplo, com as chamadas etapas mortas do procedimento, em que os autos permanecem em prateleiras durante semanas, meses e até anos, sem a efetivação de qualquer expediente ou movimentação. Verificam-se também nas hipóteses de decisões tumultuárias, que determinem a realização de medidas desnecessárias, como reinquirições impertinentes de testemunhas ou as incontáveis vistas dos autos ao Ministério Público, quando nada há de novo para que este se manifeste.

Cruz e Tucci, em estudos específicos sobre o tema, reprova tais etapas mortas, conquanto o devido processo legal garante aos jurisdicionados a obtenção de uma decisão legítima, em procedimento sem dilações indevidas. Isso faz com que o referido autor sustente, com base em José Antonio Tomé Garcia, que as inobservâncias do prazos estabelecidos em lei, por quaisquer dos sujeitos processuais, impede o prosseguimento na seqüência de um ato para o outro na estrutura procedimental.¹⁵¹

Outrossim, impera que os prazos processuais fixados sejam obedecidos não só pelas partes, mas também pelos agentes públicos incumbidos do exercício da função jurisdicional.

¹⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

Vale atentar, por fim, para a necessidade de modificação da mentalidade daqueles envolvidos no exercício da função jurisdicional, direta ou indiretamente (juízes, membros do Ministério Público, servidores e advogados), para que passem a vislumbrar o processo não mais como um instrumento, mas como fator de legitimação, por meio do respeito às garantias fundamentais representativas do devido processo legal.

Tal modificação de pensamento já possibilitaria que o problema, encarado com a seriedade exigida, fosse atenuado, de modo que, aliando-se à capacitação funcional e estrutural dos agentes e órgãos públicos, poder-se-ia iniciar uma alteração nesse padrão de ineficiência que representa a jurisdição no Brasil, para, ao menos, tentar ultimar o comando constitucional e fundamental que garante o acesso à jurisdição, por meio de procedimento legítimo, que respeite as garantias processuais e transcorra em prazo razoável.

3.3 O equívoco na concepção das garantias processuais como vilãs de uma jurisdição tempestiva

Mostra-se recorrente, quando se trata do debate da morosidade jurisdicional no Brasil, uma análise que passa primordialmente por uma suposta insuficiência qualitativa dos conteúdos normativos das leis, imputando a responsabilidade pela ineficiência jurisdicional ao excesso de recursos e garantias ou ao formalismo das normas, concluindo-se quase sempre pela sumarização da cognição, em reformas que afrontam a própria natureza do processo, ou seja, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Contudo, tal visão mostra-se superficial e não dá atenção às fáticas e verdadeiras razões de ordem econômica, técnica e política que equacionam a morosidade jurisdicional no país. Segundo José Rogério Cruz e Tucci:

“a realidade mostra que, tradicionalmente, a questão relativa a uma eficiente administração da justiça não é meta digna de ser elevada ao vértice da escala das prioridades almejadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. No Brasil, desde o início da República, ‘tem havido sempre nítida prevalência do Executivo, secundado pelo Legislativo, aparecendo o Judiciário, na prática, como o Poder mais fraco’ (...) quando o tema da

agilização da justiça reaparece no cenário das discussões, as atenções concentram-se em valores de natureza técnico-jurídica, olvidando-se totalmente que o problema da intempestividade da tutela jurisdicional está ligado a vetores de ordem política, econômica e cultural”.¹⁵²

Fugindo-se às vertentes instrumentalistas do processo e da teoria da relação jurídica, verifica-se que não existe qualquer incompatibilidade insuperável entre as garantias processuais constitucionalmente previstas e a idéia de eficiência e tempestividade da tutela jurisdicional, de modo a haver necessidade de supressão de quaisquer destas para que a outra possa subsistir.

A tempestividade da jurisdição liga-se à noção de eficiência que desta é exigida. Contudo, a eficiência jurisdicional reflete-se também na legitimidade dessa função estatal, sendo precípuo, para tanto, o respeito ao devido processo legal e às garantias a ele inerentes.

Nesse sentido, tem-se que, em que pesem os anseios populares clamarem por maior celeridade jurisdicional, não se pode, sob o falacioso pretexto de aumentar a celeridade dos procedimentos, admitir-se que sejam sacrificados os institutos da isonomia, nem da ampla defesa, nem do contraditório:

“Isso porque há processos mais e menos demorados, mas não é sacrificando nenhum dos institutos basilares, já citados, do processo, que irá ser resolvida uma questão que é muito mais estrutural da sociedade do que propriamente jurídica.

(...)

Assim, a troca das garantias constitucionais da paridade recíproca das partes, contidas no processo, pela ‘celeridade’ não se justifica e, pior, não pode ser sequer adotada, posto que contraria o modelo constitucional inarredável do art. 5º., inc. LV da Constituição, de 1988”.¹⁵³

Assim, há que se relevar que a adequada acepção da garantia da razoável duração dos procedimentos, sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito, não importa em reformas legislativas que suprimam garantias, sendo imperioso o respeito ao devido processo legal e a consideração de todas as causas, promovendo-se, exemplificativamente e como já ressaltado, a estruturação dos órgãos jurisdicionais.

¹⁵² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 100/101.

¹⁵³ LORENTZ, Lutiana Nacur. *Ampla Defesa e Celeridade Processual: Compossibilidade Teórica*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 34 e 36.

Ademais, vislumbra-se a necessidade de utilização eficiente e racional dos meios colocados à disposição dos órgãos judiciários e o rigoroso cumprimento dos prazos estabelecidos na legislação.

Outro ponto intimamente ligado à acepção e operacionalização do princípio da razoável duração dos procedimentos encontra-se no fim dos privilégios e diferenciações materiais e procedimentais (violadoras da isonomia constitucional) em favor do Estado, especialmente no que se refere aos prazos diferenciados e prazos impróprios.

Desse modo, pode-se dizer, por exemplo, que não são as garantias fundamentais que entram a tramitação procedimental, mas, por muitas vezes, o descumprimento dessas previsões constitucionais, de natureza fundamental.

A Constituição Brasileira é clara e expressa em asseverar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Nesse sentido, inadmissível qualquer interpretação que conduza a um entendimento de que o Estado se encontra excluído de tal previsão.

Tal como quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, o Estado também se encontra subsumido ao princípio constitucional da isonomia, podendo-se afirmar que um grande passo à operacionalização do princípio da razoável duração dos procedimentos seria o fim do tratamento privilegiado aos órgãos estatais.

A título exemplificativo, de modo a demonstrar que não são as garantias fundamentais as ditas vilãs da busca pela celeridade e também a possibilidade de aceleração procedimental pelo respeito ao princípio da isonomia, em relação ao Estado e seus órgãos e agentes, cabe citar algumas das regras infraconstitucionais que propiciam tratamento diferenciado a estes:

- prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (artigo 188 do Código de Processo Civil);
- duplo grau de jurisdição obrigatório em relação às sentenças prolatas contra o Estado (artigo 475, II, do Código de Processo Civil);
- impenhorabilidade de seus bens (artigo 649 do Código de Processo Civil e artigo 100 do Código Civil);
- dispensa de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória (artigo 488, parágrafo único, do Código de Processo Civil);
- dispensa de preparo para a interposição de recurso (art. 511 do Código de Processo Civil);

- audiência prévia em caso de requerimento de medida liminar em ação possessória (art. 928, parágrafo único, do Código de Processo Civil);
- dispensa do adiantamento das despesas dos atos processuais eventualmente requeridos, que serão pagos a final pelo vencido (artigo 27 do Código de Processo Civil).¹⁵⁴

Sustentando a inadmissibilidade de tais privilégios, e defendendo que uma técnica de isonomização entre o Estado e o cidadão é medida apta à concretização do princípio constitucional em estudo, tem-se a lição de Wagner Bosque:

“O princípio constitucional da isonomia, basilar do Estado de Direito Democrático, assegura igualdade de tratamento entre todos, sem distinções de qualquer natureza, conforme escriturado no caput, do art. 5º. Apesar disso, a estrutura procedimental contém diversas normas cujo conteúdo se contrapõe à igualdade que o povo, ao erigir o novo Estado brasileiro, reconheceu como direito fundamental.

[...]

A inadiável isonomização entre as instituições constitucionais, dando efetiva aplicabilidade ao princípio inscrito no caput do art. 5º, teria como uma de suas conseqüências a aceleração procedimental, ponto central de nossa abordagem, pois extirparia os benefícios de prazo concedidos ao Estado e a seus órgãos (art. 188 do CPC), colocando as partes em ‘igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção da estrutura procedimental’ (LEAL, 2005e, p. 111). Geraria igualmente maior celeridade procedimental ao suprimir de vez a figura paternalista do reexame necessário de sentenças prolatadas contra o Estado (art. 475 do CPC).¹⁵⁵

Sob a perspectiva de um Estado de Direito Democrático, a acepção do princípio da razoável duração dos procedimentos e celeridade de tramitação importa em se conceber a inadmissibilidade de supressão ou mitigação de quaisquer outras garantias fundamentais, sob o pretexto de sua implementação.

A duração do procedimento deve ser razoável, e não instantânea. Juízos “relâmpagos”, que vêm acompanhados da supressão de garantias processuais, remetem a uma carga de subjetividade que coloca nas mãos do julgador o poder de pacificação dos conflitos a ele submetidos, como se o mesmo fosse portador de um dom messiânico, de uma prodigiosidade divina.

¹⁵⁴ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009, 122 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 92.

¹⁵⁵ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009, 122 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 94-95

A abertura a tal discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. A própria noção de razoabilidade de duração não pode ser tida como um conceito aberto ou juridicamente indeterminado, dirigido à interpretação do julgador, uma vez que este aplicaria aos casos concretos “a sua medida de razoabilidade”, substituindo o conteúdo da lei por juízos valorativos seus, sem qualquer participação dos destinatários e interessados.

Quanto ao tema, Wagner Bosque novamente adverte:

“A atividade de preenchimento da vagueza dos conceitos jurídicos indeterminados tem se mostrado indiferente aos argumentos expendidos pelos próprios destinatários da norma, num anacrônico exercício hermenêutico solitariamente articulado pelo intérprete-aplicador da lei. Em outros termos, o conteúdo dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados” é fixado sem contraditório. E nada se coaduna menos com o direito democrático que a figura de um oráculo despótico derogatório da regra ou princípio jurídico por um conteúdo conjecturado pelo julgador no suposto espaço-vazio da norma”.¹⁵⁶

Diante da perspectiva democrática ora defendida, inadmissível que a fixação de sentido desse conceito jurídico indeterminado seja realizada pelo magistrado, sem contraditório.

Vislumbra-se como ideal, para tal situação, a construção dos prazos pelas partes, em contraditório e ampla defesa, diante da omissão normativa, até como critério reforçador da legitimidade do provimento.

Não se pode confundir também a duração razoável do procedimento com a efetividade, estando esta ligada ao ganho de legitimidade decorrente do respeito ao devido processo, enquanto aquela se verifica por meio do atendimento dos prazos normativos concebidos em vista do exercício pleno da defesa e do contraditório, e dos prazos construídos pelas próprias partes em contraditório, diante da omissão normativa.

Considerando, pois, que a duração razoável dos procedimentos é uma garantia fundamental que também se mostra englobada pelo conceito constitucionalmente ampliado de devido processo legal, tem-se que a efetividade processual também passa pela celeridade de tramitação dos procedimentos.

¹⁵⁶ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. 2009, 122 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 75

Contudo, se a celeridade não coexistir junto às demais garantias componentes do devido processo legal, não se poderá falar em efetividade processual. Daí se conclui, portanto, que não se tratam de garantias antagônicas e que a Constituição não impôs qualquer juízo de valoração, mas, ao contrário, impõe o dever de conciliá-las, como forma de tornar o processo efetivo e legitimar a jurisdição.

Como já ressaltado em outras ocasiões, o problema da morosidade jurisdicional não é ocasionado pelo respeito ao contraditório, ampla defesa ou isonomia. Ao contrário, logrou-se êxito em demonstrar, inclusive, que o desrespeito às garantias fundamentais ocasiona mais atraso no fluxo procedimental.

O desrespeito às garantias fundamentais tumultua a seqüência de atos dentro de um procedimento e, por óbvio, confere à parte prejudicada o direito ao recurso.

Outrossim, há que se perquirir se, de fato, o que gera atraso na prolação da decisão final é o prazo para contestar, impugnar ou mesmo se manifestar quanto a um pedido da parte contrária. Ou se seriam, como ora se defende, os inúmeros problemas estruturais que acometem os órgãos incumbidos da função jurisdicional, a falta de gerenciamento administrativo dos recursos estatais, a deficiência quantitativa e por vezes qualitativa de servidores, promotores, juízes e até mesmo advogados, além do escancarado descumprimento às determinações e prazos legais.

O lapso temporal exigido para perfeita oportunização das garantias fundamentais não pode ser tido como dilação indevida, sendo marco necessário ao perfazimento legítimo e efetivo do processo. O mesmo não ocorre, contudo, em relação às chamadas etapas mortas do processo, que muito decorrem dos infundáveis prazos impróprios, conferidos para a prática dos atos do juízo.

Nesse diapasão, vale consignar as precisas conclusões de Jeziel Rodrigues Cruz Júnior a respeito do tema:

“As reformas de nossa lei processual poderiam estar prestando um excelente serviço ao Brasil, mas não têm alcançado esse desiderato, sobretudo porque assentadas em bases ideológicas dos Estados de Direito Social e Liberal que preconiza um direito estratégico e heterônomo (prevalência de “jurisdição” sobre o processo). Por um lado impera a ânsia hodierna da falta de tempo, elevando-a à categoria de direito de primeira ordem, inclusive constitucionalizado (art. 5º LXVIII da Constituição Brasileira). Por outro lado, lançando mão de antiquada teoria processual

(relação jurídica entre pessoas e processo como instrumento da jurisdição), busca-se solucionar a crise do Judiciário depositando toda a confiança na emotiva figura do juiz-Estado, intérprete nato da lei, vocacionado à implantação da justiça social através de sua aguçada e inexplicável percepção do bom e do justo.

Portanto, concluímos que a morosidade judicial não é consequência da deficiência da lei em si, ou do sistema recursal alargado, mas da própria teoria processual ensinada nas faculdades e praticada no foro. Sem um giro epistemológico, a começar das salas de aula, a crise do Judiciário não se resolverá e as propostas de solução ou se revelarão inócuas ou conduzirão para a não aplicação das garantias processuais asseguradas pela Constituição na radicalização da tirania do decisor solipsista”.¹⁵⁷

Desse modo, para uma legítima consecução de soluções ao problema da morosidade jurisdicional, é essencial que se repense o problema e se verifique, urgentemente, que as garantias do devido processo legal e da razoável duração dos procedimentos não são antagônicas, mas complementares na efetivação de um direito processual democrático.

¹⁵⁷ CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. *O mito da agilidade judicial pela exclusão dos direitos fundamentais do processo: uma análise das reformas do sistema recursal cível brasileiro*. 2006, 167 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 145-146.

4 A INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE CELERIDADE PROCESSUAL, RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

4.1 O processo constitucional e a inadmissibilidade de mitigação das garantias processuais fundamentais

Assegurar os direitos fundamentais é uma preocupação que toma cada vez espaço dentre diversos países, sendo esta uma forma de expressão do constitucionalismo contemporâneo.

Outrossim, a consagração de cada vez mais direitos reconhecidos como fundamentais no bojo das mais diversas Constituições suscita a perquirição pelos mecanismos capazes de protegê-los e torná-los concretizáveis.

Em que pese representar um grande passo, o mero reconhecimento formal dos direitos fundamentais no corpo do texto constitucional não se mostra suficiente à sua implementação, a menos que venham acompanhados de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos, ou seja, “as liberdades adquirem maior valor, quando existem garantias que as tornem eficazes”.¹⁵⁸

Com efeito, os estudos sobre processo constitucional partem da análise das garantias constitucionais enquanto mecanismos normativos para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, delimitando sua noção, extensão e limites.

Baracho sustenta que a tutela processual efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da constituição sobre as normas processuais, efetuando-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte as garantias. Desse modo:

“- A Constituição pressupõe a existência de um processo, como garantia da pessoas humana;
- a lei, no desenvolvimento normativo hierárquico desses preceitos, deve instituir esse processo;
- a lei não pode conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo, consagrada na constituição;

¹⁵⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. 337, p. 121.

- a lei instituidora de uma forma de processo não pode privar o indivíduo de razoável oportunidade de fazer valer seu direito, sob pena de ser acoimada de inconstitucional;
- nessas condições, devem estar em jogo os meios de impugnação que a ordem jurídica local institui, para fazer efetivo o controle de constitucionalidade das leis”.¹⁵⁹

Pela via do processo constitucional, as garantias individuais, coletivas e processuais possibilitam o exercício da cidadania plena, consubstanciando-se em consagrações que efetivam o exercício da pluralidade dos direitos.¹⁶⁰

Nesse sentido, importa colacionar novamente as lições do mencionado jurista:

“O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas.

(...)

O procedimento constitucional demanda certos pressupostos essenciais: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos; obrigações emergentes do princípio de celeridade; formas de controle constitucional (preventivo, repressivo direto, repressivo indireto e ocasional); recurso de inconstitucionalidade; ação de inconstitucionalidade; exceção de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade”.¹⁶¹

A efetividade prática dos direitos fundamentais decorre dos mecanismos que possibilitam a realização de tais direitos na via jurisdicional, a saber, as garantias fundamentais do processo, de sorte a ser inadmissível e altamente contraditória qualquer proposta que, sob o pretexto de implementar o direito fundamental de acesso à jurisdição, apregoe a mitigação ou supressão de quaisquer mecanismos assecuratórios, tais como o contraditório, a ampla defesa ou o direito ao recurso.

A esquematização do processo constitucional proposta por Baracho não deixa dúvidas acerca da impropriedade estrutural das pretensões de suprimir quaisquer garantias fundamentais, haja vista que seriam pressupostos básicos de um processo constitucionalizado, dentre outros: a) o direito de ação e defesa, em toda sua completude, por uma série de normas que configuram o devido processo legal; b) a garantia constitucional do direito de agir em juízo, para tutelar os próprios

¹⁵⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. Fórum, 2006.

¹⁶⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. 337, p. 120.

¹⁶¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. 337, p. 120.

direitos e interesses legítimos; c) a garantia inviolável à defesa, em qualquer órgão ou grau do procedimento; d) a igualdade das partes; e) a garantia de não privação das partes do juiz natural legalmente designado.¹⁶²

Outrossim, sendo o processo constitucional uma “metodologia de garantia dos direitos fundamentais”¹⁶³, inadmissível que seja encarado como mero instrumento da jurisdição:

“Reduzir o processo à categoria de instrumento, quando a definição de direito material aplicável à espécie sob julgamento pressupõe a participação dos litigantes em condição de igualdade, constitui uma manipulação perversa e ideológica que requer combate sem tréguas. Ao contrário do que se apregoa, não é o processo que deve servir de instrumento à jurisdição, esta é que, como função do Estado, deve balizar os contornos de sua atuação no devido processo legal”.¹⁶⁴

Com efeito, pode-se dizer que a jurisdição somente se viabiliza dentro desse sistema de proteção dos direitos fundamentais, derivado das garantias processuais, que também gozam desta natureza, assegurando ao povo uma jurisdição eficiente, coerente com o Estado Democrático de Direito.¹⁶⁵

Assim, é apenas mediante uma estrutura constitucionalizada do processo que a jurisdição se realiza, como apregoa a teoria constitucionalista do processo, sendo certo que o imperativo estatal emanado por meio da decisão judicial não pode se fundar em arbítrio do magistrado, devendo ser, ao contrário, resultado lógico da atividade desenvolvida em contraditório pelas partes.

Partindo da premissa de que a jurisdição constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia da Constituição, salvaguardando os direitos fundamentais, emerge a noção de processo enquanto instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, assegurado pelas garantias constitucionais.

Dessarte, o direito fundamental à jurisdição é contemplado pela via do processo constitucional, que funda suas bases sob os institutos de garantia previstos

¹⁶² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro, *Revista Forense*, vol. 337, p. 122-123.

¹⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p.105-123, jan./mar. 1997, p. 119-120.

¹⁶⁴ DONIZETTI NUNES, Elpídio. Jurisdição, Judicção e Tutela Legal na Teoria do Processo Contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 233

¹⁶⁵ CANDIDO JÚNIOR, Raimundo. CÂNDIDO, Carolina Fagundes. As reformas processuais e o processo constitucional. In: BRETAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana (Coord.). *Processo civil Reformado*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 91.

na Constituição Brasileira, não se podendo admitir, sob o pretexto de impingir de celeridade a jurisdição, a proposta e a efetivação de reformas que tragam quaisquer prejuízos às garantias fundamentais.

A respeito do tema, sempre precisas as lições de Baracho:

“Não se podem buscar a *simplicidade e eficácia* processuais, com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos onerosa, mas sem se esquecer custo e qualidade. O juiz como órgão terminal de apreciação da Constituição deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados”.¹⁶⁶

A busca por um procedimento célere de forma desenfreada, como realizado pelas últimas reformas do Código de Processo Civil e como se vê em algumas das propostas constantes do projeto do novo Código (que serão analisadas adiante), implica na mitigação e até mesmo supressão das garantias constitucionais e, via de conseqüência, da própria da cognição.

De seu turno, tal instituto deve ser entendido como o responsável pela valoração e valorização dos argumentos e provas dentro do procedimento, desenvolvendo-se justamente mediante o respeito ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia.¹⁶⁷

Como já demonstrado, as etapas mortas do procedimento possuem grande responsabilidade pela denominada morosidade jurisdicional, justamente por significarem uma significativa e injustificada pausa temporal no fluxo dos atos procedimentais, em clara violação à legislação processual.

As últimas reformas no Código de Processo Civil e as propostas para a nova codificação, que ainda serão alvo de estudo, parecem desconsiderar tais fatos, visando a consecução de uma celeridade a qualquer custo, ainda que para tanto seja necessário violar a própria natureza do devido processo constitucional.

Com efeito, nessa visão apontada, parte-se do pressuposto de que um procedimento célere é o que tornaria o processo efetivo. Contudo, a efetividade do processo configura-se pelo ganho de legitimidade decorrente do respeito ao devido

¹⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.20.

¹⁶⁷ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215.

processo legal, e não consiste na velocidade com que se chega à final decisão acerca de um litígio.

Tal questão parece ter sido novamente olvidada na elaboração do projeto do novo Código de Processo Civil, haja vista que este, como publicamente divulgado, está sendo editado para atender ao clamor por uma “justiça mais rápida”¹⁶⁸, valendo-se, para tanto, de dispositivos de duvidosa constitucionalidade, como por exemplo, os previstos nos artigos 276 a 278, que tratam da possibilidade de concessão de liminares, em geral, sem a demonstração de *periculum in mora*, sob a forma de “tutelas de evidências” ou “tutelas de urgência”.¹⁶⁹

Trata-se, portanto, da vertente de pensamento jurídico inadequada ao constitucionalismo democrático, que vê na figura dos magistrados um mítico e prodigioso julgador, sendo-lhes conferidos poderes desmedidos para que, na função de protagonistas de uma relação processual, distribuam a justiça e atendam aos clamores por paz social.¹⁷⁰

As propostas de celeridade, como se encontram no atual código ou segundo as proposições constantes do projeto, não se mostram democraticamente adequadas.

¹⁶⁸ Como já ressaltado anteriormente, vê-se como impróprio e atécnico o uso da palavra “justiça”, tão em voga hodiernamente, haja vista que esta, quando assim posta, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e a seriedade científica do texto expositivo

¹⁶⁹ Seção II

Da tutela de urgência cautelar e satisfativa

Art. 276. A tutela de urgência será concedida quando forem demonstrados elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

Seção III - Da tutela da evidência

Art. 278. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação, quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;
II – um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III – a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV – a matéria for unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

Parágrafo único. Independente igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

¹⁷⁰ Tal protagonismo do julgador permite, por exemplo, que o magistrado defina, sem quaisquer critérios previamente fixados por lei, quais são os “casos excepcionais” (referidos no art. 277 do Projeto de Lei 166/2010) que autorizam a concessão oficiosa de medidas de urgência.

Não se questiona, em momento algum, a necessidade de se buscar soluções para consecução de uma jurisdição menos morosa. O que se mostra inadmissível, neste ponto, é a prevalência da celeridade sobre o contraditório, a ampla defesa e outras garantias fundamentais, mediante o atropelamento da estrutura do procedimento, de modo completamente aviltante ao processo constitucional.

Supondo que a supressão das atividades de cognição do juiz, que representam também garantias fundamentais às partes, possibilitaria uma rápida solução da lide, parte da produção legislativa dos últimos anos vem se voltando à adoção desse modelo, para atingir uma hipotética efetividade processual.

Contudo, os estudos acerca do processo constitucional demonstram, de modo inarredável, que a cognição deve se reger pelo devido processo legal, caso contrário, pouco importa a consecução de uma decisão em tempo razoável, haja vista que esta será democraticamente ilegítima, ensejando, sem sombra de dúvidas, o interesse da parte sucumbente em fazer valer seu direito ao recurso.

O processo, enquanto seja entendido como instituição constitucionalizada, determina a regência do procedimento por seus princípios institutivos e informativos.

Partindo-se de uma acepção democraticamente adequada de processo e de jurisdição, que deveria também permear os estudos de legisladores e membros de comissões, na elaboração dos diplomas normativos, verifica-se que inexistem incompatibilidade entre celeridade e ampla defesa, sendo, ao contrário, garantias fundamentais complementares.

O problema hoje debatido é a morosidade, mas não se deve esquecer que, a se perpetrar todo tipo de reforma supressora de garantias fundamentais, em breve a crise do processo não mais será pela demora na consecução de uma decisão final, mas na falta de qualidade e de legitimidade de tais decisões, que não serão democraticamente válidas, posto que construídas sem a participação dos destinatários de tal ato.

Em consonância com tal linha de raciocínio, mostram-se os ensinamentos de Brêtas, em sua mais recente obra:

“Efetivamente, é necessário que a sociedade, os legisladores e os operadores ou práticos do direito entendam, de uma vez por todas, que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora da solução decisória pretendida nos processos não pode ser resolvida sob a

concepção esdrúxula de uma cogitada jurisdição relâmpago, o que é impossível existir em qualquer lugar do planeta, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, sobretudo naqueles de maior complexidade. É preciso que haja um tempo procedimental adequado, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas entre os envolvidos, sob a reconstrução cognitiva do caso concreto, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, não havendo outro modo substitutivo racional e democrático de fazê-lo”.¹⁷¹

Assim, o prazo compreendido entre o início e o fim do procedimento deve ser razoável, o que não representa ínfimo, insignificante ou mínimo, cabendo a adequação conforme cada caso concreto, em atenção à complexidade das questões debatidas e atuação das partes e dos agentes estatais.

O que deve ser expurgado do âmbito do procedimento são as dilações indevidas, que em nada se relacionam às garantias fundamentais do processo constitucional, evitando-se, assim, os prolongados períodos de paralisia dos autos, especialmente pela desobediência, pelos próprios agentes estatais, dos prazos definidos em lei.

Caso não houvesse tamanho desrespeito aos prazos e, via de conseqüência, à própria idéia de procedimento como uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais, praticados na forma da lei, concluir-se-ia com mais facilidade que se afigura completamente desnecessária qualquer supressão ou mitigação das garantias fundamentais e da cognição.

Tal supressão não permite o fiel desenvolvimento do procedimento, como é exigido ante uma perspectiva de direito processual democrático.

Outrossim, em sede de Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais consubstanciados na Constituição tem que ser tidos por líquidos e certos, dotados de aplicabilidade imediata e insuscetíveis de supressão, ainda que sob o falacioso pretexto de satisfação da garantia de razoável duração dos procedimentos.

Nesse sentido,

“Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direitos *líquidos* (autoexecutivos) e *certos* (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só

¹⁷¹ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 157-158.

passíveis de *lesões ou ameaças* após efetivamente concretizados *ex-officio* pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (*devido processo legal*) a serem manejados por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais, criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável”.¹⁷²

A obrigação estatal em efetivar os direitos e garantias fundamentais consagrados, bem como de impedir a violação destes, é tão patente que Rosemiro Pereira Leal concebe a idéia de que a Constituição deve ser considerada como um título executivo:

“a constitucionalidade democraticamente cartularizada equivale a um título executivo extrajudicial que, em seus conteúdos de *liquidez e certeza*, se lança à imediata satisfação como devido *a priori* pela Administração Governativa, porque, se não adredemente executados os direitos titularizados pela constitucionalização, não há falar em lesão ou ameaça a *direitos fundamentais* do nada que pedisse reparos ou socorro por *tutelas de urgência* de um judiciário mesmo que prestimoso e sutil. O anúncio de direitos fundamentais e intocáveis pela decisão constituinte torna imperativa sua existência institucional, uma vez que a *liquidez e a certeza* desses direitos reclamam execução ininterrupta de *mérito* pressuposto já pré-julgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador ordinário da constitucionalidade vigorante”.¹⁷³

Logo, verifica-se que somente em uma perspectiva instrumentalista do processo é possível admitir a supressão de quaisquer das garantias fundamentais ou mesmo da cognição. Ante uma análise do processo constitucional, garantidor da efetivação dos direitos fundamentais, não se pode conceber a cognição como atividade intelectual do magistrado em uma eventual e mítica busca pela paz social.

Também a cognição é um direito fundamental, onde se possibilitará, dentro de um espaço processualizado, a valoração e valorização de argumentos e provas, com vistas à consecução de um provimento legítimo.¹⁷⁴

Portanto, verificadas as diretrizes do processo constitucional, sobressai que a morosidade jurisdicional não tem por causas as garantias fundamentais ou a cognição, sendo inconstitucionais e inadmissíveis quaisquer tentativas de suprimi-las.

¹⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In MERLE, Jean-Cristophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p.338.

¹⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In MERLE, Jean-Cristophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p.338-339

¹⁷⁴ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215.

4.2 A possibilidade de coexistência harmônica entre celeridade, razoável duração e devido processo legal

Ao longo do presente estudo, procurou-se demonstrar que a morosidade jurisdicional não apresenta por causas as garantias fundamentais do processo ou mesmo a cognição.

Sob a perspectiva de um direito processual democrático, celeridade, razoável duração e o devido processo legal são garantias auto-includentes, que se complementam e coexistem harmonicamente.

O vislumbre de qualquer incompatibilidade sistêmica entre as garantias fundamentais, aí incluída a razoável duração dos procedimentos, decorre da filiação, ainda hoje muito forte, de estudiosos, operadores do direito e legisladores, a teorias democraticamente inadequadas quanto à noção de processo e jurisdição.

Sob o ponto de vista ora sustentado, o que torna morosa a jurisdição não é o prazo conferido para manifestação da parte contrária ou mesmo o prazo para interposição de um recurso. Se analisados detidamente, os prazos previstos no Código de Processo Civil atual já são, de certa forma, razoáveis.

A exigência de oportunização do contraditório a uma parte, antes que se defira uma liminar de natureza satisfativa contra si, não se configura como dilação indevida, mas como obediência a um comando constitucional.

Talvez por ainda ser um marco recente na redemocratização, não são raras as vezes em que se percebe uma tendência a tratar como supremas as normas infraconstitucionais, em especial as constantes dos Códigos de processo, olvidando-se da hierarquia das normas e da preponderância absoluta da Constituição Brasileira sobre estas.

É a própria Constituição Brasileira que prevê os direitos fundamentais e garante a fruição desses pela via do processo constitucional, assegurando ao povo o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, ou seja, o devido processo legal, em seu conceito expandido, que também engloba a garantia de razoável duração dos procedimentos e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inc. LXVIII).

Outrossim, chega a ser uma decorrência lógica que o texto constitucional não irá conferir aos cidadãos garantias antagônicas e que não possam coexistir, ficando novamente claro que o problema da morosidade jurisdicional vem sendo há muito encarado sob enfoques equivocados.

Nesse sentido:

“É por meio do processo constitucional que o povo assegura seu direito à jurisdição, com respeito aos institutos consagrados no diploma constitucional, não se podendo, em nome de uma suposta celeridade, acatar uma pilha de reformas que tragam prejuízo às garantias constitucionais. Ao contrário, o legislador deve sempre ter em mente a necessidade de uma análise profunda dos instrumentos do processo constitucional, porque é somente por meio do seu aprimoramento e eficiência é que se podem tornar eficazes os direitos fundamentais, que reclamam por interpretações modernas e soluções urgentes”.¹⁷⁵

Portanto, não se mostra admissível o combate à morosidade jurisdicional pela via da supressão da cognição, eliminando-se o contraditório, isonomia e especialmente da ampla defesa, sob pena de mitigar o devido processo legal, concebido constitucionalmente como uma garantia alargada, na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O processo é uma instituição constitucionalizada regente da construção estruturante do procedimento, e, considerado como reunião de princípios e institutos, a retirada ou mitigação de quaisquer de seus princípios institutivos acarreta uma afronta à própria natureza do processo.

A celeridade jurisdicional tão buscada nas atuais reformas em razão do direito à duração razoável dos procedimentos acaba por vezes cerceando a defesa das partes e, por conseguinte, afastando o devido processo legal.

Essa equivocada visão de que há necessidade de uma ponderação de valores entre celeridade e as demais garantias processuais, além de não resolver o problema da morosidade jurisdicional (por não atacar as causas corretas), ainda impinge a jurisdição de ainda mais ineficiência, a partir do momento em que o provimento final, além de intempestivo, corre o risco de ser ilegítimo, por violação ao devido processo legal.

¹⁷⁵ CANDIDO JÚNIOR, Raimundo. CÂNDIDO, Carolina Fagundes. As reformas processuais e o processo constitucional. In: BRETAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana (Coord.). *Processo civil Reformado*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 95.

Dessa maneira, vê-se que a análise quanto à duração de um processo deve ser feita tendo em vista a complexidade do caso, o comportamento das partes e dos órgãos jurisdicionais na direção dos processos.¹⁷⁶

Assim, a garantia do prazo razoável não se resolve apenas sobre o plano das regras procedimentais, existindo fatores primordiais que devem ser analisados, como a organização judiciária e, especialmente, uma clara inaptidão em grande parte dos agentes que exerce a função jurisdicional, para gerenciar recursos administrativos de maneira adequada.

Não se imputa a responsabilidade por essa inaptidão aos magistrados em si, haja vista que não são, por formação, administradores. Contudo, incumbe aos responsáveis pela gestão e organização judiciária a consecução de maneiras mais eficazes de se administrar a estrutura dos órgãos jurisdicionais do país, melhor atentando no que diz respeito ao fornecimento de meios e recursos para o funcionamento da jurisdição.

A partir de um correto funcional administrativo e estrutural dos órgãos jurisdicionais, importa quebrar o dogma de inatingibilidade que cerca os agentes responsáveis pelo exercício direto das funções estatais, impondo, efetivamente, sanções àqueles que violarem os prazos e procedimentos previstos, ou que manifestarem desempenho insuficiente do que almejado.

Todos esses fatores só servem para demonstrar ainda mais o quão compatíveis são as garantias processuais constitucionalmente previstas, que se ligam direta e intrinsecamente aos sentidos de vida, liberdade e dignidade, conforme sustenta Rosemiro Pereira Leal:

“Com efeito, uma **Teoria da Constituição Democrática**, na concepção pós-moderna da falibilidade (incompletude) dos sistemas, há de passar pela compreensão curricular da **teoria do processo** como enunciativa (descritiva-argumentativa) dos direitos fundamentais (fundantes) da correlação humana *contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade*”.¹⁷⁷

A incompatibilidade que necessita urgentemente de ser relevada é a que existe entre um direito processual efetivamente democrático e as teorias processuais

¹⁷⁶ BRETAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.162.

¹⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 58.

que enxergam o processo como instrumento da jurisdição, na busca pela satisfação de escopos metajurídicos.

Para a efetivação de um Estado Democrático de Direito no Brasil, é imperiosa uma noção adequada de processo, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, afastando-se, de uma vez por todas, as ideologias que permeiam o atual Código de Processo Civil, tais como “acesso à justiça”, “paz social” e “equidade”.

Rosemiro Pereira Leal aduz que:

“a decisão, nesse conceito como resultante necessária de um alardeado ‘acesso à justiça’, cumpriria o nobre desiderato luhmanniano de oferta pública de um *Poder Judiciário* agrupador de um colegiado de guardiães-mosqueteiros dos sistemas jurídico, social e econômico, que, com proficiência egressa da sensibilidade e da rara agilidade mental dos seus integrantes, seria distribuidor de célere paz social e eticidade formal na solução dos conflitos. A racionalidade sistêmica aqui supriria e curaria as lacunas e a dolosidade dos planos enganosos dos governos, bem como levaria uma *justiça* farmacológica aos desafortunados pelo abandono e opressão estatais”.¹⁷⁸

Além de não incompatíveis, as garantias fundamentais entrelaçam-se, formando o aparato do devido processo legal e seus consectários, de modo a garantir a legitimidade de uma decisão advinda de procedimento que fornece ao julgador todos os elementos necessários para formação racional de sua convicção.

A celeridade e a razoável duração dos procedimentos garante que a cognição se desenvolva em prazo útil, de modo a possibilitar, pelo respeito ao devido processo legal, que o processo seja efetivo e que a decisão seja legítima.

Intimamente ligado à legitimidade decisória mostra-se o dever de fundamentação dos provimentos jurisdicionais, que também se engloba como decorrência do devido processo legal, afastando, de plano, as motivações inexistentes, insuficientes ou descabidas, como aquelas que se valem de ideologias e finalidades míticas de bem comum, de natureza meta-jurídica.

A respeito da fundamentação das decisões, vale consignar as lições de Michele Taruffo:

“Sob o plano da jurisdição, isto significa que o provimento do juiz não se legitima enquanto exercício de autoridade absoluta, mas enquanto o juiz

¹⁷⁸

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. p.105.

justifique o modo ao qual exercita o poder que lhe é delegado pelo povo, que é o primeiro e verdadeiro titular da soberania. Portanto o dever de justificar a decisão, que responde seja à necessidade de demonstrar os fundamentos de fato e de direito, seja à necessidade de permitir que tal fundamento seja discutido, isto é, seja controlável pelo externo de modo difuso. O exercício do poder jurisdicional deve ser transparente, racional e controlável, igual ao exercício de qualquer poder no âmbito do Estado Democrático de Direito. Tudo isso leva a individuar a fundação essencial do dever de motivação como garantia constitucional, que pode ser sintetizada em dois elementos. De um lado, se pode dizer que lhes é válido exercício da jurisdição somente onde exista motivação, já que a administração da justiça se legitima através da justificação e controle dos provimentos jurisdicionais. De outro lado, a possibilidade do controle externo e difuso sobre o exercício do poder jurisdicional se configura como uma manifestação essencial do princípio de participação popular à administração da justiça. Trata-se evidentemente da participação em forma de controle sobre o exercício do poder delegado ao juiz, mas intui-se facilmente que se trata de um instrumento importantíssimo. Através do controle e antes por efeito da mesma possibilidade, o povo se reapropria da soberania e a exercita diretamente, evitando que o mecanismo da delegação do poder se transforme em uma expropriação definitiva da soberania por parte dos órgãos que tal poder é exercido em nome do povo”.¹⁷⁹ (tradução livre)

Com arrimo nos argumentos expostos, mostra-se possível a verificação de que as garantias de razoável duração dos procedimentos e de celeridade procedimental e jurisdicional também englobam, de certa forma, o devido processo legal, formando um arcabouço de garantias que se interligam e se complementam, para dar efetivação aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

É chegada a hora de superar os dogmas instituídos por teorias processuais que não se situam sob o pano de fundo do direito processual democrático,

¹⁷⁹ TARUFFO, Michelle. Il Significato Costituzionale Dell' Obligo di Motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). Participação e Processo. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1988. p. 41-42. No original: “Sul piano della giurisdizione, ciò significa che il provvedimento del giudice non si legittima in quanto esercizio di autorità assoluta, ma in quanto il giudice renda conto del modo in cui esercita il potere che gli è stato delegato dal popolo, che è il primo e vero titolare della sovranità. Donde l'obbligo di giustificare la decisione, che riponde sia alla necessità di dimostrarne la fondatezza in fatto e in diritto, sia alla necessità di permettere che tale fondatezza sia diskutierbar, cioè sia controllabile dall'esterno in modo difuso. L'esercizio del potere giurisdizionale deve dunque essere "transparente", racionale e controllabile, al pari dell'esercizio di qualunque potere nell'ambito dello Stato democratico di diritto. Tutto ciò porta ad individuare la fondazione essenziale dell'obbligo di motivazione come garanzia costituzionale, che può essere sintetizzata in due elementi. Da un lato, si può dire che vi à valido esercizio della giurisdizione soltanto dove vi è motivazione, ossia che l'amministrazione della giustizia si legittima attraverso la giustificazione e la controllabilità dei provvedimento giurisdizionali. Dall'altro lato, la possibilità del controllo esterno e difuso sull'esercizio del potere giurisdizionale si configura come una manifestazione essenziale del principio di partecipazione popolare all'amministrazione delle giustizia. Si tratta evidentemente della partecipazione in forma di controllo sull'esercizio del potere delegato al giudice, ma intuisce facilmente che si tratta di uno strumento importantissimo. Attraverso il controllo, ed anzi per effetto della sua stessa possibilità, il popolo si riappropria della sovranità e la esercita direttamente, evitando che il meccanismo della delega del potere si trasformi in una espropriação definitiva della sovranità da parte degli organi che tale potere esercitano in nome del popolo”.

consagrando-se que a efetivação de uma garantia (no caso, a de duração razoável dos procedimentos) depende obrigatoriamente do respeito às demais. A partir desse ponto é que se mostra possível perquirir, identificar e sanar, de maneira mais facilitada, os problemas que tornam a jurisdição ineficiente.

4.3 Técnicas alternativas à consecução legítima de uma jurisdição eficiente e menos morosa

Com vistas à operacionalização do princípio da razoável duração dos procedimentos, tem-se concebido (por vezes, de maneira bastante equivocada) uma série de técnicas visando à diminuição do lapso temporal existente entre a instauração e a resolução do procedimento.

O legislador, em especial, vem criando diversas técnicas de aceleração procedimental, na tentativa de superação do problema da morosidade jurisdicional, e visando a atender os comandos constitucionais, legais, e até mesmo aos clamores sociais. Dentro desta perspectiva, destacam-se duas espécies de técnicas: as de sumarização da cognição; e as de sumarização das fases do procedimento.¹⁸⁰

Podem ser citadas, exemplificativamente, nesse quadro de tutelas de urgência e técnicas de aceleração procedimental que se valem, inadequadamente, da sumarização da cognição:

- a medida prevista no artigo 285-A do Código de Processo Civil (julgamento de “sentença emprestada ou clonada”¹⁸¹);
- as súmulas vinculantes;
- a cognominada súmula impeditiva de recursos (art. 518, §1º do Código de Processo Civil)
- as denominadas tutelas de urgência e de evidência, constantes do projeto do novo Código de Processo Civil.

¹⁸⁰ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: PUC Minas PPG Direito, 2009, p. 89.

¹⁸¹ BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. In: BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

Contudo, para que se possa falar em cognição, é necessário, antes de tudo, que se esclareça que a noção ora adotada não é aquela que vê a cognição como uma atividade técnica do juiz para colher os elementos de provas apurados no curso da instrução processual, mas, ao contrário, como uma instituição do processo.

Tratando da equivocada noção de cognição (especialmente segundo os adeptos de uma visão instrumentalista do processo), afirma Dheniz Cruz Madeira:

“a cognição não é atividade solitária de inteligência do magistrado, tampouco técnica a serviço do julgador, já que a valoração das provas, Estado Democrático de Direito, também deve ser compartilhada em todas as fases procedimentais do processo cognitivo. Quando se utiliza a expressão “compartilhada” quer-se dizer que a cognição não pode ter por base, unicamente, a razão do julgador. O exercício argumentativo-racional das partes vincula a atividade cognitiva do juiz. A cognição não pertence só ao juiz, mas também (e mais ainda), àqueles que sofrerão os efeitos do provimento”.¹⁸²

Prossegue o referido autor, esclarecendo brilhantemente a acepção da cognição, na perspectiva de um Estado de Direito Democrático:

“no atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, a cognição pode ser conceituada como instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos”.¹⁸³

Concebida, pois, como um instituto, a cognição importa na valoração e valorização das provas produzidas e dos argumentos expendidos em contraditório, sendo fundamental que o procedimento de cognição seja pautado pelos princípios institutivos do processo, de modo a permitir a fiscalidade procedimental dentro de um espaço discursivo que obedeça ao devido processo constitucional.

Traçada, pois, a noção que se considera adequada de cognição, e sua relação com as garantias processuais fundamentais, mostra-se possível, nesse

¹⁸² MADEIRA, Dheniz Cruz. Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 118

¹⁸³ MADEIRA, Dheniz Cruz. Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119.

sentido, conceber tão somente a concentração de fases que compõem a estrutura do procedimento, sem prejuízo da cognição e das garantias processuais constitucionais.

Tais técnicas de sumarização do procedimento visam, de regra, suprimir ou concentrar fases integrantes da estrutura procedimental do modelo ordinário, sem que isso importe em limitação, supressão ou prejuízo da atividade cognitiva e das garantias processuais fundamentais das partes e interessados.¹⁸⁴

Essas modalidades de sumarização do procedimento são aptas a possibilitar, por vezes, a consecução da almejada celeridade de uma maneira adequada. Pode-se citar, exemplificativamente, as providências preliminares, o julgamento conforme o estado do processo ou julgamento antecipado da lide (previsto nos artigos 329 e 330 do Código de Processo Civil), o procedimento monitório, o sincretismo processual e a tutela antecipada, quando, obviamente, respeitadas todas as garantias fundamentais.

Como bem adverte Brêtas, não só a omissão e a negligência geram dilação indevida do procedimento, mas “também a hiperatividade desordenada dos órgãos jurisdicionais nos processos, quando, de forma tumultuária, determinam a produção de provas desnecessárias à solução da causa”.¹⁸⁵

Dessarte, exemplificativamente, se respeitadas as garantias fundamentais, oportunizando-se, isonomicamente, o contraditório e a ampla defesa às partes, e estas, assim, decidirem pela desnecessidade de produção de novas provas, a utilização de tal técnica de sumarização procedimental mostra-se adequada, respeitando o devido processo legal e atendendo, ao mesmo tempo, a celeridade de tramitação e a razoável duração procedimental.

Conjugadas todas essas circunstâncias, tem-se o que se poderia chamar de um processo efetivo, que representa um ganho de legitimidade para o sistema.

Contudo, não é este o caso da sumarização da cognição. Tais técnicas, via de regra, importam em limitação da possibilidade argumentativa dos litigantes ou possibilitam a emissão de provimentos fundados em juízos de probabilidade. Em ambas hipóteses, ocorre supressão das garantias basilares do processo.

¹⁸⁴ BOSQUE, Wagner Mendonça. *Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático*. (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: PUC Minas PPG Direito, 2009, p. 89.

¹⁸⁵ BRÊTAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 201.

Nesse íterim, o que se podem vislumbrar são alternativas, técnicas de sumarização procedimental que seriam, de fato, aptas a resguardar a razoável duração dos procedimentos e a celeridade, sem aviltamento a quaisquer direitos ou garantias fundamentais.

Com efeito, retoma-se a já abordada questão da violação ao princípio da isonomia, pelos indevidos privilégios conferidos ao Estado e seus órgãos.

Se o legislador e o próprio Estado demonstram tamanha preocupação com a aceleração procedimental, não restam dúvidas de que o primeiro passo deveria ser a ocorrência de isonomização entre Estado e particulares, pondo fim aos privilégios conferidos pela lei àquele.

Não é crível que, em um período como o atual, em que se apregoa uma busca incessante pela celeridade, ainda se insista na manutenção dos privilégios ao Poder Público, como os prazos impróprios, os prazos em dobro e em quádruplo, o reexame necessário das decisões contra si, a modalidade de pagamento por precatório, dentre outras, já anteriormente citadas.

Esses são, de fato, os verdadeiros inimigos da razoável duração dos procedimentos e da celeridade.

Diversas hipóteses podem, ainda, ser vislumbradas na tentativa de superação da ineficiência jurisdicional, sem que seja necessária a supressão ou mitigação de quaisquer das garantias fundamentais.

Cite-se ainda, exemplificativamente, a retirada da regra do efeito suspensivo automático do recurso de apelação, possibilitando a execução imediata do título judicial como alternativa de aceleração procedimental, bem como a implementação de tecnologias de informação para auxílio no manejo e tramitação dos procedimentos.

Ademais, embora boa parte da doutrina e dos estudiosos do tema olvide dos aspectos estruturais também responsáveis pela morosidade da prestação jurisdicional, pode-se citar esta brilhante lição, formulada por Brêtas:

“a solução desse problema de fundo é política e jurídica, o que exige completa, sólida e coesa estruturação constitucional de todos os órgãos do Estado, sobretudo dos seus órgãos jurisdicionais, cujas atividades, a esse

desiderato, como estamos a sustentar, devem mostrar-se adequadas, eficientes e acessíveis a qualquer um do povo”.¹⁸⁶

Nessa seara, torna-se imprescindível compreender a incorreção em se encarar o problema da ineficiência jurisdicional como de resolução simples, por meio de meras reformas na legislação processual, sem ampla discussão, e com mitigação de garantias individuais, bem como a possibilidade e necessidade de conciliação entre estas garantias e a razoável duração do processo, de modo a culminar em uma prestação jurisdicional eficiente e tempestiva.

A eficiência jurisdicional pressupõe, dentre outros aspectos, o regular cumprimento dos prazos processuais legalmente instituídos, não se podendo admitir a existência de dilações indevidas no curso do procedimento.

De tal modo, ao contrário do que propagam as recentes reformas, não é a supressão do contraditório e outras garantias que trará as esperadas soluções aos problemas de morosidade da jurisdição.

A ausência do contraditório somente pode ser admitida em raros e excepcionais casos, como, por exemplo, pedidos liminares, onde não se exclui a garantia, mas tão somente a posterga para momento posterior (garantida a reversibilidade da medida), vez que seu exercício anterior certamente interferiria na eficácia do provimento.

Tal possibilidade encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, tanto na previsão dos provimentos cautelares, de acordo com o art. 804 do Código de Processo Civil, quanto no caso da tutela antecipada, consagrada pelo art. 273 do Código de Processo Civil.

Conforme ensina Dierle Nunes, o exercício de tal contraditório diferido

“deverá somente ser acatado quando além de observados os permissivos legais ocorra no caso concreto maior adequabilidade de aplicação de algum outro princípio constitucional em detrimento da abertura e aplicação do contraditório.

Quando não existir melhor adequabilidade de outro princípio em face do contraditório não existiria razão para proferimento de decisão sem a

¹⁸⁶ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 107.

abertura do debate preventivo, ou seja, somente excepcionalmente a liminar deveria ser deferida sem oitiva da parte *ex adversa*”.¹⁸⁷

O referido autor ainda faz alerta no sentido de que não deve ser mitigado o contraditório, mas, ao contrário, deve ser inibido qualquer objetivo protelatório e formalista, propondo-se a “utilização adequada da fase preparatória do procedimento de modo a impedir idas e vindas constantes pelo aparecer constante de novas questões”:

“A utilização da fase preparatória (nosso art. 331 do CPC), levada a sério, com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável.

Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, [...] conduzem a conclusão que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do modelo de aplicação processual pragmática brasileiro para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico.

Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, bastando somente uma percepção simples que a fase de nossa audiência preliminar (art. 331, CPC) não serve somente para a tentativa de obtenção de acordo e da declaração de saneamento, uma vez que essa deve buscar uma função técnica mais importante, qual seja, a filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável.

(...)

É da assunção das respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados”.¹⁸⁸

Verifica-se, de tal modo, que diversas hipóteses podem ser vislumbradas na tentativa de superação dos problemas da ineficiência e morosidade jurisdicional, sem que seja necessária, contudo, a mera cogitação de supressão de quaisquer garantias processuais fundamentais, como vem se consagrando por meio das reformas processuais e, mais recentemente, com o projeto do novo Código de Processo Civil.

¹⁸⁷ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. 1ª. ed. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

¹⁸⁸ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. 1ª. ed. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174

O processo, como visto, deve ser encarado como “uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais”¹⁸⁹, uma instituição constitucionalizada que se desenvolve por meio de um procedimento realizado em contraditório pelas partes, onde se respeite o devido processo constitucional, a isonomia e a ampla defesa, garantindo a fruição dos direitos fundamentais constitucionalmente consubstanciados.

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, não mais se pode admitir que o processo seja encarado como a conjunção entre procedimento e relação jurídica, olvidando-se de toda a principiologia constitucional que deve orientar a jurisdição e o processo.

Nessa seara, inadmissível a manutenção do protagonismo judicial que ainda hoje é característico na acepção de processo no Brasil, e que tende a se perpetuar ainda mais, ante uma análise de dispositivos constantes do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

A título exemplificativo, cabe o estudo de alguns dos dispositivos propostos no Projeto de Lei 166/2010 (aprovado pelo Senado em dezembro de 2010, ocasião em que foram acolhidas e incorporadas algumas das emendas propostas, dando origem a texto substitutivo, que será a base das análises realizadas), para o novo diploma normativo do processo civil pátrio.

Antes, contudo, vale destacar “que o trabalho de elaboração do anteprojeto que serviu de base ao atual Projeto foi desenvolvido pela Comissão em exíguo espaço de tempo, de forma visivelmente apressada, o que gerou muitas imperfeições e graves deficiências na sua sistematização e nos seus conteúdos normativos”.¹⁹⁰

Em que pese a incorreção democrática do protagonismo judicial, houve a eliminação de disciplina específica dos procedimentos cautelares típicos, sendo que toda a cautelaridade agora recairá sobre um poder geral do juiz, ao que parece, amplo e incondicionado, de determinar as medidas aplicáveis a cada espécie, até mesmo de ofício, com os contornos e limites que entender próprios.

¹⁸⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p.105-123, jan./mar. 1997, p. 119-120.

¹⁹⁰ BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coordenadores). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 372

Em outra oportunidade, já fora ressaltada também a possibilidade de concessão de liminares, agora sem a demonstração do *periculum in mora*, tendo o projeto do novo código trazido a figura da chamada “tutela de evidência” (artigo 278), outorgando, novamente poderes significativos ao magistrado, confiando à sua mente privilegiada a consecução da “justiça”.

Também de forma contrária ao que indica um direito processual democrático, o projeto de novo código insistiu em privilegiar a discricionariedade do magistrado, por meio de conceitos jurídicos abertos ou indeterminados. Em seu artigo 6º, encontra-se previsão de que, os juízes, ao aplicarem a lei, devem atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Tal dispositivo consubstancia de modo preocupante o chamado protagonismo judicial, representando uma ampliação perigosa dos poderes diretivos do julgador, implicando na possibilidade, eventualmente, de descumprimento de comandos legais, para satisfação dos fins sociais a que a lei se dirige, exemplificativamente.

Nesse mesmo sentido, o artigo 109 do Projeto, cuja redação foi mantida no artigo 120 do substitutivo apresentado pelo Senado, aduz que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

Tal previsão mostra-se inadmissível sob bases democráticas, haja vista que reforça ainda mais o protagonismo judicial e também, como adverte Brêtas, a principiologia constitucional do Estado Democrático de Direito não abre margem às decisões pela via da equidade, haja vista que o julgador vincula-se, sempre, à reserva legal.¹⁹¹

Brêtas ainda alerta para outros pontos críticos do projeto, como por exemplo a previsão inicialmente constante do artigo 837 e parágrafos, que agora se encontra no artigo 872 do substitutivo apresentado pelo Senado Federal¹⁹², no sentido de que

¹⁹¹ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coordenadores). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 377.

¹⁹² Art. 872. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, o executado poderá requerer seja admitido a pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês.

o projeto suprime o contraditório no ponto examinado, não prevendo a manifestação prévia do credor, titular do direito, quanto ao parcelamento do crédito, bastando, tão somente, a manifestação unilateral do executado.¹⁹³

Ademais, o projeto do novo diploma normativo ainda cria a esdrúxula figura de aplicação de multa cominatória em benefício do credor, de ofício e sem quaisquer limites de tempo ou valor (art. 522 e parágrafos), sendo que o valor da multa será devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União, sendo inscrito como dívida ativa. (§5º do art. 522).

Lênio Streck, em estudo realizado acerca da hermenêutica, constituição e processo, demonstra com primazia como a discricionariedade injustificada é elemento que não se coaduna com a democracia:

“Enfim, o velho senso comum teórico, forjado em perspectivas pragmáticas, sob os mais variados matizes, transformou o direito em um somatório de decisões desconectadas, é dizer, em um verdadeiro ‘estado de natureza hermenêutico’, no interior do qual cada juiz decide como mais lhe aprouver. Sob o alibi da abertura interpretativa proveniente da principiologia constitucional, parece não haver limites para a ‘criatividade’, a ponto de soçobrar o próprio texto constitucional. Simbolicamente, vale referir decisões como a de um juiz que concedeu liminar em mandado de segurança, assegurando a um aluno que cursava biologia e que não queria dissecar animais, o direito de não fazê-lo, com fulcro em ‘objeção de consciência’”.¹⁹⁴

Prossegue referido autor, em crítica que muito se ajusta às hodiernas apropriações dos princípios constitucionais para justificar qualquer decisão desvinculada de argumentos legais:

“A Constituição, que deveria ser o *locus* privilegiado para a obtenção de respostas concretizadoras, foi, ela mesma, transformada em um texto aberto, por vezes, pan-principiologista. O dever fundamental de justificar as decisões foi derrotado por uma sistemática processual que apostou em

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso seja indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito.

¹⁹³ BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona (coordenadores). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 382.

¹⁹⁴ STRECK, Lênio. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 6.

uma cadeia recursal no qual os embargos declaratórios e embargos de pré-questionamento passaram a constituir o *holding* do sistema”.¹⁹⁵

Assim, reafirma-se que não existe qualquer incompatibilidade insuperável entre as garantias processuais constitucionalmente previstas e a idéia de eficiência e tempestividade da tutela jurisdicional, de modo a haver a necessidade de supressão de quaisquer destas, especialmente pela discricionariedade advinda da mente dos julgadores, para que a outra possa subsistir.

Tratando-se da isonomização como técnica alternativa à consecução de uma jurisdição mais eficiente, faz-se referência, também, a uma outra vertente que não os prazos diferenciados em favor do poder público. Pelo atendimento ao princípio da isonomia, busca-se também afastar o problema do protagonismo judicial, a partir do momento em que a consideração do magistrado como sujeito processual em igualdade de condições com as partes, exercendo as funções a ele inerentes, tolhe de seus poderes a possibilidade de decidir segundo a sua consciência, invocando elementos metajurídicos a justificar tal postura.

Tratando do tema, Brêtas assevera:

“Por essas razões deve ser energicamente descartada qualquer doutrina que sugira aos órgãos estatais (juízes e tribunais) exercício da função jurisdicional sob critérios outros dissociados da constitucionalidade da jurisdição, porém, ao revés, marcados de forma inconstitucional e antidemocrática pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia que denominamos complexo de Magnaud”.¹⁹⁶

¹⁹⁵ STRECK, Lênio. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 7.

¹⁹⁶ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.134. Brêtas explica, em nota de rodapé n° 19, p. 134 e 135, que “Jean-Marie Bernard Magnaud foi um juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com as regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelavam incerteza e insegurança jurídicas, formulando regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões assim proferidas simbolizavam anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças, comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, uma espécie mitológica do Juiz-Zeus”.

A análise do tema sob enfoque constitucional e democrático não deixa dúvidas a respeito da impossibilidade de se promover a um cerceamento nas garantias processuais para o perfazimento da tão apregoada celeridade.

Manifestando-se nesse sentido, tem-se a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

“Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço”.¹⁹⁷

De fato, acertada a lição de Barbosa Moreira, de modo a poder se afirmar, com base nas lições de Brêtas, que nenhum provimento estatal, seja legislativo, administrativo ou jurisdicional, pode ser feito em contrariedade ao devido processo constitucional, qualquer que seja o preço ou o pretexto (como tem sido a celeridade, a efetividade ou a eficiência):

“Em razão disso, essa manifestação de poder do Estado, exercida em nome do povo (Constituição Federal, artigo 1º., parágrafo único), que se projeta no pronunciamento jurisdicional, é realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica (“devido processo constitucional”), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (“devido processo legal”), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público julgador (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no prudente (ou livre) arbítrio ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito”.¹⁹⁸

Por certo é, dessa forma, que a garantia de razoável duração do processo representa a adequação temporal da jurisdição, por meio da inadmissibilidade de dilações indevidas no curso do procedimento.¹⁹⁹ No entanto, é essencial relevar que a efetivação da garantia é passível de ser alcançada por diversos métodos legítimos,

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In *Revista Cidadania e Justiça*, AMB, ano 4, n. 8, p. 10.

¹⁹⁸ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 86.

¹⁹⁹ BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 117.

e que tal exigência não permite a aceleração dos procedimentos por meio da retirada de quaisquer garantias processuais fundamentais, consagradas constitucionalmente. Fazê-lo representaria uma desmedida agressão ao princípio do Estado Democrático de Direito, fomentando a insegurança jurídica e violando também a garantia do devido processo legal.

5 CONCLUSÃO

À guisa das questões que se propôs abordar no decorrer do presente estudo, podem-se alinhar as seguintes considerações finais, a partir das pesquisas realizadas, sem, contudo, nutrir a pretensão de esgotar o assunto ou apresentar quaisquer proposições insuscetíveis de refutação ou crítica, esperando-se que as reflexões lançadas sirvam para aprimorar o debate e melhor desenvolver o tema :

I – Sob uma perspectiva constitucional democrática, vislumbra-se a jurisdição como sendo uma atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, a partir de provocação do respectivo interessado, que somente se legitima pela via do processo, desenvolvido segundo seus princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia, em forma obediente aos demais princípios e regras constitucionais.

II - A função jurisdicional é poder-dever do Estado, sendo direito fundamental do povo a obtenção de um provimento legítimo, obtido em procedimento sem dilações indevidas, que respeite o devido processo legal e a garantia de duração razoável;

III - Em que pese se tratem de noções próximas e conexas, efetividade, celeridade e razoável duração não são sinônimas. O princípio da efetividade aponta para o ganho de legitimidade para o sistema jurídico por meio do atendimento ao devido processo legal, enquanto a razoável duração e a celeridade são garantias próximas e complementares, que junto às demais, também possibilitam a fruição dos direitos fundamentais.

IV - Tratando-se de examinar a compatibilidade entre as garantias fundamentais e a razoável duração dos procedimentos, mostrou-se imprescindível o apontamento anterior das compreensões de processo e jurisdição a serem adotadas ante as diversas teorias existentes.

Portanto, estudadas as principais teorias que se ocuparam de apresentar noções acerca da jurisdição e do processo, tem-se que, após o exercício de uma crítica epistemológica e refutação científica, emergem como democraticamente adequadas e aproveitáveis as proposições oferecidas pelas teorias estruturalista, constitucionalista e neo-institucionalista.

Conciliando as noções apreendidas a partir do estudo dessas teorias, pôde-se vislumbrar uma compreensão democraticamente adequada dos institutos, da qual sobressai que a jurisdição é um direito fundamental, que consiste em uma atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos constitucionalmente indicados, mediante provocação e a imprescindível garantia do devido processo constitucional, sendo este o responsável pela legitimação democrática das decisões.

V – Tendo por marco a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, o acesso à jurisdição vem sendo progressivamente facilitado, tendo em vista o caráter de fundamentalidade de que este goza. Todavia, as previsões dos discursos normativos constitucionais e infraconstitucionais não foram aliadas a ações em nível estrutural, não tendo o Estado se aparelhado devidamente, material e funcionalmente, para atender de modo eficiente à referida demanda.

VI - Vislumbra-se como a principal (mas não única) causa para a morosidade jurisdicional o descumprimento dos comandos legais, especialmente pela inobservância de prazos processuais e não efetivação de uma adequada estruturação dos órgãos jurisdicionais.

Contudo, também esses descumprimentos têm causas que devem ser consideradas como antecedentes da morosidade jurisdicional, a saber: a falta de estrutura física dos órgãos jurisdicionais; a compreensível inaptidão dos juízes em gerenciamento do pessoal de seus quadros técnicos e dos recursos físicos disponíveis; a falta quantitativa de servidores e, em alguns casos, qualitativa dos que lá se encontram; desproporcionalidade entre o número de juízes e servidores e o número de feitos a serem analisados.

VII - A mentalidade dos chamados operadores do direito, aí incluídos estagiários, servidores, membros do Ministério Público, advogados e magistrados, também contribui para a morosidade jurisdicional, haja vista que estes, em sua grande maioria, continuam a enxergar o processo como mero instrumento e as garantias processuais como meras formalidades que atrasam o curso do procedimento, sendo dever do juiz, enquanto protagonista de uma relação processual, usar de sensibilidade para decidir conforme um critério subjetivo de justiça.

VIII - Muitas causas podem ser apontadas como responsáveis diretas ou indiretas pela morosidade jurisdicional. Contudo, partindo de uma análise constitucional e democrática como a que ora se pretendeu fazer, em momento

algum as garantias fundamentais do processo afiguraram-se como vilãs da eficiência jurisdicional e da efetividade processual.

IX - Os estudos sobre a razoável duração dos procedimentos no direito comparado revelam que o problema da morosidade é universal e que os países europeus têm manifestado e positivado sua preocupação em lidar com os problemas da intempestividade na solução dos litígios.

Contudo, demonstra-se o intento de que a razoável duração não se garanta a qualquer custo, relevando-se a importância das demais garantias fundamentais do processo.

Desse modo, a noção democraticamente adequada de razoável duração dos procedimentos impõe a inexistência de dilações indevidas, mas não autoriza a exclusão das demais garantias, também de ordem fundamental, componentes do devido processo legal.

X – Em se tratando do debate da morosidade jurisdicional no Brasil, mostra-se recorrente uma análise que passa primordialmente por uma suposta deficiência dos conteúdos normativos das leis, imputando a responsabilidade pela ineficiência jurisdicional ao excesso de recursos e garantias ou ao formalismo das normas, concluindo-se quase sempre pela sumarização da cognição, em reformas que afrontam a própria natureza do processo, o que novamente vem ocorrendo, por meio de algumas propostas do projeto do novo Código de Processo Civil.

Tal visão mostra-se superficial e não dá atenção às fáticas e verdadeiras razões de ordem econômica, técnica e política que equacionam a morosidade jurisdicional no país.

XI - A duração razoável dos procedimentos é uma garantia fundamental que também se mostra relacionada ao conceito constitucionalmente ampliado de devido processo legal, de modo que a efetividade processual também passa pela sua concretização. Portanto, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e as demais garantias fundamentais não são antagônicas à razoável duração dos procedimentos, não tendo a Constituição imposto qualquer juízo de valoração, mas, ao contrário, impôs o dever de conciliá-las, como forma de tornar o processo efetivo, legitimar a jurisdição e dar efetivação aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

XII - É necessária a superação dos dogmas instituídos por teorias processuais que não se situam sob o pano de fundo do direito processual democrático, consagrando-se que, para combater a morosidade, é aceitável tão

somente a concentração de fases que compõem a estrutura do procedimento, sem prejuízo da cognição e das garantias processuais constitucionais.

XIII - O primeiro passo para combater a morosidade jurisdicional deveria ser efetivar a isonomização entre Estado e particulares, pondo fim aos privilégios de ordem material e processual conferidos pela lei àquele.

Vislumbram-se, ainda, como técnicas alternativas e legítimas no combate da morosidade jurisdicional, a retirada da regra do efeito suspensivo automático do recurso de apelação, bem como a implementação de tecnologias de informação para auxílio no manejo e tramitação dos procedimentos e a utilização adequada da fase preparatória do procedimento, de modo a impedir idas e vindas constantes pelo aparecimento constante de novas questões.

Ademais, importa na solução deste problema uma completa, sólida e coesa estruturação de todos os órgãos do Estado, sobretudo os seus órgãos jurisdicionais, para que se imbua a jurisdição de eficiência, possibilitando o regular cumprimento dos prazos processuais legalmente instituídos e o combate às dilações indevidas no curso do procedimento.

XIV – Afigura-se como inadmissível, em um direito processual que se queira democrático, a perpetuação do protagonismo judicial (ainda hoje característico na acepção de processo no Brasil), sendo esta uma tendência que sobressai da análise de dispositivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

O juiz terá, ao que parece, amplo e incondicionado poder para determinar as medidas cautelares aplicáveis a cada espécie, até mesmo de ofício, com os contornos e limites que entender próprios.

Prevê-se, ainda, a possibilidade de concessão de liminares, mesmo sem demonstração do *periculum in mora*, nas chamadas “tutela de evidência” (art. 278).

Segundo o texto do projeto (art. 6º - reproduzido também no substitutivo apresentado pelo Senado), os juízes, ao aplicarem a lei, deverão atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Tais dispositivos consubstanciam de modo preocupante o chamado protagonismo judicial, representando uma ampliação perigosa e indevida dos poderes diretivos do julgador, que, em uma posição superior às partes, pode adotar

medidas e decidir segundo a sua consciência, invocando elementos metajurídicos a justificar tal postura.

XV - As garantias de razoável duração dos procedimentos e de celeridade procedimental representam a adequação temporal da jurisdição, por meio da inadmissibilidade de dilações indevidas no curso do procedimento. É essencial relevar que a efetivação dessas garantias é passível de ser alcançada por diversos métodos legítimos, e que tal exigência não permite a aceleração dos procedimentos por meio da retirada de quaisquer garantias processuais fundamentais, consagradas constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de. et. al. Processo, ação e jurisdição em Oskar von Bülow. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul./set. 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Andréa Alves de. A Efetividade, Eficiência e Eficácia do Processo no Estado Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, vol. IV, p. 81-103.

ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile e italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDOLINA, Ítalo. VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modelo costituzionali del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Trad. Oreste Nestor de Souza Laspro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 87, p. 63-69, 1997.

ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, vols. I e II.

ASSIS, Zamira de. A idéia da efetividade do direito nas urgências de tutela e as garantias constitucionais do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a efetividade do processo no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p.105-123, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º2ºsem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: Aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista Cidadania e Justiça*, AMB, ano 4, n. 8, 1º semestre/2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo: por um processo socialmente efetivo. *Revista Síntese do direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Síntese, v. 2, n. 11, mai/jun 2001)

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A duração dos processos: alguns dados comparativos. *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, v. 50, nº 591, p. 59-72, junho de 2004.

BARROS, Flaviane M.; CARVALHO, Marius F. C; GUIMARÃES, Natália C. O princípio da ampla defesa - uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. *Provocações*, Sete Lagoas, v. 02, n. jul/dez 20, p. 20-36, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumária e de Urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale Diritto Processuale Civile*, n. 3, set. 2002, p. 751-775.

BIDART, Adolfo Gelsi. El tiempo y el proceso. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, 1981, p. 100-121.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSQUE, Wagner Mendonça. Princípio da razoável duração do procedimento: aplicabilidade e operacionalidade no direito processual democrático. 2009, 122 f. *Dissertação (Mestrado)* - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

BRASIL. *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial, Constituição Federal*. Organizador Yussef Said Cahali. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 e proposições anexadas (texto substitutivo)*. Dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil. Brasília – DF, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&tp=1>. Acesso em 28 de janeiro de 2011.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A desnecessidade de novos códigos processuais na necessária reforma da Justiça Brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, p. 114-124, jan./mar. 1987.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 150-163, 1º e 2º sem. 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem. 2005.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 128, p. 164-174, out. 2005.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo Civil Reformado*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (coordenadores). *Direito Processual: reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010, p. 371-384.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. I.

BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, vol. I.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro. et. al. Ação, jurisdição e processo em Couture. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI.

CANDIDO JÚNIOR, Raimundo. CÂNDIDO, Carolina Fagundes. As reformas processuais e o processo constitucional. In: BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. NEPOMUCENO, Luciana (Coord.). *Processo civil Reformado*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Trad. Adían Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, vols. I, II e III.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoria general del Estado*. Versión española de José Lion Depetre. México: Fondo de Cultura Econômica, 1948.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de teoria geral do processo*. 7^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, vols. I, II e III.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do processo*. São Paulo: Malheiros: 1997.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionale e “Giusto Processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, abr./jun. 1998, p. 95-150.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La Durata Ragionevole del processo e le forme alternative di tutela. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 2007, p. 591-619.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *A justiça em números – 2008*. Brasília, junho de 2009. disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf. Acesso em 16 de abril de 2010.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. O mito da agilidade judicial pela exclusão dos direitos fundamentais do processo: uma análise das reformas do sistema recursal cível brasileiro. 2006. 167 f. *Dissertação (Mestrado)* - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues. ROCHA, Libero Cristiano Leal da. PIMENTA, Luciana Pereira. A Teoria Processual de Jaime Guasp Delgado. *In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). Estudos Continuos de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, vol. VI.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA CAMPOS, Ronaldo. Garantias Constitucionais e processo. *Revista da AMAGIS (Associação dos Magistrados Mineiros)*, Belo Horizonte, v. V, p. 74-92, 1985.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito – clássicos e novos papéis. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 7-8, p. 150-162, 1º e 2º sem. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

DONIZETTI NUNES, Elpídio. Jurisdição, Judicção e Tutela Legal na Teoria do Processo Contemporâneo. *In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. Estudos Continuos de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II, p. 207-248.

DWORKIN, Ronald M. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

FALEIROS, Thaísa Haber. Tutela judicial efetiva como direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2682>>.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: UNAM-Civitas, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Latinoamerica: constitucion, proceso y derechos humanos*. México: Uduel e Porrua, 1988.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Da Idéia à Defesa - Monografias e Teses Jurídicas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*. Campinas – SP: Copola, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1944.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas-SP: BookSeller, 2003, tomo I.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001, p. 97.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 241.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. DIAS, Maria Tereza Fonseare. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1, II.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. 1^a. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, 163 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In MERLE, Jean-Cristophe. MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p.338.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: Temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. In: Araken de Assis; Eduardo Arruda Alvim; Nelson Nery Jr.; Rodrigo Mazzei; Teresa Arruda Alvim Wambier; Thereza Alvim. (Org.). *Direito Civil e Processo - Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. 1^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coords). *Constituição e Processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 – Série Métodos em Direito, v. 1.

LORENTZ, Lutiana Nacur. Ampla Defesa e Celeridade Processual: Compossibilidade Teórica. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) et. all. *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, vol. II.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Considerações sobre as causas do emperramento do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 25, n. 97, jan/mar. 2000, p. 21-22.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.) *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. 727p.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24ª. ed. ver. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR, Fredie. (org.) *Teoria do Processo - Panorama doutrinário mundial*. 1ª. ed. Salvador : Jus Podium, 2007, v.1, p. 151-174.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Luiz Antônio. *Cognição Judicial nas Tutelas de Urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEDRON, Flávio Quinaud. A possibilidade de Recurso Como uma Garantia Constitucional do Devido Processo Legal (Constitucional). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: IOB, v. 9, n. 52, mar/abr. 2008, p. 211.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, abr/jun. 1998, p. 22-35.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. XXIV.

RIBEIRO, Fernando José Armando. *Conflitos no Estado Constitucional Democrático: por uma compreensão jurídica da desobediência civil*. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. v. 1. 400 p.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord). *As garantias do cidadão na Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

RODRIGUES VIEIRA, José Marcos. Teoria Geral da Efetividade do Processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 1, n. 1, p. 90-107. Belo Horizonte, 1º. Sem. 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, vol. I.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1ª ed. 6ª reimp. Salamanca: Alianza Universidad, 2009. 382p.

SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como a discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michelle. Il Significato Costituzionale Dell' Obligo di Motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 26, v. 103, jul/set. 2001, p. 156-174.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). *O Brasil Que Queremos: Reflexão Sobre o Estado Democrático de Direito*. 1ª ed. Belo Horizonte: PUCMINAS, 2006, v. 1, p. 585-626.

TAVARES, Fernando Horta (org.) et. al. *Constituição, Direito e Processo: Princípios Constitucionais*. 1ª ed. Curitiba - PR: Juruá, 2007. v. 1. 338 p.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao Direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: *Constituição e Processo: a contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*: Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, Fernando Horta (coord.). *Urgências de Tutela, processo cautelar e tutela antecipada: reflexões sobre a Efetividade do Processo no Estado Democrático do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 114.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. I.

TOLENTINO, Fernando Lage. Princípio Constitucional da Ampla Defesa, direito fundamental ao advogado e Estado Direito Democrático: Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado exercício da defesa de direitos. 2007. 112 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_TolentinoFL_1.pdf>. Acesso em 10/05/2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997. p. 67.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas (responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional). In: FIUZA, Cesar Augusto de Castro. SÁ, Maria de Fátima Freire de. BRETAS DE C. DIAS, Ronaldo. *Temas atuais de direito processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC – Análise e proposta. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 190, dez/2010, p. 257-269.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; GARCIA MEDINA, José Miguel. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.